

Isabel Cristina Hentz

**A HONRA E A VIDA:
DEBATES JURÍDICOS SOBRE ABORTO E INFANTICÍDIO
NAS PRIMEIRAS DÉCADAS DO BRASIL REPUBLICANO
(1890-1940)**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Santa Catarina em 15 de março de 2013.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Espada Rodrigues Lima Filho

Co-orientador: Prof. Dr. Paulo Pinheiro Machado

FLORIANÓPOLIS
2013

Ficha de identificação da obra elaborada pela autora,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

Hentz, Isabel Cristina

A honra e a vida : Debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano (1890-1940) / Isabel Cristina Hentz ; orientador, Henrique Espada Rodrigues Lima Filho ; co-orientador, Paulo Pinheiro Machado. - Florianópolis, SC, 2013.

261 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História.

Inclui referências

1. História. 2. Aborto. 3. Infanticídio. 4. Código Penal de 1890. 5. Início da República. I. Lima Filho, Henrique Espada Rodrigues. II. Machado, Paulo Pinheiro. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em História. IV. Título.

A honra e a vida: debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano (1890-1940).

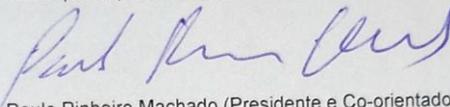
Isabel Cristina Hentz

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final para obtenção do título de

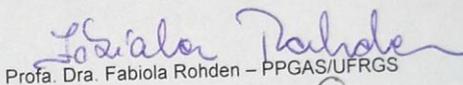
MESTRE EM HISTÓRIA CULTURAL

Banca Examinadora

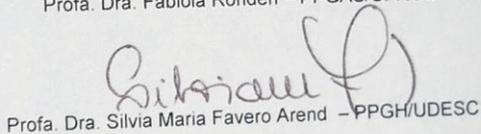
Prof. Dr. Henrique Espada Rodrigues Lima Filho (Orientador) – PPGH/UFSC



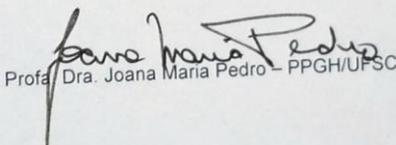
Prof. Dr. Paulo Pinheiro Machado (Presidente e Co-orientador) – PPGH/UFSC



Profa. Dra. Fabiela Rohden – PPGAS/UFRGS

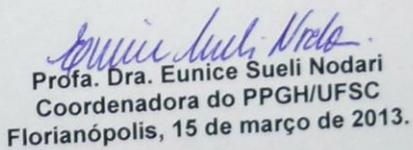


Profa. Dra. Silvia Maria Favero Arend – PPGH/UDESC



Profa. Dra. Joana Maria Pedro – PPGH/UFSC

Profa. Dra. Cristina Scheibe Wolff – PPGH/UFSC (suplente)



Profa. Dra. Eunice Sueli Nodari
Coordenadora do PPGH/UFSC
Florianópolis, 15 de março de 2013.

Para o Nicolau, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

A autoria de um trabalho como este, uma dissertação de mestrado, realizado ao longo de mais de dois anos, se considerarmos o surgimento das primeiras ideias, seu amadurecimento como uma proposta de pesquisa, a elaboração do projeto e as várias etapas de seleção para a entrada em um programa de pós-graduação, é mais complexa do que um nome na capa. Apesar de o processo de pesquisa, leitura e escrita ser muito pessoal e, às vezes, até solitário, não o realizei sozinha. Além das leituras, das discussões em sala de aula, das reflexões sobre as fontes, que, aos poucos, influenciaram minha maneira de pensar, relativizando alguns pontos de vista e consolidando outros, diversas outras coisas e outras pessoas interferiram no processo de construção deste trabalho. É a estas pessoas, que interferiram, acrescentaram, ajudaram a refletir, ou, simplesmente, estiveram presentes ao longo da minha trajetória de mestrado que agradeço.

Inicialmente aos meus pais, Maria Izabel e Paulo, meus exemplos de vida, de ética, de postura profissional, de trajetória acadêmica, que sempre me incentivaram a continuar estudando – principalmente quando surgiram as inseguranças pós-formatura – e me mostraram as dificuldades, mas também a importância e a beleza do magistério. Apesar dos embates, muitas vezes geracionais, outras vezes políticos ou acadêmicos, admiro-os acima de tudo. Agradeço ao meu irmão, Augusto, e a minha cunhada, Fabiana, pelos momentos de lazer ao longo desses dois anos de trabalho.

Agradeço, também, ao Lucas, meu namorado, melhor amigo e companheiro de todas as horas, pela força que me deu para atravessar os momentos difíceis, de dúvidas, incertezas e inseguranças. Por me escutar, sempre atentamente, falar da minha pesquisa, por aprender comigo e me ensinar muito também. Por dividir comigo minhas conquistas dos últimos anos, inclusive esta de agora, a defesa da dissertação.

As minhas amigas da graduação em História, as “Historinetes”, especialmente àquelas que também foram colegas de mestrado – Elis, Larrisa e Miriam –, pelos encontros, pelas discussões e pelo crescimento acadêmico que juntas tivemos. À Camila e à Maria, um feliz encontro que o mestrado me trouxe, pelas conversas sempre interessantes e construtivas que, espero, continuem para muito além da pós-graduação. Às minhas amigas – Ana, Elis, Luísa e Priscila – que mesmo não tão

próximas, sempre se interessaram em saber das novidades da pesquisa, do andamento do trabalho e em lê-lo depois de pronto.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Henrique Espada Lima, por acompanhar o processo de construção dessa dissertação desde que era ainda uma ideia de trabalho final para uma disciplina de graduação. Ao Prof. Dr. Paulo Pinheiro Machado, co-orientador desta dissertação, pela disponibilidade, pelas sugestões ao texto e pelas valiosas dicas para pesquisa nos arquivos.

Às Prof^{as}. Dr^{as}. Joana Maria Pedro e Sílvia Maria Fávero Arend, membros da banca de qualificação, pelos diálogos e pelas valiosas sugestões. À Prof^a. Sílvia pela conversa franca e enriquecedora e à Prof^a. Joana, uma das professoras e pesquisadoras que mais admiro e que foi muito importante na minha formação acadêmica, pela leitura atenta e pelas reflexões sobre meu trabalho. Agradeço também à Prof^a. Dr^a. Fabíola Rohden que, junto com as professoras acima citadas, participou da banca de avaliação desta dissertação, contribuindo com ricas discussões para trabalhos futuros.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES – pela bolsa de estudos durante quase todo o período do mestrado. Ao Programa Nacional de Cooperação Acadêmica – PROCAD – “Cruzando fronteiras: A história do trabalho no Brasil para além das dicotomias tradicionais”, por ter me proporcionado uma viagem para pesquisa em arquivos no Rio de Janeiro. Agradeço também, de maneira especial, à Vera e ao seu filho Theo, pela hospitalidade com que me receberam em sua casa em ocasião daquela viagem e à Isabel, que mesmo sem me conhecer, abriu as portas de sua casa em São Paulo, quando de minha estadia naquela cidade para pesquisa.

Agradeço, ainda, aos funcionários dos arquivos visitados: Fundação Casa de Rui Barbosa, Fundação Biblioteca Nacional, Arquivo Nacional e Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sem o conhecimento e a prestatividade dessas pessoas, essa e inúmeras outras pesquisas não existiriam.

Por último, mas não menos importante, quero agradecer à Mimi e ao Paçoca, por alegrarem os longos dias sobre os livros ou em frente ao computador, com passeios sobre as páginas e na frente do monitor. Aos meus mais frequentes interlocutores deste último ano, pelo carinho incondicional.

Mater dolorosa

*Deixa-me murmurar à tua ali
adeus eterno, em vez de lá chorar
sangue, chorar o sangue! meu
coração sobre meu filho; tu deves
morrer, meu filho, tu deves
morrer.*

NATHANIEL LEE

Meu Filho, dorme, dorme o sono eterno
No berço imenso, que se chama - o céu.
Pede às estrelas um olhar materno,
Um seio quente, como o seio meu.

Ai! borboleta, na gentil crisálida,
As asas de ouro vais além abrir.
Ai! rosa branca no matiz tão pálida,
Longe, tão longe vais de mim florir.

Meu filho, dorme Como ruge o norte
Nas folhas secas do sombrio chão!
Folha dest'alma como dar-te à sorte?
É tredo, horrível o feral tufão!

Não me maldigas... Num amor sem termo
Bebi a força de matar-te a mim
Viva eu cativa a soluçar num ermo
Filho, sê livre... Sou feliz assim...

- Ave - te espera da lufada o açoite,
- Estrela - guia-te uma luz falaz.
- Aurora minha - só te aguarda a noite,
- Pobre inocente - já maldito estás.

Perdão, meu filho... se matar-te é crime
Deus me perdoa... me perdoa já.
A fera enchente quebraria o vime...
Velem-te os anjos e te cuidem lá.

Meu filho dorme... dorme o sono eterno
No berço imenso, que se chama o céu.
Pede às estrelas um olhar materno,
Um seio quente, como o seio meu.

(Castro Alves, 1883)

RESUMO

A primeira grande legislação aprovada no período republicano, antes ainda do primeiro aniversário da República brasileira, foi o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Publicada em 1890, substituiu o *Código Criminal do Império do Brasil*, de 1830. A aprovação do Código Penal de 1890 introduziu pela primeira vez na legislação criminal brasileira a criminalização da mulher que cometesse aborto. Além disso, outras “modalidades” de aborto (provocado por terceiros, resultando na morte da mulher grávida, por exemplo) e o infanticídio tiveram as penas previstas aumentadas, se comparadas com o Código Criminal anterior. Durante seu período de vigência (1890-1940), o Código republicano foi muito discutido e criticado pelos juristas brasileiros, importantes personagens políticos do início da República, e diversos projetos de revisão objetivaram sua substituição, embora sem sucesso. Esses projetos, além dos pareceres que os avaliaram e dos comentários de juristas, que, muitas vezes, analisavam e discutiam cada artigo da legislação, possibilitam perceber os debates em torno dos crimes de aborto e infanticídio. O objetivo dessa dissertação é analisar a legislação penal sobre aborto e infanticídio no início da República. Pensá-la em relação à legislação anterior – o *Código Criminal do Império*, de 1830 –, o que mudou, por que mudou, como essas mudanças foram percebidas e quais as implicações dessas mudanças, são questões que estruturam e norteiam este trabalho. Para pensar sobre essas questões, parte-se de uma perspectiva da história social, com o intuito de perceber quais as relações entre a legislação e as mudanças políticas, sociais e culturais pelas quais o Brasil passava na virada do século XIX para o XX – como o fim do trabalho escravo, o fim do período Imperial e o início da República, a profissionalização e aumento do poder da medicina, as transformações nas concepções de cidadão e cidadania, as mudanças no papel social e na importância da maternidade e da infância, a preocupação com o crescimento e o gerenciamento da população, etc. Além disso, há o cuidado em perceber o aborto e o infanticídio, e as visões sobre esses crimes, especialmente do ponto de vista jurídico, como práticas atravessadas por questões de gênero, de classe e de biopolítica. A partir das fontes analisadas – o texto da legislação, os comentários de juristas a ela, os projetos de revisão ao Código e seus pareceres – pôde-se identificar a existência de dois paradigmas na visão jurídica sobre os crimes de aborto e infanticídio: o da honra e o da vida.

Esses dois paradigmas – o que admitia esses crimes em casos de defesa da honra e o que os considerava um atentado à vida, ainda que incipiente, do feto ou do recém-nascido – coexistiram no discurso dos juristas brasileiros durante a vigência do Código de 1890. Percebeu-se, porém, que ao longo desse período, o paradigma da honra perdeu força, enquanto o da vida se consolidou, mantendo sua influência na mentalidade de muitos, inclusive no campo jurídico, até os dias atuais.

Palavras-chave: Aborto; Infanticídio; Debates jurídicos; Código Penal de 1890; Início da República.

ABSTRACT

The first great approved legislation during the republican period, even before the first anniversary of the Brazilian Republic, was the *Penal Code of the United States of Brazil*. Published in 1890, it substituted the *Penal Code of the Empire of Brazil* from 1830. The approval of the 1890's Penal Code introduced for the first time in Brazilian criminal legislation the criminalization of women who committed abortion. Furthermore, other "modalities" of abortion (caused by third parties, resulting in the pregnant woman's death, for example) and infanticide had their penalties increased in comparison to the previous Criminal Code. During its effectiveness period (1890 – 1940), the republican Code was largely debated and criticized by Brazilian jurists, who were important political figures at the beginning of the Republic, and several revision projects aimed, unsuccessfully, at its replacement. Those projects, besides jurists' evaluative opinions and comments, which constantly analyzed every article of the legislation, enabled awareness within the debates concerning abortion crimes and infanticide. The purpose of this dissertation is to analyze penal legislation on abortion and infanticide in the beginning of the Republic, contrasting it with the previous legislation – the 1830's *Penal Code of the Empire of Brazil* – in regards to what has changed, why has it changed, how were those changes conceived and what were the effects of them. With regard to reflect upon those matters, the study was conducted through a sociohistorical perspective in order to understand the relation between the legislation and political, social and cultural changes that happened in Brazil between the XIX and XX centuries - such as the end of slavery, the end of the imperial period and the beginning of the Republic, the professionalization and increasing power of medicine, the transformations in concepts of citizens and citizenship, the changes in the social role and importance of maternity and childhood, the concerns with population growth and control, etc. Moreover, a great concern regarding the topic of abortion and infanticide and the views on these matters, especially from a legal viewpoint, as an affair entangled in gender, class and biopolitical issues was taken into account. Based on the analyzed framework – the legislation text and the jurists comments on it, and the republican Code revision projects – it was possible to acknowledge the existence of two paradigms in the legal point of view on abortion crimes and infanticide: life and honor. Those paradigms –

one that accepts the mentioned crimes in cases of protection of honor and one that considers a crime the attempt on the life of the unborn or newborn babies, even if incipient – coexisted in the discourse of Brazilian jurists within the enforceability of the 1890's Code. It was noticed that, throughout this period, the honor paradigm lost strength, whereas the life one emerged, maintaining its influence alive, even among the legal sphere, to this day.

Keywords: Abortion; Infanticide; Legal debates; Penal Code of 1890; Beginning of the Brazilian Republic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
PARTE I: UM PERCURSO PELA LEI.....	35
1 ENTRE A LEGISLAÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO	37
2 ABORTO E INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA	53
2.1 DAS <i>ORDENAÇÕES FILIPINAS</i> AO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830	56
2.2 TENTATIVAS DE MUDANÇA DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO FIM DO IMPÉRIO	64
2.3 O <i>CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL</i> .72	
2.3.1 Criticado, mas duradouro	84
PARTE II: NAS PALAVRAS DOS JURISTAS.....	91
3 O PARADIGMA DA HONRA.....	97
3.1 <i>HONORIS CAUSA</i>	101
3.2 QUEM TEM DIREITO À HONRA?.....	121
4 O PARADIGMA DA VIDA.....	139
4.1 O FILHO.....	140
4.1.1 O infanticídio e a problemática definição de “recém-nascido”	141
4.1.2 Direitos.....	152
4.2 A MÃE	170
4.2.1 Maternidade.....	171
4.2.2 Mulher e criminalidade	178
4.2.3 Direito ao aborto?	187

4.3 O PAI.....	189
4.4 O MÉDICO.....	191
4.4.1 O aborto legal	192
4.4.2 Contracepção	201
4.4.3 Estupro.....	204
4.4.4 A questão racial.....	207
4.5 O CRIME	208
4.5.1 A Igreja	211
4.5.2 Uma ameaça à população.....	216
CONSIDERAÇÕES FINAIS	223
FONTES	233
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	241
APÊNDICES	251
ANEXOS.....	257

INTRODUÇÃO

Em abril de 2012, por oito votos contra dois, o Superior Tribunal Federal decidiu que a mulher que estiver grávida de um feto anencéfalo pode escolher se leva a gravidez até o fim ou a interrompe. Nesta situação específica, portanto, o aborto deixou de ser considerado um crime. A decisão, no entanto, não foi tranquila. Além dos argumentos de quem votou contra a decisão, a presença e manifestação de diversos grupos religiosos e aqueles que se autointitulavam “em defesa da vida” exerciam uma pressão importante sobre os ministros, especialmente no primeiro dia de votação.¹

Enquanto isso, o Ministério da Saúde estudava a possibilidade de implantação de medidas para redução dos riscos à saúde da gestante provocados por aborto ilegal. As medidas discutidas, inspiradas em um modelo adotado pelo governo uruguaio em 2004, vão no sentido de acolher a gestante que manifesta o desejo de interromper a gravidez, esclarecê-la sobre os riscos do procedimento e as alternativas – como a adoção. Caso a mulher mantenha sua decisão, seriam oferecidos cuidados pré-aborto (como a administração de antibióticos) e ela seria informada sobre os métodos abortivos mais seguros e que representem menos risco à sua saúde e, finalmente, depois de realizado o aborto (as medidas não visam a participação no aborto, apenas o esclarecimento da gestante), a mulher receberia informações sobre contraceptivos. Essas medidas, já adotadas no Uruguai, estão – no Brasil – ainda em fase de discussão e sem previsão de aplicação. A discussão brasileira não pretende mexer na legislação sobre aborto no país, mas apenas diminuir os riscos do aborto ilegal a partir da divulgação de informações mais qualificadas sobre o assunto.²

¹ “Aborto em caso de anencefalia deixa de ser crime”. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,aborto-em-caso-de-anencefalia-deixa-de-ser-crime,860288,0.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

SANTOS, Débora. “Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime.” **G1**. 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

² NUBLAT, Johanna. “Governo estuda adotar medidas de redução de danos para aborto ilegal.” **Folha de São Paulo**. São Paulo, 6 de junho de 2012.

Paralelamente a essa discussão, no ano de 2011, a Câmara dos Deputados alterou um projeto de lei que previa a penalização dos agentes de saúde e da FUNAI que fossem considerados omissos em casos de infanticídio em aldeias indígenas. A prática, presente atualmente em comunidades de cerca de 20 etnias indígenas no Brasil, é controversa e discutida sob os pontos de vista do direito à vida das crianças e do direito à especificidade cultural desses grupos indígenas.³ O infanticídio, motivado por deficiência física, nascimento de gêmeos, de um filho de mãe solteira, entre outros, foi foco do documentário *Quebrando o silêncio* (2009)⁴, produzido por Sandra Terena, uma jornalista da etnia Terena, com o objetivo de sensibilizar o público em geral sobre o tema. O filme mostra casais que fugiram de suas aldeias para salvar as vidas de seus filhos que, segundo a tradição de seus povos, não deveriam viver.

Entre setembro e outubro de 2012, a Câmara dos Deputados e o Senado do Uruguai aprovaram, em votação apertada, a lei que descriminaliza o aborto voluntário. Algumas restrições e condições foram instituídas para a normatização da prática: o aborto deve ser realizado apenas nas primeiras 12 semanas de gravidez; a gestante deve consultar equipe multidisciplinar, composta por ginecologistas, psicólogos e assistentes sociais, que deve informá-la sobre as alternativas ao aborto; a mulher deve cumprir um prazo obrigatório de cinco dias entre a consulta e a decisão final sobre o aborto, para refletir sobre sua escolha. Promulgada pelo presidente, José Mujica, a lei foi noticiada como um marco liberal para a América Latina em diversos veículos de comunicação internacionais.⁵

Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/47248-governo-estuda-adotar-medidas-de-reducao-de-danos-para-aborto-ilegal.shtml>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

³ FRANCO, Bernardo Mello. “Funai pressiona e Câmara esvazia projeto de combate ao infanticídio.” **Folha de São Paulo**. São Paulo, 7 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0708201115.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

⁴ TERENA, Sandra. **Quebrando o silêncio**. Documentário, 34’37”. 2009. Disponível em <<http://vimeo.com/6757780>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

⁵ “Senado do Uruguai aprova lei que descriminaliza o aborto.” **Último segundo**. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2012-10-17/senado-do-uruguai-aprova-lei-que-descriminaliza-o-aborto.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2012.

O tema da maternidade indesejada não é, obviamente, apenas latino-americano. Em vários países da Europa, desde o início dos anos 2000, vem crescendo o número de dispositivos voltados para cuidar de recém-nascidos de gravidezes indesejadas, que podem ser comparados às antigas rodas dos expostos ou dos enjeitados, de séculos atrás. Segundo a ONU, desde 2000, mais de 400 crianças foram abandonadas nesses locais. É curiosa a semelhança do princípio de funcionamento entre os dispositivos atuais e as rodas dos séculos XVIII e XIX:

Na República Checa, na parede exterior do edifício da clínica GynCentrum, no leste de Praga, está colocada uma “caixa” que recolhe bebês indesejados. É um local isolado, onde as mães podem evitar ser vistas. (...) Logo que a criança é ali deixada, soa um alarme dentro da clínica para alertar os enfermeiros que recolhem o recém-nascido do outro lado da parede.⁶

O argumento para a existência desses dispositivos, geridos, como no caso da República Checa, por Organizações Não-Governamentais,

“Congresso do Uruguai aprova descriminalização do aborto.” **G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/congresso-do-uruguai-aprova-descriminalizacao-do-aborto.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2012.

“Executivo promulga lei que descriminaliza aborto no Uruguai.” **G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/executivo-promulga-lei-que-legalizara-aborto-no-uruguai.html>>. Acesso em 27 de novembro de 2012.

⁶ CARVALHO, Paula Torres de. “Aumentam na Europa os bebês abandonados em “rodas” modernas”. **Público**. 11 de junho de 2012. Disponível em <<http://www.publico.pt/Sociedade/aumentam-na-europa-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

O princípio entre os dispositivos atuais e a roda dos expostos é muito semelhante, como pode ser percebido a partir desta descrição: “A Roda consistia em um cilindro de madeira, incrustado em uma parede, onde era preso por um eixo vertical que a permitia girar. Uma parte ficava aberta, voltada para o lado de fora do edifício onde era instalada, de modo que do lado de fora podia ser colocado algum objeto na Roda e, após um giro, este objeto passar para dentro do estabelecimento, sem um contato direto entre quem estivesse em seu interior com quem estivesse no exterior.” Além disso, algumas rodas possuíam uma sineta que se tocava para anunciar que algo havia sido depositado ali. OLIVEIRA, Henrique Luiz Pereira. **Os filhos da falha**: assistência aos expostos e remodelação das condutas em Desterro (1828-1887). Dissertação (Mestrado em História). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990.

também é muito semelhante àquele utilizado em séculos passados para a existência das rodas: “se as caixas não existissem alguns desses bebês seriam deitados no lixo”⁷. Segundo o *Público*, jornal português que noticiou o aumento das “rodas modernas” europeias, a preocupação da ONU em relação a essas “rodas reinventadas” é que elas impediriam um dos direitos básicos das crianças, segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança, o de conhecer e de manter relações com seu pai ou sua mãe.

Apesar da diversidade e da eficácia dos métodos contraceptivos atuais, a maternidade – e, por que não dizer também, a paternidade – indesejada continua a ser uma situação frequente. Em muitos casos, a maneira escolhida de se desvencilhar dessa situação indesejada continua sendo o aborto clandestino – que, se realizado de maneira insegura, representa grande risco à saúde e à vida da mulher –, o infanticídio e o abandono de crianças recém-nascidas. Como podemos perceber a partir das notícias citadas anteriormente, a mídia tem papel importante na divulgação destes temas. Nas informações noticiadas pela imprensa, podemos identificar diversos personagens envolvidos nessas questões: a mãe, o recém-nascido ou o feto, os grupos religiosos, as entidades civis envolvidas com o tema do aborto, as autoridades jurídicas, as autoridades médicas, os legisladores, etc. Também podemos perceber que o aborto, o infanticídio e o abandono de recém-nascidos mobilizam temas e discussões muitas vezes polêmicos, como o que alguns chamam de “direito à vida” (uma expressão associada aos grupos contrários à legalização do aborto), o direito de escolha da mulher grávida, os direitos do feto ou da vida em potencial, assim como a própria definição do início da “vida”, bem como sobre quem tem direito de decidir sobre essa “vida” (a religião, a justiça, a mãe?), e outras dimensões ainda mais amplas dos direitos conflitantes e os direitos de autodeterminação de um grupo étnico no sentido de defender sua especificidade cultural.

O aborto, o infanticídio e o abandono de crianças são práticas que atravessam a história da humanidade. Apesar disso, essas práticas não possuem sempre o mesmo significado; em cada sociedade e em cada momento histórico diferente, elas envolvem sujeitos diferentes (ou os mesmos sujeitos, mas de maneiras diferentes), elas mobilizam temas e discussões, problemas e soluções diversas. Se recorrermos à historiografia brasileira sobre o assunto, podemos perceber que a cada período essas práticas eram percebidas de maneiras específicas.

⁷ CARVALHO, Paula Torres de. 2012. *Op cit.*

Em relação ao Brasil colonial, por exemplo, ao analisar a condição feminina e as visões sobre maternidade, Mary del Priore⁸ aponta para a percepção das práticas de contracepção, aborto e infanticídio como estreitamente ligadas às uniões extra-conjugais. Segundo a autora, chá de arruda, assim como outras beberagens e poções, golpes na barriga, levantamento excessivo de peso, entre outros métodos, eram utilizados, muitas vezes em tentativas desesperadas, para livrar as mulheres dos frutos indesejados de “amores lascivos” e “ilícitos contratos”⁹. As prostitutas eram protagonistas recorrentes em casos de aborto. Del Priore traz, ainda, a ideia de que as mulheres que abortavam eram duplamente mal vistas: pelo Estado e pela Igreja. A Igreja as condenava por fazer uma associação direta entre aborto e relações extra-conjugais. Já para o Estado, estas mulheres iam contra a política de aumento da população e do povoamento da colônia.

Nas primeiras décadas da República, entre 1890 e 1920, Rachel Soihet¹⁰ também apresenta um panorama sobre aborto, com uma tipificação das mulheres que mais costumeiramente o praticavam. Segundo esta autora, eram mulheres pobres, sozinhas e, portanto, não inseridas em redes sociais de solidariedade, muitas vezes iludidas ou forçadas por seus namorados, com pouco conhecimento sobre seu próprio corpo que se submetiam a práticas, muitas vezes fatais, de aborto e, em casos extremos, de infanticídio.

No período analisado por Soihet, além de serem criminalizadas pelo Estado, as mulheres que abortavam também eram fortemente criticadas pelos médicos – seja nas teses médicas, no decorrer dos processos-crime ou quando estes negavam auxílio a mulheres que sofriam as consequências de abortos mal realizados –, pois iam contra o ideal de mãe que era essencial para construir a sociedade nas bases higienistas correntes no pensamento médico de então. Soihet também insere essa discussão na conjuntura da transição do trabalho escravo para o trabalho livre “em que é grande a preocupação da burguesia com

⁸ PRIORE, Mary del. **Ao sul do corpo**: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: Edunb, 1993.

⁹ Vale lembrar que esta era a visão que se projetava sobre o aborto e o infanticídio e as mulheres que os praticavam. Isso não significa que essas práticas eram utilizadas apenas em casos de relações extra-conjugais.

¹⁰ SOIHET, Rachel. “Opressão e moralidade da mulher pobre.” In: VAINFAS, Ronaldo (org.). **História e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986. p. 191-212.

a produção e reprodução da força de trabalho, [e] são estabelecidas medidas para disciplinar as mulheres” e a maternidade.¹¹

Fabíola Rohden, por outro lado, analisa as questões da contracepção, do aborto e do infanticídio nas primeiras quatro décadas do século XX, especialmente no Rio de Janeiro, a partir de teses e revistas médicas e de inquéritos e processos-crime¹². Apesar das especificidades de cada uma dessas práticas, a autora mostra como elas estão relacionadas e como estão ligadas a uma progressiva preocupação com o crescimento da população e o fortalecimento da nação e como estão profundamente associadas com o aumento da importância do papel da maternidade. A quantidade e a qualidade da população era uma questão de Estado e os médicos tinham aí papel importante. É interessante como a autora mostra que uma categoria médica – a da loucura puerperal¹³ – se infiltra em outros campos, sendo percebida com frequência nos processos-crime e chegando a ser “colada” ao crime de infanticídio no Código Penal de 1940, em vigor até hoje. A ideia do instinto materno se consolidou de tal maneira que o ato de uma mãe matar seu filho só poderia ser visto como sintoma de loucura, pois nenhuma mãe em sã consciência poderia cometer tal atrocidade.

Vale lembrar, e a autora mostra isso em vários momentos, que a contracepção, o aborto e o infanticídio (em menor medida) não eram, na visão dos médicos, problemas em si, dependendo de quem e de porque os cometiam. Se fosse uma mulher saudável, que poderia gerar filhos fortes para a nação, era condenável. Já se fosse um casal de “degenerados”, que geraria crianças fracas e doentes, não era negativo. Além disso, o aborto indicado por um médico, em caso de uma gravidez

¹¹ Este argumento, porém, é uma reflexão da autora em relação às grandes mudanças sociais do período que estudou, não é algo que encontrou nas fontes analisadas – teses médicas e, principalmente, processos-crime de aborto e infanticídio no Rio de Janeiro. É importante ainda destacar que para analisar em que medida a transição do trabalho escravo para o livre influenciou a visão sobre a maternidade (especialmente entre as mulheres pobres), seria necessária uma pesquisa que levasse em conta a cronologia do tráfico escravo, a dinâmica do tráfico interno (em especial o tráfico de crianças escravas), o impacto da Lei do Ventre Livre e as políticas de imigração, algo que foge ao escopo deste trabalho.

¹² ROHDEN, Fabíola. **A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

¹³ Em tese intitulada “Da loucura puerperal”, de 1877, Francisco C. de A. Franco define o fenômeno como “perturbações mentais desenvolvidas durante a gestação, a parturição e a lactação”. ROHDEN, Fabíola. 2003. *Ibidem*. p. 50.

que colocasse em risco a vida da mulher, por exemplo, nunca deveria ser visto como um crime, pois apenas a autoridade médica tinha o conhecimento para discernir quando a contracepção ou o aborto eram necessários.

Quando analisam o aborto e o infanticídio em Florianópolis durante o século XX, Joana Maria Pedro e sua equipe sustentam a ideia de que houve um processo de estranhamento, protagonizado pelas autoridades jurídicas, policiais, médicas e pela imprensa, cujo objetivo era tornar estranhas e condenáveis práticas que eram costumeiras até então, embora não necessariamente bem vistas, estando este processo inserido no contexto de urbanização da cidade de Florianópolis que teve muita força nas primeiras décadas do século XX. A imprensa teve, nessa cidade, papel importante ao noticiar casos de aborto e de corpos de crianças abandonados em locais públicos com palavras fortes, caracterizando as mulheres que cometiam estes atos como “mães-desnaturadas”, “bestas” e “feras”¹⁴.

Adriano Proserpi também analisa um processo de mudança em relação ao infanticídio, embora seja um processo mais longo e complexo e em outro tempo e local: na Europa (mais especificamente na Itália), do fim da Idade Média até o início da Modernidade¹⁵. O historiador italiano mostra como o infanticídio deixou de ser considerado o ato de se matar uma criança, para ser visto como o ato de a mãe matar seu filho recém-nascido e como também passou da esfera exclusiva do pecado para a esfera do crime. Em todo esse período, o grande problema do infanticídio (assim como do aborto, na opinião de muitos teólogos) era a morte de uma criança sem batismo, ou seja, a condenação à danação eterna de um ser inocente, cujo único pecado havia sido nascer. A obsessão era tamanha que, conforme cita o autor, a cirurgia cesariana foi utilizada, inicialmente, não para salvar a vida da mãe em um parto difícil, mas para possibilitar o batismo – e a salvação da alma – da criança, mesmo que para isso a mãe tivesse que morrer¹⁶.

A historiografia aponta, conforme pudemos perceber a partir das obras citadas, que o aborto, os métodos contraceptivos, o abandono de crianças pequenas e o infanticídio são práticas que se entrecruzam

¹⁴ PEDRO, Joana Maria. Introdução. In: _____ (org.) **Práticas proibidas:** práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 11.

¹⁵ PROSPERI, Adriano. **Dar a alma:** história de um infanticídio. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

¹⁶ *Ibidem.* p. 246.

historicamente em diversos contextos sócio-culturais e nunca aparecem inteiramente de forma isolada nos textos teológicos, legais e mesmo médicos. Uma história que exemplifica a relação próxima entre aborto e infanticídio é a de Lucia Cremonini, personagem do livro já citado de Adriano Proserpi¹⁷, que foi condenada à forca por matar seu filho recém-nascido, na Bolonha do começo do século XVIII. O autor nos narra que, durante a gravidez, Lucia, na companhia de sua mãe, procurou um médico para que a curasse com sangrias de uma suposta doença. Sangrias podiam ter muitos usos, mas eram também métodos sabidamente abortivos; a hipótese do autor é de que Lucia e sua mãe poderiam ter procurado o médico com o intuito de que a sangria provocasse um aborto. O que parece, portanto, é que o infanticídio era a última saída para as mulheres que não desejavam aquela criança que estavam esperando, mas que não conseguiram abortar durante a gravidez.

Há ainda uma forte relação entre o infanticídio e o abandono de crianças, conforme mostra a historiografia. Muitas instituições que recebiam e criavam crianças abandonadas – como a roda dos expostos – argumentavam que o propósito de sua existência era recolher as crianças indesejadas para evitar que morressem nas portas das casas onde eram abandonadas e evitar que as mães cometessem infanticídio por não terem outra opção. É importante destacar, porém, que o abandono das crianças nestas instituições não era uma garantia de sobrevivência – pelo contrário, em decorrência das condições dessas instituições e da saúde frágil dos infantes, a morte era quase uma certeza. Miriam Moreira Leite, analisando relatos de viajantes que passaram pelo Rio de Janeiro no século XIX e algumas teses médicas, apresenta números surpreendentes sobre a mortalidade na roda dos expostos: em 1821 se disse que “em treze anos tinham entrado perto de 12.000 e apenas tinham vingado 1.000”; “Em 1824, 588 crianças foram recebidas, somadas a 68, já [presentes] no estabelecimento. Total 656: Mortas 435; Restantes, 221. Em 1853, o número de expostos recebido foi de 630 e mortos 515”; “de 1861 a 1874, 8.086 crianças entraram na Roda e 3.545 morreram”; em 1887, “Muitos dos recém-nascidos estão doentes quando chegam e 30 a 32% morrem; menor porcentagem que nos anos anteriores”¹⁸. Esses dados que os viajantes incluíram em seus relatos

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. O óbvio e o contraditório da roda. In: PRIORE, Mary del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1992. p. 102, 103, 104, 107.

foram, em muitos casos, consultados nos livros de registros das instituições que possuíam a roda.

As obras citadas até agora apresentam o aborto e o infanticídio do ponto de vista das autoridades, sejam elas médicas, jurídicas, policiais, religiosas ou até a imprensa. Isso não significa que outros grupos sociais não tivessem suas próprias concepções sobre esses assuntos. Em outras palavras, não havia um significado único e compartilhado para as práticas de aborto e infanticídio dentro desta sociedade, mas é preciso reconhecer que havia sentidos dissonantes que coexistiam e se confrontavam com as visões das autoridades.

Em um artigo que suscita questões pertinentes, embora nem sempre as responda, Maria Lucia de Barros Mott reflete sobre o aborto e o infanticídio entre as mulheres escravas no Brasil¹⁹. Para a autora, essas práticas tinham o significado de resistência, tanto nos casos em que as escravas abortavam para não terem leite para amamentarem a prole do senhor, quanto nos casos em que abortavam ou matavam seus filhos recém-nascidos para que estes não vivenciassem os sofrimentos do cativeiro. Outras possibilidades levantadas são a recusa em ter filhos que fossem fruto da violência sexual (por parte de senhores ou de seus filhos, de outros escravos ou de trabalhadores livres...), ou ainda o receio em terem seus trabalhos, já pesados, aumentados com a maternidade.

O argumento de resistência ganha força depois de a autora desconstruir a ideia de que não existiam crianças escravas e de que estas eram sem valor, mostrando a presença constante de crianças entre os cativos, vindas através do tráfico ou nascidas de mães escravas, e seu lugar na lógica da escravidão, seja pelos papéis desempenhados exclusivamente por elas, seja por seu menor valor de mercado, o que possibilitava pessoas de menos posses também adquirirem escravos.

Enquanto para as escravas o infanticídio, assim como o aborto, podiam assumir uma postura de resistência à escravidão, para alguns grupos indígenas essa prática fazia parte de seu modo de organização social. O infanticídio entre os indígenas, a partir de um ponto de vista antropológico, sem a preocupação de perceber as mudanças das práticas sociais e de seus significados ao longo do tempo, foi o tema da

¹⁹ MOTT, Maria Lucia de Barros. “Ser mãe: a escrava em face do aborto e do infanticídio.” **História**. São Paulo, n. 120, jan/jul. 1989. p.85-96.

dissertação de Marianna Assunção Figueiredo Holanda²⁰. Segundo a antropóloga, para os povos indígenas que mantêm essa prática²¹, o infanticídio, em determinados casos, faz parte do seu modo de vida. Em caso de nascimento de gêmeos, por exemplo, apenas uma das crianças deveria continuar a viver. A autora explica que isso tem relação com o fato de que “gêmeos nascem muito mais fracos do que bebês únicos, demandando maior atenção e cuidado”²², impossibilitando a mãe de realizar satisfatoriamente suas atividades cotidianas. O mesmo aconteceria com bebês com deficiência. Como vimos no início desta introdução, cerca de 20 povos indígenas no Brasil ainda preservam essas práticas, embora sejam muito criticadas por outros povos e por não-indígenas e não haja consenso nem mesmo entre os membros dessas etnias²³.

É importante destacar, porém, que para esses povos, aquilo que os não-indígenas denominam como infanticídio, para eles não é visto como uma morte. A criança, na cultura indígena, não nasce humana, não nasce parte da comunidade. Apenas depois do ritual no qual recebe seu nome, a criança é reconhecida como gente e como integrante da comunidade. Esse ritual, no entanto, só ocorre depois que a criança provar que possui certo nível de independência, ou seja, quando já não é amamentada, se alimenta sozinha e já pode andar. Nesse sentido, aquilo que chamamos de “infanticídio indígena” é, para os indígenas, a exclusão de um “ente” que não se encaixa em seu modo de vida e em seu mundo possível.

Além da prática do infanticídio, a autora mostra a importância das técnicas contraceptivas, esterilizantes e abortivas para o cotidiano das mulheres indígenas. Segundo Holanda, “A relevância de um número ‘ideal’ de filhos ocorre em vários povos. (...) Isso porque o tamanho das famílias está relacionado às formas de vida de um povo, à cosmologia e

²⁰ HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?** Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

²¹ Em sua dissertação, a autora especifica quais povos analisa e as especificidades de cada um. Neste trabalho, no entanto, não há necessidade de nos alongarmos neste aspecto, embora seja sempre importante ressaltar que a cultura indígena não é homogênea e que cada grupo tem suas especificidades.

²² *Ibidem.* p. 53-54.

²³ O documentário citado anteriormente – *Quebrando o silêncio* – traz justamente a visão de indígenas que são contra esta prática e atuam em ONGs, em projetos de conscientização nas aldeias ou no amparo a crianças que são alvos potenciais.

aos seus cotidianos, às relações de parentesco e às necessidades práticas”²⁴. Dessa maneira, as mulheres utilizam essas técnicas para regular o número de filhos, em uma forma de planejamento familiar.

Pensando ainda sobre os diversos sentidos das práticas de aborto e infanticídio, além da contracepção e do abandono de crianças, atualmente podemos perceber que a sociedade brasileira convive com essa questão. A contracepção talvez seja a prática mais pacífica, sendo amplamente utilizada em diferentes “formatos” por homens e mulheres e seu uso muito incentivado por campanhas de saúde. Ainda assim, há grupos, principalmente religiosos, como é o caso da postura oficial da Igreja Católica, que não concordam com o uso de contraceptivos, ou aceitam apenas o método da “tabelinha”, que seria considerado mais natural.²⁵

O aborto, por outro lado, talvez seja a prática mais controversa. A legislação brasileira aceita a interrupção voluntária da gravidez, e exclusivamente realizada por um médico, apenas em algumas condições específicas: quando a gravidez põe em risco a vida da mulher e a sua interrupção é a única maneira de salvá-la, e quando a gravidez resulta de um estupro.²⁶ Mais recentemente, a esta pequena lista, como já foi citado, foi aprovada a inclusão do aborto médico em casos de fetos anencéfalos.

Alguns grupos – dentre os quais ONGs e grupos que se autodenominam feministas – lutam para a descriminalização total do aborto, argumentando pelo direito de escolha da mulher e pela diminuição das mortes causadas por aborto clandestino (vale lembrar que a descriminalização do aborto é pauta do movimento feminista

²⁴ HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo, 2008. *Op cit.* p. 49.

²⁵ A encíclica papal *Humanae Vitae*, do Papa Paulo VI, divulgada em 25 de julho de 1968, aborda as questões da reprodução humana, da contracepção e do aborto, esclarecendo a postura oficial da Igreja Católica Apostólica Romana em relação a esses temas. PAPA PAULO VI. **Carta encíclica *Humanae Vitae* de sua santidade Papa Paulo VI aos veneráveis irmãos patriarcas, arcebispos, bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a sé apostólica, ao clero e aos fiéis de todo o mundo católico e também a todos os homens de boa vontade.** Sobre a regulação da natalidade. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_po.html>. Acesso em 23 de janeiro de 2013.

²⁶ Ver: **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Artigos 124 a 128. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 20/12/2011. Optou-se por deixar as referências das fontes sempre completas.

desde a década de 1960²⁷). Em constraste, outros grupos de ação pública, muitas vezes ligados a religiões cristãs ou a movimentos que se autointitulam de defesa do direito à vida, lutam por diminuir ainda mais as possibilidades de aborto, argumentando que o feto já é uma vida e que o aborto seria uma forma de assassinato.

Em relação ao infanticídio, assim como com relação aos contraceptivos, parece haver menos polêmica, ainda que as duas práticas se encontrem em campos opostos no que se refere à tolerância pública. Ao contrário dos métodos contraceptivos, que são vistos de maneira positiva, o infanticídio é percebido, quase que unanimemente, como algo negativo e até horrendo. O assassinato de uma criança, especialmente de um recém-nascido, é noticiado pela mídia de modo bastante impactante, gerando comoção e revolta, principalmente se quem cometeu o ato foi a mãe da criança. A preocupação com a vida e a integridade da criança por parte da mídia não se resume a casos de infanticídio, sendo também noticiados de forma apaixonada casos de maus tratos, abusos sexuais e exploração do trabalho infantil.

Enquanto a contracepção é cada vez mais difundida, com métodos mais eficazes constantemente pesquisados e implantados no mercado, o infanticídio é cada vez menos aceito, sendo rotulado como uma prática cruel e desumana, mesmo quando é uma prática cultural antiga, como no caso de alguns povos indígenas. Por outro lado, o aborto ainda é uma prática polêmica, que divide opiniões que, eventualmente, se refletem em leis discutidas e aprovadas pelo Congresso Nacional. É o caso tanto da descriminalização do aborto de gravidez de feto anencéfalo, aprovada pelo Superior Tribunal Federal em 2012, que aumenta as possibilidades de aborto legal no Brasil, quanto do Estatuto do Nascituro²⁸, projeto de lei que corre na Câmara

²⁷ O feminismo chamado de segunda onda, que surgiu depois da Segunda Guerra Mundial, tinha como principais bandeiras o direito ao corpo, ao prazer e à luta contra o patriarcado. Para uma breve discussão sobre as “ondas do feminismo”, ver: PEDRO, Joana Maria. “Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica.” *História*. São Paulo, v.24, N.1, 2005. p.77-98. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

²⁸ **PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=589B7405BD16517190E9630600A95AF1.node1?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

dos Deputados desde 2007, que pretende transformar qualquer modalidade de aborto em crime hediondo.

Outro momento em que o aborto, e também o infanticídio, estiveram em pauta, especialmente no que se refere ao seu tratamento jurídico, é a passagem do Império para a República. A aprovação do *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* em 1890, ainda nos primeiros passos do governo republicano, introduziu pela primeira vez na legislação criminal brasileira, dentre outras mudanças, a criminalização da mulher que cometesse aborto. Além disso, outras “modalidades” de aborto (provocado por terceiros, resultando na morte da mulher grávida, etc.) e o infanticídio tiveram suas penas previstas aumentadas, se compararmos com o Código Criminal anterior.²⁹

O início da República foi um período rico em expectativas, em vontade de mudança, em ideias de nação, cidadania, direito e lei. Eram modelos de república pensados por liberais, positivistas, socialistas, anarquistas, republicanos históricos... cada grupo (e cada facção dentro dos grupos) com projetos para o novo Brasil que surgia (ou poderia surgir). Ideias que foram, em sua maioria, frustradas, mas estavam presentes no horizonte de expectativas do início do período republicano e na elaboração daquele novo Código Penal.³⁰

Ao nos depararmos com uma legislação que transformava em crime a escolha da mulher em não levar adiante uma gravidez – como é o caso do Código Penal republicano –, não podemos deixar de perceber a atualidade do tema. Estudar o momento em que as práticas do aborto e do infanticídio passam a ser vistas como passíveis de punição mais dura proporciona um diálogo intenso com a atualidade. Foi o desejo de compreender melhor esse processo que me levou a transformar essa inquietação em uma pesquisa de mestrado.

Analisar a legislação penal sobre aborto³¹ e infanticídio no início da República é o objetivo deste trabalho³². Pensá-la em relação à

²⁹ O percurso da legislação brasileira em relação aos crimes de aborto e infanticídio será o foco da discussão do segundo capítulo deste trabalho.

³⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

³¹ As discussões sobre aborto que analiso neste trabalho se referem ao aborto voluntário e não ao aborto natural.

³² Outras práticas eram utilizadas em casos de maternidade indesejada, como a contracepção e o abandono de crianças, conforme vimos ao longo desta introdução. No entanto, no contexto da mudança da legislação criminal na

legislação anterior – o *Código Criminal do Império*, de 1830 –, o que mudou, por que mudou, como essas mudanças foram percebidas e quais as implicações dessas mudanças, são questões que estruturam e norteiam este trabalho. Para pensar sobre essas mudanças, parto de uma perspectiva da história social, procurando perceber quais as relações entre a legislação e as mudanças políticas, sociais e culturais pelas quais o Brasil passava na virada do século XIX para o XX – como o fim do trabalho escravo, o fim do período Imperial e o início da República, a profissionalização e aumento do poder da medicina, as transformações nas concepções de cidadão e cidadania, mudanças no papel social e na importância da maternidade e da infância, preocupação com o crescimento e o gerenciamento da população, etc.

Além disso, me preocupo em pensar essas legislações como discursos de poder político e social, profundamente marcados pelas relações de gênero. São leis escritas por homens, defendidas por homens, colocadas em prática por homens, mas cujo alvo são mulheres, seus corpos, sua honra e os frutos de seus ventres. As relações de gênero atravessam todas as relações sociais – seja entre homens e mulheres, mulheres e mulheres ou homens e homens –, e estão presentes no cotidiano até nas relações de poder de menor escala (como entre cônjuges, pais e filhos, nas relações de amizade, profissionais, entre muitos outros exemplos possíveis) e instituem papéis sociais, normas de comportamento, identidades e subjetividades que se relacionam com a conformação biológica, especialmente ligada ao aparelho reprodutivo, dos seres humanos. Incorporar as relações de gênero (assim como outras relações sociais de poder) como ponto de análise é importante para qualquer pesquisa histórica, mas é especialmente pertinente para uma pesquisa sobre aborto e infanticídio que lida com temas como sexualidade, maternidade/paternidade, papéis sexuais, papéis sociais instituídos para homens e mulheres, todos assuntos profundamente marcados pelas relações de gênero³³.

passagem do Império para a República, as práticas de aborto e de infanticídio eram as mais próximas entre si. A relação entre aborto e infanticídio presente nas fontes será analisada mais detidamente na segunda parte deste trabalho.

³³ A definição de relações de gênero utilizada não é de nenhuma obra específica, mas é uma espécie de síntese das leituras sobre o tema que realizei ao longo de minha formação. Algumas autoras e obras que contribuíram para a forma como penso as relações de gênero e como devem ser utilizadas na pesquisa histórica são:

BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan**. Sobre los limites materiales y discursivos Del “sexo”. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 2002.

Muitos dos processos-crime de aborto e infanticídio – e muitas das obras historiográficas citadas nesta introdução trabalham com processos-crime como fontes e destacam essa “tipificação” das pessoas criminalizadas por essas práticas – trazem como personagens principais um grupo relativamente bem definido da população: mulheres, sozinhas (por não possuírem marido ou nenhum outro homem que respondessem por elas ou por não poderem contar com a experiência de outras mulheres, uma vez que a gravidez era ocultada)³⁴, pobres. O peso, tanto moral quanto financeiro, de uma gravidez indesejada para uma mulher pobre não é o mesmo do que para uma mulher com melhores oportunidades de procurar ajuda para ocultar ou se desvencilhar de tal situação problemática. Dessa maneira, o aborto e o infanticídio são práticas criminalizadas³⁵ atravessadas não apenas pelas relações de gênero, mas também de classe³⁶.

As leis sobre aborto e infanticídio não são normas que pairam no plano das ideias; pelo contrário, incidem sobre a vida de mulheres e homens de carne e osso, instituem proibições sobre práticas e sobre corpos. Há uma forma de controle sobre os corpos das mulheres e sobre a vida dos fetos e dos recém-nascidos em seus aspectos biológicos. Há

NICHOLSON, Linda. “Interpretando o gênero”. **Estudos Feministas**. Florianópolis, vol.8, n.2, p. 9-41, 2000.

PEDRO, Joana Maria. “Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica”. **História**. São Paulo, v.24, n.1, p. 77-98, 2005.

PEDRO, Joana Maria. “Relações de gênero como categoria transversal na historiografia contemporânea”. **Topoi**, v. 12, n. 22, jan.-jun. 2011, p. 270-283.

SCOTT, Joan W. “Unanswered questions”. **The American Historical Review**. Vol. 113, nº 5, dez 2008. p. 1422-1429.

SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995.

³⁴ PROSPERI, Adriano. 2012. Op. cit.

³⁵ O aborto e o infanticídio eram práticas que, mesmo não sendo bem vistas, estavam fortemente presentes na sociedade brasileira do início da República no Brasil. No entanto, a legislação daquele período, analisada neste trabalho, afirma que são crimes. Dessa maneira, optei denominar o aborto e o infanticídio de “práticas criminalizadas”.

³⁶ A cor, especialmente no Brasil, também é um elemento importante na análise das práticas criminalizadas de aborto e infanticídio. No entanto, como as fontes analisadas não abordaram esta questão, não incorporei a categoria cor na análise.

um empreendimento do Estado no controle sobre a vida nua, ou seja, há uma dimensão biopolítica³⁷ nas leis sobre aborto e infanticídio.

Dessa maneira, gênero, classe e biopolítica permeiam este trabalho como óculos que auxiliam a enxergar e a ler as fontes e os discursos presentes nelas. Mesmo que nem sempre apareçam explicitamente, essas categorias formam discussões de fundo, que perpassam diversos dos temas elencados ao longo do texto e estão presentes como uma preocupação constante na interpretação das fontes e na compreensão do período histórico em questão.

O ponto de partida desta pesquisa são os textos das legislações criminais – o *Código Criminal do Império do Brasil*, que vigorou entre 1830 e 1890, e o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, que teve sua vigência entre 1890 e 1940 (quando foi aprovado o Código Penal em vigor até os dias atuais). As principais fontes analisadas neste trabalho, além da própria legislação, são comentários a estes códigos, especialmente ao de 1890. São livros de juristas que analisam os códigos, seus pontos fortes e fracos, a jurisprudência, as mudanças em relação às legislações anteriores, fazem comparações com legislações de outros países (da América, da Europa e, eventualmente, da Ásia) e debatem cada artigo do Código separadamente. Nesse sentido, me interessam especialmente os artigos relativos ao aborto e ao infanticídio. Os projetos de código elaborados, discutidos, mas não aprovados, no período de vigência do Código republicano, assim como suas respectivas exposições de motivos, também são fontes importantes para este trabalho.

Além dessas fontes principais, outras serão analisadas em menor medida. É o caso de textos avulsos – de juristas e alguns de médicos – sobre aborto e infanticídio e algumas edições de jornais que falam sobre a aprovação do Código de 1890.

Foram as fontes que delimitaram o recorte temporal da pesquisa. Como os comentários sobre o Código de 1890 foram publicados desde logo após a sua aprovação, optei por escolher esta data como marco inicial. O marco final escolhido foi 1940, ano de publicação do Código Penal que substituiu o de 1890, pois é quando cessa a publicação de comentários ao Código aqui analisado.

Este trabalho se divide em duas partes. Na primeira parte, composta por dois capítulos, faço um percurso pela legislação criminal brasileira em relação ao aborto e ao infanticídio. No primeiro capítulo

³⁷ Utilizo neste trabalho a discussão sobre biopolítica de AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

apresento as diferenças da legislação imperial em relação àquela que foi aprovada no início do período republicano e faço uma pequena reflexão sobre o papel da lei. No segundo capítulo discuto a legislação brasileira sobre aborto e infanticídio desde as Ordenações Filipinas até o Código Penal republicano de 1890, para perceber as idas e vindas da lei em relação a estes crimes. Além disso, outro objetivo deste capítulo é apresentar o processo de elaboração e de aprovação do Código de 1890, qual foi a sua importância para a nascente república e qual foi a repercussão para seus contemporâneos.

Na segunda parte utilizo os comentários de juristas brasileiros sobre o Código de 1890, procurando perceber quais temas os crimes de aborto e infanticídio mobilizavam. Nesta parte, composta pelo terceiro e pelo quarto capítulos deste trabalho, analiso como dois paradigmas norteavam as discussões dos juristas: o da honra e o da vida. O objetivo desta segunda parte é perceber como estes dois paradigmas coexistiram, complementaram-se, entraram em conflito, um se sobrepujando ao outro, sendo que, em cada capítulo, discuto as nuances de cada um dos paradigmas.

Para compreender melhor estes comentários, há a tentativa de conhecer quem são estes juristas, em que escola de direito se formaram, quais foram suas atuações políticas. Além disso, há um esforço de vincular os comentários sobre o Código e as opiniões sobre aborto e infanticídio a diferentes formas de compreender os direitos, o indivíduo, a cidadania, o crime, o criminoso e a população nestas primeiras décadas do Brasil republicano.

PARTE I: UM PERCURSO PELA LEI

1 ENTRE A LEGISLAÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO

A leitura de um processo-crime sobre aborto envolvendo escravos foi meu primeiro contato com o tema desta dissertação. O processo, aberto após a descoberta de relações incestuosas entre pai e filha e do local onde estava enterrada a criança abortada fruto dessa relação, ocorreu em Tijucas, Santa Catarina, em 1890³⁸. O que despertou inicialmente meu interesse pela legislação criminal brasileira sobre aborto na passagem do Império para a República foi o desfecho do processo: Luiza Izabel, a filha, que após ter engravidado do pai, José Criolo, abortara com o auxílio de uma beberagem fornecida por ele mesmo, foi inocentada ao final do processo, pois não havia na legislação em vigor até então a possibilidade de criminalização da mulher que cometesse aborto em si mesma.

Na tentativa de compreender este fato, que me surpreendeu naquele momento, considerando a legislação penal brasileira atual que limita bastante as possibilidades de aborto legal, como já foi discutido na introdução deste trabalho, procurei a legislação criminal que vigorara naquele momento no país. Encontrei duas: o *Código Criminal do Império do Brasil*³⁹, que teve validade entre 1830 e 1890, e o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*⁴⁰, que durou de 1890 até 1940. O ano em que se desenrolou o processo que estava analisando foi o mesmo ano em que a legislação criminal brasileira mudou. Restava saber qual dos dois códigos não penalizava Luiza por seu aborto.

³⁸ Justiça Municipal do Termo de Tijucas. **Processo crime contra José Marcellino da Silva, Luiza Izabel e Pedro Rocha**. 1890. Digitalizado. Acervo: Laboratório de História Social do Trabalho e da Cultura – CFH/UFSC. As citações seguintes sobre a história de Luiza foram retiradas deste mesmo processo.

³⁹ **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010. Optei por manter as citações de fontes sempre completas, pois os dados de publicação eventualmente ajudam na localização temporal das obras no texto.

⁴⁰ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

O Código Criminal do Império, em sua segunda secção, no título “Infanticidio”, elenca os seguintes artigos:

SECÇÃO II Infanticidio

Art. 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra.

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

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.

Já o Código Penal da República, em um capítulo intitulado “Do abôrto”, trata do tema do modo seguinte:

CAPITULO IV DO ABÔRTO

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

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

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

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

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

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

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

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

Pena – de prisão cellular por um a cinco annos.

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

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

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

A partir da leitura dos artigos referentes ao crime de aborto nos dois códigos, percebemos que a legislação imperial não punia a mulher que cometia aborto em si mesma, pois não havia nenhum artigo que se referisse a esta situação; apenas constituía crime o aborto provocado por terceiros. Já a legislação republicana, além de punir o aborto provocado por terceiros, punia também a mãe que o cometesse ou consentisse com a prática.

Encontrar as legislações criminais do Império e da República e comparar os artigos sobre aborto dos dois códigos sanou minha dúvida de qual código inocentou Luiza Izabel: apesar de se desenrolar no ano de aprovação do Código Penal republicano, o processo se guiava pela lei imperial, pois foi iniciado antes da aprovação do Código que o sucedeu. Embora esta questão tenha sido respondida, outras importantes surgiram: primeiro, como pensar sobre proximidade entre as práticas criminalizadas de aborto e infanticídio? Em seguida, como compreender o porquê desta mudança em relação à legislação sobre estes temas, que

poderiam ter uma influência muito grande na vida de muitas mulheres? Estas perguntas são o germe desta dissertação.

Analisando comparativamente os dois códigos criminais já citados, percebemos que os artigos referentes ao aborto no Código Criminal do Império se encontram na secção intitulada “Infanticídio”. Não é possível saber a razão pela qual este capítulo foi intitulado desta maneira, já que os crimes de aborto e infanticídio foram tratados separadamente. A escolha por essa forma de organização desses crimes pode ser um indicativo da percepção dos legisladores sobre a proximidade dessas práticas, mas não temos como confirmar isso.

Já no Código Penal da República, além de um aumento da pena prevista para o aborto e de uma descrição mais cuidadosa desse crime; há também a separação dos crimes de aborto e infanticídio em capítulos diferentes. Além disso, o crime de infanticídio no Código Penal da República possui penas maiores do que no Código do Império – em alguns casos, o dobro e em outros casos, o triplo da pena. Podemos comparar essas diferenças a partir dos textos dos códigos. O Código Criminal do Império discorre o seguinte:

SECÇÃO II Infanticídio

Art. 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra.

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

Já o Código Penal da República, fala o seguinte:

CAPITULO II DO INFANTICIDIO

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte:

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

Parapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria:

Pena – de prisão celllular por tres a nove annos.

Outra mudança que se pode perceber é em relação à definição de recém-nascido nos dois códigos. Enquanto o Código imperial não define claramente o que considera como recém-nascido, o Código republicano é bem específico: “infante nos sete primeiros dias de seu nascimento”. Esta é uma mudança importante, principalmente do ponto de vista da aplicação da lei, pois definir onde acaba o infanticídio também é definir onde começa o homicídio, cujas penas são, em geral, mais graves. Vejamos o que dizem os dois códigos sobre o crime de homicídio. No Código imperial, este crime é tratado da seguinte maneira:

Homicidio

Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Penas - de morte no grão maximo; galés perpetuas no médio; e de prisão com trabalho por vinte annos no minimo.

Art. 193. Se o homicidio não tiver sido revestido das referidas circunstancias aggravantes.

Penas - de galés perpetuas no grão maximo; de prisão com trabalho por doze annos no médio; e por seis no minimo.

E no Código republicano:

DO HOMICIDIO

Art. 294. Matar alguém:

§ 1º Si o crime for perpetrado com qualquer das circunstancias aggravantes mencionadas nos §§ 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 16º, 17º, 18º e 19º do art. 39 e § 2º do art. 41:

Pena – de prisão celllular por doze a trinta annos.

§ 2º Si o homicidio não tiver sido aggravado pelas referidas circunstancias:

Pena – de prisão celllular por seis a vinte e quatro annos.

A falta de uma definição exata de infanticídio no Código imperial poderia resultar em julgamentos distintos: a morte de uma criança de quatro ou cinco dias de vida poderia ser vista como homicídio, assim como a morte de uma criança com mais de uma semana de vida poderia ser vista como infanticídio. As penas, como vimos, poderiam variar “de prisão com trabalho por um a tres annos” até a pena de morte.

Essas mudanças que percebemos entre uma legislação e outra certamente produziam uma influência real na vida das pessoas que eram acusadas desses crimes. No caso dos artigos sobre aborto e infanticídio, o espectro de quem pode ser criminalizado por essas práticas se ampliou e as penas foram aumentadas. Mas também sabemos, como mostra a historiografia (abordada na introdução deste trabalho), que as práticas de aborto e infanticídio, mesmo que nem sempre criminalizadas, não eram bem vistas, nem pela Igreja, nem pelo Estado e nem por diversos grupos sociais, inclusive no período de transição entre o Império e a República. Dessa maneira fica o questionamento: foi a legislação que tornou o aborto e o infanticídio práticas mais socialmente condenáveis ou foi a visão negativa da sociedade sobre estas práticas que fez a lei mudar? Pensando de outra maneira: é a legislação que muda a sociedade, ou são as mudanças da sociedade que fazem uma lei ser substituída? Ou ainda, estes fenômenos andam juntos e são complementares? Talvez nunca tenhamos respostas definitivas a estas questões – caras não só aos historiadores, mas também aos pensadores da área do Direito –, mas é importante ter dimensão da influência e interdependência entre a lei e a sociedade, para não cairmos na ilusão de que a lei transcende à sociedade, que é uma dimensão autônoma e sem relação com a realidade social, política e cultural de um povo.

A lei é um elemento importante de regulação das relações sociais entre os indivíduos e as instituições, uma vez que é o espaço que garante direitos, estipula deveres e institui proibições. Diversos pensadores dedicaram parte de seu trabalho para o estudo da lei e sobre como a sua análise é importante para a compreensão das sociedades.

Para o historiador E. P. Thompson, a lei é um instrumento de dominação de classe, uma vez que quem as cria são os de “cima”. No entanto, a lei não categoriza quem deve ser criminalizado – se é mulher ou homem, branco ou negro, pobre ou rico, casado ou solteiro...–, apenas prevê o crime e a pena. Ou seja, a lei deve respeitar certas regras de universalidade, deve ser válida a todos os grupos sociais, não apenas aos que se tenta controlar. Dessa maneira, eventualmente os de “baixo” utilizam o princípio de universalidade da lei a seu favor,

instrumentalizando-o de maneiras e para propósitos não imaginados quando de sua construção.

Ao final de sua obra *Senhores e caçadores*, Thompson faz reflexões interessantes sobre o papel social da lei (e de como os historiadores devem pensar sobre ela) que nos ajudam a pensar sobre o Código aqui em questão e a sua aplicação:

É inerente ao caráter específico da lei, como corpo de regras e procedimentos, que aplique critérios lógicos referidos a padrões de universalidade e igualdade. (...) Se a lei é manifestadamente parcial e injusta, não vai mascarar nada, legitimar nada, contribuir em nada para a hegemonia de classe alguma. A condição prévia essencial para a eficácia da lei, em sua função ideológica, é a de que mostre uma independência frente a manipulações flagrantes e pareça ser justa. Não conseguirá parecê-lo sem preservar sua lógica e critérios próprios de igualdade; na verdade, às vezes *sendo* realmente justa.⁴¹

Ainda assim, Thompson reflete, a lei “pode ser vista instrumentalmente como mediação e reforço das relações de classe existentes e, ideologicamente, como sua legitimadora”⁴², pois ela é produto de uma classe dominante com o objetivo de conter e controlar outras classes. Ou seja, apesar de legislar sobre todos, ela não é acionada para todos da mesma forma.

Já para Bourdieu, a lei não é um instrumento de dominação de classe, tampouco é descolada da sociedade, como se fosse autônoma, perspectiva criticada pelo sociólogo e também criticada por Thompson. Para Bourdieu, a lei é o resultado dos embates dos diversos grupos sociais e é delimitada pela sua própria lógica interna, que define as fronteiras de sua atuação. Bourdieu afirmou que a forma de análise mais ideal do direito não cairia em nenhum dos dois extremos acima citados:

Uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente ‘a ciência jurídica’ pela razão de tomar esta última como

⁴¹ THOMPSON, E. P. “O domínio da lei.” In: **Senhores e caçadores**: a origem da lei negra. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 353-354.

⁴² *Ibidem*. p. 353

objecto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do *instrumentalismo*, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes.⁴³

Para Bourdieu, o direito não é uma linguagem inócua, descolada da realidade social. O direito, por ser uma linguagem autorizada, tem o poder de nomeação, criando categorias de sujeitos e identidades. Este autor, no entanto, vê o direito de uma maneira dialética: ao mesmo tempo em que ele influencia fortemente o mundo social, ele também é feito por este mesmo mundo, ou seja, o direito modifica a realidade da qual é um produto:

O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.

O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este.⁴⁴

Mesmo possuindo o poder de nomeação, como fala Bourdieu, o direito não é uma instituição autônoma, mas extremamente ligada ao mundo social do qual é produto. O poder de criar do direito não é absoluto, pois a linguagem do direito só pode criar a partir do que já conhece, do que já existe. Dessa maneira, o trabalho jurídico:

[...] liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem

⁴³ BOURDIEU, Pierre. “A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico.” In: **O poder simbólico**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 209.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 237.

jurídica, o porvir será à imagem do passado e de que as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado.⁴⁵

Essa é uma reflexão especialmente pertinente para o período e a legislação em questão neste trabalho. Mesmo sendo fruto de uma importante mudança política no Brasil - a passagem do Império para a República - o Código Penal de 1890 está ligado a uma tradição jurídica anterior, está imerso na linguagem e nos valores daquele momento, um momento de transição em que não se sabia o que efetivamente iria mudar e o que iria continuar, um momento em que diversos projetos de sociedade estavam em conflito. As mudanças que aquela legislação empreendeu já tinham seu germe na sociedade que as criou, pois, de outra maneira, não poderiam ter sido pensadas. No entanto, como Bourdieu nos ajuda a perceber, apesar de o Código de 1890 ter sido elaborado com uma linguagem ligada ao passado, há mudanças e essas diferenças em relação à legislação anterior não se limitam ao texto, mas se efetivam como mudanças na sociedade e na vida das pessoas afetadas por aquela legislação.

A lei teve grande importância no início do período republicano no Brasil. Os primeiros governos utilizaram a publicação e a atualização de novas leis como marcos do começo do novo regime. Já nos primeiros anos, o governo republicano aprovou o novo Código Penal, em 1890, e a nova Constituição, em 1891. A Constituição Federal de 1891 aboliu o Poder Moderador, instituiu o regime político republicano e presidencialista, aboliu o voto censitário e o direito ao voto dos analfabetos, entre outras mudanças. Diferente do Código Penal de 1890, a Constituição de 1891 passou por discussões no Congresso, tendo sido aprovado, com algumas alterações, o projeto de Rui Barbosa.⁴⁶

Outro marco legislativo importante do início da República brasileira foi a aprovação do Código Civil, em 1916. Antes da aprovação deste Código, vigorava no Brasil, em termos de legislação civil, as Ordenações Filipinas, uma compilação de legislações portuguesas de 1603. Durante o Império houve algumas tentativas de

⁴⁵ *Ibidem.* p. 245.

⁴⁶ **A História da Câmara dos Deputados.** A 1ª República. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/a-camara/conheca/historia/historia/a1republica.html>>. Acesso em 24 de outubro de 2012.

produzir uma nova legislação civil que substituísse aquela que já havia se tornado arcaica, mas sem sucesso. Mesmo durante o período republicano demorou quase três décadas para que fosse aprovado o primeiro Código Civil brasileiro, baseado no projeto de Clóvis Bevilacqua e com várias alterações sugeridas por Rui Barbosa.

Segundo Keila Grinberg, em seu livro sobre Código Civil e cidadania⁴⁷, desde a proclamação da independência já havia anseios de se elaborar um Código Civil brasileiro e estes só aumentaram ao longo do século XIX. Para muitos juristas daquele momento, a elaboração de um Código Civil era imprescindível para o progresso de um país. No entanto, nem essa urgência conseguiu facilitar o processo de elaboração da primeira codificação civil brasileira. Segundo a autora, a maior dificuldade desse processo era a definição de cidadão, ou seja, de quem tinha direitos. Em um país escravista, em que os escravos possuíam uma dupla condição de coisa e de pessoa, a definição de cidadão se tornava ainda mais complicada. Não à toa, o Código Civil só foi aprovado vários anos após a abolição da escravidão. Mesmo assim, a legislação aprovada em 1916 não assegurava direitos iguais a todas as pessoas; eram considerados incapazes – e, portanto, com direitos limitados – os mendigos, os menores, os deficientes mentais e até as mulheres casadas.

O Código Civil de 1916 também foi importante para o direito de família naquele momento. Segundo Keila Grinberg, a constituição da família era considerada pelo novo regime a instituição civil mais importante e “os direitos das mulheres casadas, dos filhos legítimos e ilegítimos e as possibilidades do divórcio foram amplamente discutidos no processo de elaboração do projeto de Código Civil”⁴⁸.

Em um texto que aborda a trajetória jurídico-social da infância abandonada no Brasil, a historiadora Silvia Arend aponta para o papel do Código Civil, aliado ao Código Penal, na instituição de um modelo de família no Brasil no início do século XX:

Essa lei penal [Código Penal de 1890], assim como o Código Civil de 1916, foram de fundamental importância no processo de introdução da norma familiar burguesa para os diferentes grupos sociais do país. Essa configuração de família, em função de suas práticas e valores, possibilitaria que os infantes

⁴⁷ GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Coleção Descobrimdo o Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 44.

atingissem a idade adulta, objetivo final da gestão da população.⁴⁹

O Livro I da Parte Especial do Código Civil de 1916⁵⁰, denominado “Do direito de família”, legislava sobre como a família deveria ser. Quais eram os direitos e deveres do marido e da mulher (a denominação no Código é mulher, não esposa), quem tinha maior autoridade, quem detinha o pátrio poder. Instituíam, por exemplo, que o marido era o chefe da sociedade conjugal, que deveria prover a manutenção da família e que tinha o direito de autorizar a profissão da mulher. Também definia que a mulher auxiliava nos encargos da família, que ela não poderia gerir os bens da família, a não ser que o marido estivesse ausente, e como se constituía a legitimidade e a ilegitimidade dos filhos. Todas essas definições, entre outras, faziam parte do modelo de família que o Estado almejava, que Silvia Arend assim caracteriza:

A norma familiar burguesa, que surge inicialmente entre as elites e as camadas médias, caracteriza-se pelo seguinte conjunto de práticas e valores: pela composição pai, mãe e filhos; pela presença de representações sociais que conformam o chamado amor romântico entre os cônjuges, bem como o amor materno e paterno em relação aos filhos; a sexualidade do casal deveria ser pautada pela prática da monogamia e pelo heteroerotismo; à mulher caberia a administração do mundo do doméstico, enquanto que o homem tornar-se-ia o provedor, atuando no âmbito do público; as relações de parentesco entre os membros da família seriam construídas a partir de dois eixos, isto é, a consanguinidade e a afetividade.⁵¹

⁴⁹ AREND, Silvia Maria Fávero. “De exposto a menor abandonado: uma trajetória jurídico-social.” In: VENANCIO, Renato Pinto (org). **Uma história social do abandono de crianças**: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII a XX. São Paulo: Alameda; Editora PUC Minas, 2010. p. 348.

⁵⁰ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

⁵¹ AREND, Silvia Maria Fávero, 2010. *Op cit.* p. 349.

Não apenas este modelo de família era almejado, mas aqueles e aquelas que fugiam a ele eram punidos. O abandono de crianças, como aborda Silvia Arend, o aborto e o infanticídio não se encaixavam na norma familiar burguesa, menos ainda no ideal de mãe amorosa, zelosa, que tinha em seus filhos a razão de seu viver, e por isso deveriam ser punidos. Nesse sentido:

O Código Penal da República e o Código Civil de 1916 [...] operaram em sentidos diferentes, mas complementares. A primeira lei atribuía, na maioria dos casos, penas bastante severas as práticas que vão de encontro a essa configuração da família, enquanto a outra tornava legítima as práticas que fundamentam a norma familiar burguesa.⁵²

O esforço do Estado para implantar a norma familiar burguesa não foi apenas moral, embora esta faceta fosse bastante importante. A escolha de um determinado tipo de família, marcada pelo cuidado da infância realizado preferencialmente pelos pais biológicos (especialmente a mãe), pela proteção das crianças e jovens até a idade adulta, pela interdição das práticas sexuais e laborais até certa idade⁵³, era uma maneira de se produzir os futuros adultos almejados, de se construir a população que se desejava. E a lei, mesmo não sendo o único, foi um importante mecanismo na gestão da população naquele momento.

A lei, em sua relação com a sociedade, se sustenta em um tripé: elaboração, interpretação e aplicação. Essas três esferas dialogam entre si, mas cada uma tem suas especificidades. Quando analisadas do ponto de vista histórico, cada uma dessas três dimensões da lei pode ser estudada a partir de diferentes tipos de fontes produzidas pela área jurídica. O estudo sobre a elaboração, por exemplo, pode se valer dos próprios textos da legislação, assim como os projetos, as exposições de motivos e os debates parlamentares. Já em relação à interpretação, podem ser pesquisados os comentários de juristas às legislações. Por fim, para o estudo da aplicação da lei, pode-se utilizar processos judiciais – largamente utilizados pela história social das últimas décadas – e revistas de jurisprudência. Nesta dissertação, analiso fontes que remetem às esferas da elaboração e da interpretação das leis de aborto e

⁵² *Idem.*

⁵³ *Idem.*

infanticídio no início do período republicano no Brasil. Certamente o estudo da aplicação dessas leis, em especial com o uso de processos-crime, é muito rico e, de certa forma, fecharia o ciclo de análise dessa legislação, a partir do ponto de vista jurídico. No entanto, devido à dimensão de um trabalho de mestrado e a dificuldade de encontrar processos relativos a estes crimes e a complexidade da análise deste tipo de fonte, optei por centrar a análise em outras fontes que evidenciam outras esferas da legislação sobre aborto e infanticídio.

As fontes que se constituíram em principal objeto de análise neste trabalho – os comentários e os projetos de código – não foram nem a primeira, nem a mais óbvia opção de pesquisa. Debates parlamentares, fontes que podem ser utilizadas quando se estuda determinada legislação, que poderiam ser estudados para se ter acesso às diferentes opiniões relativas ao aborto e ao infanticídio e procurar pistas que ajudassem a explicar o porquê das mudanças em relação a estes crimes na passagem do Império para a República, não puderam ser utilizados, uma vez que não houve esse tipo de discussão, pois o parlamento esteve fechado nos primeiros meses do regime republicano brasileiro.

Foi durante o percurso da pesquisa que encontrei os comentários ao código. Em viagem ao Rio de Janeiro, para consulta em alguns arquivos⁵⁴, entrei em contato com esse tipo de fonte, pela primeira vez, através de uma coleção sobre História do Direito brasileiro, especialmente sobre Direito Penal, editada entre 2003 e 2004 pelo Senado Federal, disponível no acervo da Biblioteca Nacional⁵⁵. Outros comentários, assim como projetos de código, também foram encontrados no acervo da Casa de Rui Barbosa, publicados durante os anos que compõem o recorte temporal desta análise. Já com o conhecimento da existência e da importância desse tipo de fonte, realizei outra viagem, desta vez a São Paulo, para pesquisar no acervo da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde encontrei uma quantidade considerável destas fontes.

Os comentários sobre o Código Penal são fontes muito interessantes e bastante importantes para o objetivo desta pesquisa, pois

⁵⁴ Esta viagem foi realizada com apoio do projeto PROCAD/CAPES “Cruzando fronteiras: A história do trabalho no Brasil para além das dicotomias tradicionais”, em um convênio entre os programas de pós-graduação em História da Universidade Federal de Santa Catarina, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁵⁵ Posteriormente, verifiquei que esta coleção também está disponível, embora não completa, na Biblioteca Central da Universidade Federal de Santa Catarina.

suprem, de certa maneira, a falta das discussões parlamentares. Os juristas, nestas obras, faziam apreciação do Código, apontavam seus defeitos, apresentavam suas opiniões em relação ao Código e aos crimes previstos na lei (como no caso do aborto e do infanticídio). Dessa maneira, é possível perceber o embate entre as diferentes opiniões, os consensos e os conflitos em relação às práticas criminalizadas em questão neste trabalho. Estas fontes também permitem perceber as mudanças de visão sobre o aborto e o infanticídio durante o período em que vigorou o Código Penal de 1890, pois obras deste tipo foram publicadas desde a sua aprovação, até sua substituição pela legislação que o seguiu.

Obras como os comentários ao Código Penal são produzidas por pessoas da área do Direito e cujo público alvo também são pessoas deste meio, ou seja, são obras com circulação específica, que não chegam ao grande público. Mesmo assim, esse tipo de fonte tem grande importância para o estudo da história jurídica e dos crimes, apesar de não ser muito utilizada pelos historiadores (ao longo de minha pesquisa, encontrei poucas obras historiográficas que utilizavam este tipo de fonte e nenhuma que as discutissem aprofundadamente ou as utilizassem em grande escala). Uma das funções deste tipo de obra é auxiliar os advogados a montarem suas defesas ou acusações. Sendo assim, o que os juristas escreviam em seus comentários poderia ajudar a absolver ou condenar alguém, poderia instituir jurisprudências, ou seja, poderia ter uma influência sensível na vida das pessoas que tinham suas vidas enredadas nas teias da Justiça, como, por exemplo, as mulheres e os homens indiciados pelos crimes de aborto e infanticídio.

A seleção dos comentários ao código que seriam analisados nesta pesquisa se deu de maneira temática. Como, em geral, essas obras são divididas de acordo com os artigos das legislações que pretendem discutir, foram selecionados para análise especialmente os trechos que abordavam os crimes de aborto e infanticídio. Além disso, foram selecionados trechos que discutiam temas correlatos ou assuntos que poderiam complementar a análise, como, por exemplo, a relação entre mulher e criminalidade, a questão do estupro, as penas para homicídio, entre outros.

Os projetos de código penal, outro tipo de fonte bastante utilizada neste trabalho, mostram, por sua vez, possibilidades alternativas às instituídas no Código Penal em relação ao aborto e ao infanticídio. Mesmo que não aprovados, os projetos de código penal são fontes importantes, pois deixam entrever o horizonte de possibilidades em relação a estes crimes, as opiniões que existiram, mas que não se

tornaram hegemônicas, em diferentes momentos do período de vigência do Código de 1890. As exposições de motivos dos projetos também são pertinentes, pois era neste espaço que os legisladores argumentavam por que as definições dos crimes e das penas deveriam ser modificadas, abrindo uma janela para se perceber diferentes visões sobre os crimes de aborto e infanticídio.

Os locais onde estas fontes foram localizadas também devem ser destacados. Como já foi dito, parte destas fontes se encontra no acervo da Casa de Rui Barbosa. As fontes pesquisadas neste arquivo fazem parte do acervo pessoal de Rui Barbosa, um dos grandes juristas do final do século XIX e início do XX no Brasil, sendo que algumas das obras possuem marcas de leitura, como pequenas anotações ou correções de erros ortográficos. Mas a maior parte dos comentários e projetos foi consultada na Biblioteca da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em São Paulo, uma biblioteca importante com um grande e antigo acervo na área do Direito. Outras bibliotecas de instituições de ensino de Direito antigas e importantes poderiam ter sido consultadas (como a de Recife, a primeira do Brasil, fundada em Olinda no ano de 1827 e transferida para o Recife em 1854; a do Rio de Janeiro, fundada em 1891; a da Bahia, fundada no mesmo ano; e a de Porto Alegre, fundada em 1900), no entanto, devido às limitações de uma pesquisa de Mestrado, a do Largo São Francisco, fundada em 1827, foi escolhida, além da facilidade de acesso, pela importância que teve na formação de atores políticos do início da República brasileira e da elaboração do Código Penal de 1890. Refletir sobre o local onde estão localizadas estas fontes – o acervo pessoal de um importante jurista brasileiro e a biblioteca de uma das faculdades de Direito mais importantes do país, especialmente no início do período republicano – e sobre as pessoas que conviviam nestes ambientes ajuda a pensar na pertinência desse tipo de fonte e na abrangência e circulação que podem ter alcançado as discussões sobre aborto e infanticídio presentes nos comentários e nos projetos de código penal.

No entanto, antes de discutir o que os juristas das primeiras décadas do Brasil republicano abordavam sobre aborto e infanticídio em seus comentários, é importante se ter a dimensão das mudanças empreendidas pelo Código Penal de 1890 em relação a estas práticas criminalizadas. Para isso, é preciso inserir essa legislação na tradição penal no Brasil. Essa é a proposta do próximo capítulo.

2 ABORTO E INFANTICÍDIO NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA

O *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*⁵⁶, aprovado como Decreto nº 847 em 11 de outubro de 1890 pelo chefe do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, o Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, foi a primeira grande legislação aprovada no período republicano brasileiro (a Constituição foi aprovada em 1891 e o Código Civil, em 1916). Este Código entrou em vigor para substituir o *Código Criminal do Império do Brasil*⁵⁷, que foi a primeira legislação criminal do Brasil independente, aprovado em 16 de dezembro de 1830. Apesar de ter sido a primeira legislação criminal depois da independência política brasileira, o Código de 1830 não foi a primeira legislação criminal em vigor no país. Antes disso, o Brasil respondia às mesmas legislações da metrópole Portugal, um conjunto de artigos reunidos em cinco livros que legislavam sobre aspectos civis, morais, criminais, entre outros: as *Ordenações Filipinas*, “o mais duradouro código legal português”⁵⁸, compiladas em 1603. Deste conjunto de legislações, era o último volume – o livro V – aquele que descrevia as práticas consideradas criminosas e as respectivas punições para elas.

O objetivo deste capítulo é fazer um percurso pela legislação criminal brasileira, até o Código de 1890, para perceber as idas e vindas da lei no que diz respeito às práticas criminalizadas do aborto e do infanticídio e para compreender por que o Código Penal de 1890 é um marco na criminalização dessas práticas (especialmente a do aborto). Além disso, neste capítulo também me proponho a discorrer sobre a elaboração e aprovação do Código republicano, as diferenças em relação

⁵⁶ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

⁵⁷ **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

⁵⁸ LARA, Silvia Hunold (org.). **Ordenações Filipinas**: livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

à legislação anterior e as críticas que recebeu de seus contemporâneos da área jurídica.⁵⁹

Para fazer um percurso pela legislação criminal brasileira, partindo das *Ordenações Filipinas* – aprovadas em 1603 – para chegar ao *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* – aprovado em 1890 –, é importante destacar que a história da legislação não é uma história evolutiva. As legislações mudam não porque precisam melhorar em si, mas porque precisam responder a novas questões, a novos conflitos de classe, a novas necessidades de controle social, que surgem com as mudanças de uma sociedade e que uma legislação antiga não consegue mais responder. Não é diferente no que se refere à legislação criminal sobre aborto e infanticídio, marcada por ondas de criminalização e descriminalização que não seguem uma trajetória linear⁶⁰.

Outra reflexão é de Matthieu de Castelbajac em um artigo que procura fazer uma análise sociohistórica do aborto legal no Brasil, recuperando o que as legislações que já vigoraram no país discutiram sobre isso, culminando na análise da legislação atual. O autor aponta para a importância de pensar o aborto criminoso e o aborto lícito conjuntamente, um definindo as possibilidades e os contornos do outro:

Existe na literatura especializada sobre aborto uma “hipótese repressiva”⁶¹, segundo a qual, toda a história do aborto poderia se resumir à história da sua repressão, enquanto o direito à interrupção da gravidez seria uma invenção moderna. Esta divisão entre um passado repressivo e um futuro libertador diz respeito à grande narrativa emancipadora. Indica um horizonte de expectativa para fazer justiça tanto às aspirações presentes como à rememoração das situações passadas. Sem

⁵⁹ Este panorama geral sobre o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, de 1890, é importante, pois seu processo de elaboração e aprovação não é muito discutido na historiografia. Durante o levantamento bibliográfico em minha pesquisa, encontrei poucas referências sobre este tema em obras da historiografia brasileira.

⁶⁰ PEDRO, Joana Maria. A repercussão das disputas legislativas: a legislação sobre o aborto e a imprensa. In: _____ (org.), **Práticas proibidas**: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 171.

⁶¹ Matthieu de Castelbajac utiliza a expressão “hipótese repressiva”, cunhada por Foucault, para descrever teorias que consideram a ação do poder sobre a sexualidade como essencialmente limitativa e negativa.

recusar este horizonte, parece-nos, contudo, que seria mais útil servimo-nos de uma compreensão menos redutora das sucessivas formalizações jurídicas do aborto. Levando-as a sério, chegamos a uma conclusão menos previsível. Não pertencendo a duas temporalidades diferentes, o aborto criminoso e o aborto lícito se formaram simetricamente, segundo critérios correspondentes, e que podem ser estilizados, de forma ideal-típica, em distintos dispositivos, cada um organizando a diferença entre situações toleradas e situações puníveis.⁶²

O problema das “hipóteses repressivas”, para este autor, é que projetam no passado um processo de contínua repressão das práticas de aborto (e, podemos dizer também de infanticídio), enquanto projetam no presente e no futuro uma história de luta por direitos e uma necessária liberação dessas práticas (nesse caso, acredito que não podemos incluir o infanticídio). No entanto, a história é mais complexa, pois em cada período foi definido se o aborto e o infanticídio eram ou não considerados negativos, por que eram problemáticos e quais deveriam ser as punições para essas práticas⁶³. Além disso, em nenhuma das legislações analisadas, desde as *Ordenações Filipinas* até o Código de 1890, o aborto e o infanticídio foram criminalizados para todas as circunstâncias; houve sempre uma brecha, uma razão que justificasse situações específicas em que eram permitidos. Como Castelbajac aponta, o aborto lícito e o aborto criminoso (assim como o infanticídio criminoso e o infanticídio justificável) andam juntos, definindo em que situações um ou outro ocorrem.

⁶² CASTELBAJAC, Matthieu de. “Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil.” **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v. 10, n. 3, Nov. 2009/Fev. 2010. p. 39-72.

⁶³ Na introdução deste trabalho, foram apresentadas algumas obras que mostram as diferentes visões sobre aborto e infanticídio no Brasil em diferentes momentos históricos.

2.1 DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS AO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830

As *Ordenações Filipinas*, aprovadas em 1603 e vigentes no Brasil, em relação ao direito penal, até 1830⁶⁴, como já foi dito anteriormente, são um conjunto de diversos artigos que legislavam sobre questões civis, morais, criminais, entre outras. Eram divididas em cinco livros, cada qual abrangendo diferentes esferas do direito:

O livro I delinea as atribuições, direitos e deveres dos magistrados e oficiais da Justiça (...). No segundo livro estão definidas as relações entre o Estado e a Igreja, os privilégios desta última e os da nobreza, bem como os direitos fiscais de ambas. O terceiro trata das ações cíveis e criminais, isto é, do processo civil e do criminal, regulando o direito subsidiário. O livro IV determina o direito das coisas e pessoas, estabelecendo as regras para contratos, testamentos, tutelas, formas de distribuição e aforamento de terras etc. O último é dedicado ao direito penal, estipulando-se os crimes e suas respectivas penas.⁶⁵

Podemos dizer que o livro V das *Ordenações Filipinas*, que definia os crimes e as penas, é um exemplo do paradigma penal do suplício, estudado por Foucault em sua obra muito conhecida *Vigiar e punir*⁶⁶. A lei era a palavra do rei e qualquer ato que ia contra a lei, qualquer crime, era um crime contra o rei. Dessa maneira, deveria ser punido de maneira exemplar. A punição não era apenas uma forma de o criminoso pagar pelo seu erro; era também um espetáculo pedagógico, um aviso para que os outros não se atrevessem a ir contra a palavra do monarca. A punição deveria ser “a inscrição da vontade do soberano no corpo do condenado”⁶⁷. As penas, nesta legislação, variavam de multas, confisco de bens, degredo, galés, passando pelas penas supliciais (como

⁶⁴ É bom lembrar que, em termos de legislação civil, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a aprovação do Código Civil, em 1916.

⁶⁵ LARA, Silvia Hunold (org.). Introdução. In: _____, 1999. *Op cit.* p. 34-35.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

⁶⁷ LARA, Silvia Hunold (org.). Introdução. In: _____, 1999. *Op cit.* p. 24.

açoites, tenazes ardentes), até uma imensa variedade de tipos de morte (enforcamento, envenenamento, morte no pelourinho ou no fogo...). Algumas vezes, as penas se estendiam à família (como o confisco de bens e a desonra) ou ao próprio condenado após sua morte (esquartejamento, exposição ou queima do cadáver, proscricção da memória). Durante a longa vigência desta legislação, algumas penas foram modificadas e o jurista Galdino Siqueira, em seu comentário ao Código Penal brasileiro de 1890, cita as leis que abrandaram algumas das penas previstas pelas Ordenações:

Sob o influxo das idéas humanitarias do movimento do seculo XVIII, procurou-se abrandar o rigor da penalidade das Ordenações e leis posteriores, reconhecendo a Lei de 5 de março de 1790 que a tortura cahira em desuetude, e o Decr. de 12 de dezembro de 1801 determinando a applicação da pena de morte sómente nos crimes mais atrozes.⁶⁸

No livro V das *Ordenações Filipinas* não há nenhum artigo referente a aborto ou a infanticídio. Dois comentaristas do Código de 1890 também fazem esta constatação. Sobre o infanticídio, Phaelante da Camara diz: “Ao tempo da promulgação do nosso Codigo de 1830, o Brasil regia-se, mesmo em materia criminal, pelas ordenações do Reino, que, não considerando o infanticidio de modo especial sob ponto de vista algum, apenas no Liv. I, tit. 15 § 4º exigia vigilancia da parte da policia no sentido de verificar – *se andando alguma mulher prenhe, se suspeitasse mal do parto, não dando d'elle conta.*”⁶⁹. Sobre o aborto, fala Alfredo Balthazar da Silveira: “As primitivas leis do velho reino de Portugal e Algarves nada dispunham sobre as penas, que deveriam ser infligidas aos que praticassem o crime de aborto (...)”⁷⁰. Não podemos

⁶⁸ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. Optei por reproduzir a grafia original das fontes, inclusive os erros ortográficos e tipográficos.

⁶⁹ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 83-84.

⁷⁰ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 7.

dizer, porém, que fossem vistas com bons olhos. Era recomendado que mulheres grávidas que perdessem a aparência de gravidez sem, contudo, apresentar alguma criança, ou mulheres que escondessem a gravidez fossem observadas pelos “quadrilheiros”⁷¹, uma espécie de polícia moral, e reportadas à Justiça, pois essas atitudes poderiam ser indicativo de aborto ou infanticídio, como Phaelante da Camara apontou em sua obra, anteriormente citada. No entanto, a questão principal, nesses casos, não era o aborto ou o infanticídio em si, mas o que eles representavam:

As autoridades têm interesse nelas apenas porque traem a provável dissimulação de um adultério, sendo a missão geral dos quadrilheiros derrubar as relações inconfessáveis que são trazidas à notoriedade pública. Não é o aborto por si mesmo, mas o segredo acerca do aborto que o Estado combate em nome dos bons costumes. Assim, o aborto não constitui um delito, mas o sinal de uma conduta faltosa. Não é proibido, porém tem que ser denunciado. Neste ponto, há pouca diferença entre a mulher que não dá conta da criança concebida no seu seio e a outra que procura por um aborto. Ambas são alvo das insinuações de má reputação.⁷²

Mary del Priore também destaca a relação existente, na visão da justiça colonial, entre aborto e relações extra-conjugais. Além disso, ela também apresenta outras implicações do aborto (que podemos estender para o infanticídio):

(...) podemos compreender porque no Brasil colonial a perseguição ao aborto teria uma especificidade: mais do que atacar o homicídio terrível que privava uma alma inocente do batismo, e portanto, da salvação eterna, caçavam-se os desdobramentos condenáveis nas ligações fora do matrimônio. E tais ligações, em forma de concabinatos (sic) e mancebias, então recorrentes,

⁷¹ As atribuições dos quadrilheiros estão descritas em: **Ordenações Filipinas**. Liv. I. Tit. LXXIII, “Dos quadrilheiros”. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihit/proj/filipinas/11p166.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2012.

⁷² CASTELBAJAC, Matthieu de, Nov. 2009/Fev. 2010. *Op cit.* p. 42.

comprometiam a vertente ordenadora da “multiplicação das gentes”, uma vez que nela reproduziam-se bastardos e mestiços ameaçadores à ordem que a metrópole lusa desejava instaurar nas terras brasileiras, para delas extrair toda a riqueza necessária ao sistema mercantilista.⁷³

O aborto e o infanticídio no período colonial eram vistos de forma negativa: como indicativo de relações sexuais fora do casamento, como a condenação de uma alma inocente ao sofrimento eterno pela falta do sacramento do batismo, como ameaçadora do povoamento do Brasil. Do ponto de vista legal, porém, estas práticas não constavam como delito nas *Ordenações Filipinas*.

Para termos um contraponto, podemos ver que a sodomia era prevista como delito nas *Ordenações Filipinas* e punida gravemente, conforme está descrito no título XIII, “Dos que cometem pecado de sodomia⁷⁴ e com alimárias⁷⁵”:

Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inábeis e infames, assim como os daqueles que cometem crime de lesa-majestade.⁷⁶

⁷³ PRIORE, Mary del. A Árvore e o Fruto: Um Breve Ensaio Histórico Sobre o Aborto. **Revista Bioética**, Brasília, v.2, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/442>. Acesso em 21 de março de 2012.

⁷⁴ Sodomia: prática sexual em que há penetração do ânus com o pênis. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=sodomia>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

⁷⁵ Alimária: animal irracional (em geral). **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=alim%C3%A1ria>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

⁷⁶ LARA, Silvia Hunold (org), 1999. *Op cit.* p. 91.

Ainda no mesmo título também eram consideradas criminosas “mulheres que umas com as outras cometem pecado contra natura”, “qualquer homem ou mulher que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimária” e “pessoas que com outras do mesmo sexo cometerem o pecado de molície⁷⁷”. Ou seja, práticas sexuais moralmente condenadas eram duramente penalizadas enquanto práticas consideradas como contra a vida e, principalmente, a alma de um inocente nem estavam previstas nesta legislação. Isso mostra como, em muitos casos, a moral sexual era um valor mais importante do que a vida naquela legislação.

No entanto, é importante destacar, que havia outras esferas de justiça e condenação que extrapolavam a legislação, como a moral ou a religiosa. No Antigo Regime, a justiça eclesiástica e a Inquisição, por exemplo, julgavam e atribuíam penas a pecados que não necessariamente constavam como crimes na lei do rei, mas também eram consideradas punições legítimas. Dessa maneira, apesar de não constarem como delito nas *Ordenações Filipinas*, não significa que quem cometesse aborto ou infanticídio não pudesse ser punido de outra maneira.

O *Código Criminal do Império do Brasil*, aprovado em 1830, foi a primeira legislação penal do Brasil independente. Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos (1795-1850), “traz esse diploma” – de acordo com Pedro Dutra – “o tônus liberal e o apuro técnico inspirados na reflexão política inglesa e calcados na forja francesa das normas modernas”⁷⁸. Foi, segundo afirma Sueann Caulfield, “largamente saudado dentro e fora do país”.⁷⁹ Juristas do início do século XX reconheciam no Código de 1830 grande valor. Galdino Siqueira, em um projeto de revisão do Código de 1890, afirmava que o Código imperial “se destacava como um trabalho digno de encomios, avantajando-se até

⁷⁷ LARA, Silvia Hunold (org.), 1999. *Op cit.* p. 91-92.

Molícia: Moleza, delicadeza, languidez, voluptuosidade. **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa.** Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=mol%C3%ADcia>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

⁷⁸ DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 45

⁷⁹ CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940).** Campinas: Editora da Unicamp; Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2000. p. 69.

em muitos pontos dos códigos existentes e doutrinas imperantes.”⁸⁰. Antonio José da Costa e Silva, advogado formado na Faculdade de Direito de São Paulo, em comentário ao Código republicano, faz elogios ao Código anterior:

O código de 1830, o primeiro que tivemos, era reconhecidamente um dos mais notáveis de seu tempo e constituía um padrão de glória que attestava a cultura jurídica dos legisladores da infância da monarchia. Promulgado após as duas codificações penaes que, no começo do seculo XIX, mais larga repercussão alcançaram – a francesa, de 1810, e a bavara, de 1813 – elle soube mostrar-se independente e, em varios assumptos, de marcada originalidade. Foi nas idéas utilitaristas de Bentham que se inspirou essa magnífica obra legislativa.⁸¹

Em comparação com as *Ordenações Filipinas*, que remetiam a tradições medievais de privilégios do clero e da nobreza, o Código de 1830 era bastante “moderno”, na medida em que incorporava parte dos ideais liberais colocados em circulação após a Revolução Francesa, como os de igualdade e liberdade individual. Não podemos esquecer, no entanto, que permaneciam algumas diferenciações jurídicas, especialmente em relação aos escravos, às mulheres e aos menores, gerando uma forte contradição entre uma legislação liberal e uma sociedade fortemente marcada pela escravidão e pelo patriarcalismo. Essa contradição, e a dificuldade de definir a cidadania em um país com a massiva presença de escravos e libertos, foi, segundo Keila Grinberg, o principal entrave para a elaboração de um código civil durante o Império brasileiro.⁸²

No começo do século XIX, conforme descreve Foucault⁸³, há uma onda global de reforma do sistema judiciário e penal, especialmente

⁸⁰ SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. p. 5.

⁸¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p. I-II.

⁸² GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Coleção Descobrimdo o Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁸³ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

nos países da Europa. Essa reforma, bastante influenciada pela Revolução Francesa, consistia, basicamente, em afirmar que só há uma infração se há uma lei que define essa infração. Se o delito não se constitui em ir contra a palavra do soberano, aquele que o comete também não é mais, simplesmente, quem desobedeceu ao monarca; há, assim, uma nova definição do criminoso: “O criminoso é aquele que danifica, perturba a sociedade. O criminoso é o inimigo social”⁸⁴. O crime é um mal contra a sociedade e, dessa maneira, a reparação desse mal deve ser uma reparação ao corpo social e não mais impressa no corpo do criminoso.

O Código Criminal de 1830 fez parte dessa onda de reforma dos sistemas judiciários e penais. O primeiro artigo do Código, por exemplo, afirmava: “Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique”⁸⁵. Há uma diferença gritante entre as penas previstas nas Ordenações Filipinas e no Código Criminal do Império. As penas supliciais foram extintas (o único caso previsto são açoites em caso de insurreição de escravos); a pena de morte deixou de ter diversas possibilidades e passou a só poder ser executada na forca (mesmo assim, havia somente três casos em que a pena de morte era prevista: aos “cabeças” de insurreição de escravos, no grau máximo da pena do crime de homicídio e no grau máximo do crime de roubo, caso resulte em morte). Havia ainda as penas de galés, banimento, degredo, desterro, multa e suspensão do emprego⁸⁶, mas a maioria esmagadora das penas previstas eram de prisão ou de prisão com trabalho (podendo ambas serem perpétuas). O Código Criminal do Império exemplifica o momento de transição entre o paradigma penal do suplício e o paradigma penal da prisão e da vigilância, pois, apesar de prever na quase totalidade dos crimes penas de prisão, ainda mantém alguns resquícios das penas inscritas no corpo do criminoso e no seu afastamento de sua comunidade.

Tanto o aborto quanto o infanticídio passaram a ser criminalizados a partir de 1830 no Brasil.⁸⁷ O infanticídio consistia em “matar algum recém-nascido”, sem nenhuma outra especificação, como

⁸⁴ *Ibidem.* p. 81.

⁸⁵ Art. 1º. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

⁸⁶ De acordo com os crimes que preveem essa pena, “emprego” parece ser sinônimo tanto de funcionário público, quanto de cargo público eletivo.

⁸⁷ Para descrição dos artigos na íntegra, ver Anexo A.

até quantos dias a criança era considerada recém-nascida. A pena para o infanticídio era, de maneira geral (considerando os graus da pena), significativamente menor que a de homicídio. Se a mãe matasse a criança para ocultar a desonra própria, a pena no grau máximo diminuía em até quatro vezes.

O crime de aborto era descrito sob o mesmo título de “Infanticídio”. As penas para quem cometesse aborto eram bastante menores do que as do crime de infanticídio. Além disso, como já foi destacado neste trabalho, o aborto só era considerado crime se fosse realizado por terceiros; a mulher que abortasse não era considerada criminosa⁸⁸. Matthieu de Caltelbajac justifica essa peculiaridade da seguinte maneira:

Não se trata de uma omissão do legislador. As manobras abortivas descritas nos livros de medicina da época são muito violentas. O legislador considera que necessariamente causam um dano físico grave à mulher, quer ela tenha consentido ou não ao aborto. Neste dispositivo, o Estado apresenta a mulher como um corpo fraco que deve ser protegido de terceiros mal intencionados. Porém, o Estado adota uma atitude de *laissez-faire* para com a mulher que toma a decisão de se expor aos perigos do aborto. É claramente um critério liberal — a fronteira do público e do privado — que separa, neste dispositivo, o aborto criminoso do aborto lícito. Por um lado, a presença de terceiros, em torno da mulher grávida, cria uma cena pública na qual o Estado deve intervir. Por outro lado, a mulher que procura um aborto a si mesma se encontra numa esfera privada. Aquela mulher não tem que dar conta à polícia das obrigações que, na mesma época, podem lhe impor a moral religiosa e a honra familiar para com o ser concebido no seu

⁸⁸ Isso, porém, não era um consenso quando o código entrou em vigor. O primeiro projeto do código, que não foi aprovado, previa o crime de aborto, incluindo a mãe como imputável: “O que de qualquer modo procurar o aborto.... E si a propria mulher prenhe fôr culpada.” ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Primeira parte, Tomo I, 2ª edição correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1886. p. 271.

seio. O legislador apenas lembra o primeiro dos princípios liberais. Isto é, a interdição de prejudicar outrem. Em comparação com o invasivo direito de observação que tinham as autoridades coloniais sobre práticas relacionadas ao aborto, o novo dispositivo (sic) inaugura uma autolimitação da curiosidade pública, característica do Estado mínimo tal como concebido no pensamento liberal.⁸⁹

Castelbajac caracteriza o Código de 1830 como um “dispositivo liberal”, como uma legislação marcada pelos princípios liberais de autonomia do indivíduo. Essa brecha na legislação não é, como foi acusada por alguns comentaristas, um descuido do legislador; pelo contrário, é uma postura ideológica que considera o auto-aborto, assim como o suicídio, como crimes sem vítimas, uma vez que são atos pessoais que não ferem a liberdade individual de outrem. O problema do aborto realizado por terceiros, com ou sem consentimento da mulher “pejada”, não é a retirada do feto em si, mas as consequências físicas no corpo da mulher, muitas vezes graves a ponto de provocar a morte. É importante lembrar, porém, que, mesmo não sendo penalizada, a mulher que procurava o aborto não era bem vista, podendo ser punida em outras esferas, como pela moral e pela religião.

2.2 TENTATIVAS DE MUDANÇA DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO FIM DO IMPÉRIO

Ainda no final do período imperial houve uma tentativa de se modificar o Código Criminal em vigor desde 1830. Essa tentativa foi interrompida, antes de concluída, pela instituição da República que trouxe, como uma de suas primeiras ações, a aprovação do *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*.

Após a abolição da escravidão, em 1888, o abolicionista Joaquim Nabuco sugeriu à Câmara dos Deputados que se revisassem todas as leis brasileiras para que fossem retirados todos os resquícios escravocratas dessas legislações⁹⁰. Inspirado pela ideia de Nabuco, o deputado

⁸⁹ CASTELBAJAC, Matthieu de, Nov. 2009/Fev. 2010. *Op cit.* p. 43.

⁹⁰ ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição oficial do Código Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

pernambucano João Vieira de Araujo, apresentou à Câmara uma nova edição do Código de 1830. A ideia de Araujo não era reformar de forma ampla o Código então vigente; seu objetivo era apenas retirar as passagens referentes à escravidão e melhorar alguns problemas identificados na redação do texto da lei – até porque este jurista considerava o Código de 1830 quase perfeito.

Em relação ao aborto e ao infanticídio, por exemplo, a única diferença do projeto de Araújo de 1889 para o Código de 1830 é que os artigos sobre aborto estão em uma seção separada dos relativos a infanticídio, sendo que no Código de 1830 estão todos reunidos sob o título denominado “Infanticídio”; de resto, as palavras utilizadas e as penas previstas são exatamente iguais⁹¹.

Bacharel formado na Faculdade de Direito do Recife, João Vieira de Araujo (1844-1923) foi presidente da província de Alagoas entre 1874 e 1875, deputado provincial, constituinte e federal. Foi um dos primeiros juristas brasileiros a trazerem as ideias da Escola Penal Positiva para o país, foi um grande defensor das ideias de Lombroso, Ferri e Garofalo⁹² e era conhecido e reconhecido por todo o país e até no exterior⁹³.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932].

⁹¹ ARAUJO, João Vieira de. **Nova Edição Oficial do Código Criminal do Império do Brasil**: ante-projecto pelo advogado Dr. João Vieira de Araujo. Recife: 1889. p. 175-177.

⁹² Cesare Lombroso (1835-1909) e seus alunos, Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934), foram os maiores expoentes da Escola Penal Positiva, também conhecida como Escola Penal Italiana. Os fundamentos e as características principais desta escola são “a pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica; o crime como fenômeno natural e social, previndo de causas físicas, biológicas e sociais; e responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade.” GRAÇA, Victor da Silveira. **Escola Positiva**. Disponível em <

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=846>>. Acesso em 31 de janeiro de 2013. A obra mais conhecida dessa escola penal é *O homem delinquente*, de autoria de Lombroso, publicada em 1876, e influenciada pelas teorias evolucionistas. A obra defende que seria possível reconhecer os criminosos a partir de algumas características físicas, como o tamanho do crânio ou a assimetria da face. SABBATINI, Renato M. E.. **Cesare Lombroso**: uma breve biografia. Disponível em

João Vieira de Araujo teve uma relação bastante próxima – e conflituosa – com a legislação penal do Brasil. Essa relação começou ainda no fim do Império, quando elaborou uma nova edição do Código Criminal então vigente para ser discutida no parlamento. Desde 1889, quando elaborou sua nova edição do Código de 1830, até 1910, quando republicou esta mesma obra, foram muitos os trabalhos do jurista diretamente relacionados à legislação penal do Brasil: uma nova edição do Código imperial (1889), dois projetos de revisão do Código de 1890 (1893 e 1896), dois projetos elaborados pela Câmara dos Deputados, baseados em seu projeto de código (1897 e 1899), dois comentários ao Código republicano (1896 e 1901-1902), e, além das respostas aos pareceres de seus projetos de código, a republicação da nova edição do Código criminal de 1830 (1910).⁹⁴ É interessante como a relação do João Vieira com a legislação penal parece um ciclo, que se iniciou e terminou com o seu trabalho de elaboração da nova edição do Código imperial. É uma boa representação da admiração deste jurista pelo Código de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

A nova edição do Código Criminal de 1830, de João Vieira de Araujo, foi avaliada por uma comissão, formada pelas seguintes pessoas: “Illm. E Exm. Sr. conselheiro Candido Luiz Maria de Oliveira, dignissimo ministro da justiça. – *Visconde de Assis Martins*. – Antonio

<http://www.cerebromente.org.br/n01/frenolog/lombroso_port.htm>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

⁹³ Sua nova edição ao código criminal de 1830 foi noticiada em duas publicações italianas sobre direito penal (a *Revista Penale* e o *Archivio di psichiatria scieze penali*, de Lombroso), tendo sido o brasileiro chamado pelos italianos de “nosso illustre collaborador”. ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição oficial do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p 131. Informações biográficas de João Vieira de Araujo retiradas de: BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. V. IV. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 66-67.

ARAÚJO, João Vieira. **O código penal interpretado**. Ed. fac-similar. 2 v. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004. Informações retiradas da orelha do livro.

⁹⁴ João Vieira de Araujo é, sem dúvidas, o autor mais recorrente nas fontes analisadas neste trabalho. Suas ideias em relação a aborto e infanticídio serão analisadas mais detidamente na Parte II deste trabalho. As obras citadas se encontram na lista de fontes, ao final do trabalho.

José Rodrigues Torres Netto. – Dr. João Baptista Pereira.”⁹⁵ Esta comissão avaliou que a nova edição do código era insuficiente e que o Brasil precisava naquele momento de uma revisão de seu Código Criminal, uma vez que, por mais moderno que tenha sido o Código de 1830 quando aprovado, não era mais suficiente para o momento que o país vivia no final do século XIX:

A revisão, sim, recommenda-se como urgente, instante. Si é certo que uma civilização mais adiantada reclama uma legislação repressiva mais previdente e mais aperfeiçoada, por grande que seja a nossa idolatria pelo passado, não devemos e nem podemos nutrir a crença de que o nosso código é a última palavra da sabedoria humana. Obra perfeita para o seu tempo, monumento glorioso que honra á cultura intellectual dos legisladores que o elaboraram, ha 59 annos, e principalmente as largas intuições do privilegiado talento que o architectou, deixando na historia da legislação e da administração do paiz um rastro de luz, que ainda não se apagou, não é, entretanto, uma arca sagrada, na qual, sem profanação, não se deva tocar.

Quando essa revisão não fosse solicitada pelo dever de acudir a imperiosos reclames sociaes, pela familia, que, maculada pelas vergonhas do concubinato e dos attentados ao pudor, não encontra protecção efficaz contra os ataques á sua honra e á segurança do estado civil; pela geração nova, que sahe dos antros do vicio para as prisões, onde a contamina o contagio dos perversos, cuja companhia se lhes dá para exemplo, pelos perigos que corre a sociedade ameaçada pela vagabundagem, que cresce todos os dias nas cidades e no campo, donde desertou o trabalho, encarecendo a subsistencia geral; pela propriedade sitiada pela fraude que arma ciladas á boa fé e explora a confiança alheia e a credulidade publica, impôl-a-hia a urgente necessidade de reformar-se

⁹⁵ ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição official do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 130.

o actual regimen de repressão, baseado em um systema de penas, que, apesar do seu aparente rigor, só constringe pela privação da liberdade, executado, como é, desigualmente e sem uniformidade, em casas de prisões improprias, transformadas em escolas de crimes, e que, fechando o coração do condemnado á esperanza, tira-lhe todos os estímulos para regenerar-se, o que atesta a impotencia da sociedade para defender-se contra os maus e fazer delles instrumentos de trabalho, uteis e moralizados.⁹⁶

Em resposta ao parecer, João Vieira de Araujo discorda da comissão, pois é da opinião que os motivos elencados não seriam resolvidos em uma revisão do Código Criminal:

Na maior parte desta extensa citação [transcrita logo acima] estão enfileirados como argumentos suppostas necessidades sociaes, cuja satisfação não póde depender da mudança mesmo a mais radical em um código criminal, mas de uma série de reformas na ordem politica, administrativa e economica, que entretanto, como tantas outras intuições nossas mais facéis de manejar, permaneceriam ahi como letra morta diante da corrupção dos costumes e da ignorancia, fraqueza e immoralidade das classes directoras, inclusive os seus chefes, *exceptis excipiendis*.⁹⁷

Mesmo assim, Araujo manifesta o desejo de que logo o Brasil tivesse condições de elaborar um novo código criminal, mais moderno e mais de acordo com o momento vivido pelo país: “Faço votos, porém, para que dentro de pouco tempo tenhamos um novo código digno da actualidade, completamente aparelhado com os meios mais modernos e aperfeiçoados de dar-lhe execução, de modo que o systema

⁹⁶ ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição official do Código Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 130.

⁹⁷ ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição official do Código Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 147.

penitenciário entre nós seja uma verdadeira realidade.”⁹⁸ A data da resposta de Vieira de Araujo ao parecer é de 2 de novembro de 1889, poucos dias antes da proclamação da República. Mal sabia ele que, em menos de um ano, o novo regime político daria ao Brasil seu novo código penal.

A opinião da comissão teve mais força do que a de João Vieira de Araujo e João Baptista Pereira, um dos membros que avaliou a nova edição de Araujo, foi encarregado de elaborar uma revisão do Código imperial. Galdino Siqueira narra brevemente esta história:

Em 1889, JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, professor de direito criminal na Faculdade de Recife, apresentou ao ministro da Justiça um ante-projecto de uma nova edição official do código criminal, e a comissão nomeada pelo ministro para examinar o trabalho, da qual foi relator o conselheiro JOÃO BATISTA PEREIRA, lente da Faculdade de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, opinou por que se fizesse, não uma simples revisão, mas uma reforma completa da legislação penal, attendendo á situação do paiz. Aceito o alvitre suggerido pela commissão, o ministro encarregou ao referido cons. BAPTISTA PEREIRA de organizar o projecto de reforma, missão que acceptou, e tinha elaborado a parte geral, quando foi proclamada a Republica.⁹⁹

O trabalho de Baptista Pereira, porém, não foi em vão, pois:

Reconhecendo a necessidade da reforma da legislação penal, mais ainda diante da implantação das novas instituições politicas, o ministro da Justiça do Governo Provisorio, Dr. CAMPOS SALLES, convidou novamente o cons.

⁹⁸ ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição official do Código Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. p. 149-150.

⁹⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 10.

BAPTISTA PEREIRA para organizar o projecto do novo código penal, incumbencia por elle aceita, segundo declara, ‘de modo incondicional e sem compromissos reciprocos, uma só coisa, porém, fazendo questão o ministro – da apresentação urgente do trabalho, para que o novo código pudesse ser promulgado antes da reunião do Congresso, que se avizinava.’¹⁰⁰

Apesar do pouco tempo que tinha, Baptista Pereira conseguiu concluir seu trabalho, que foi avaliado e aprovado, sem quase ter sofrido alterações:

Entregando o seu trabalho, ao cabo de pouco mais de tres mezes, informa ainda o cons. BAPTISTA PEREIRA, que foi examinado por uma comissão nomeada pelo ministro da Justiça, sob a presidencia deste, e que iniciou seus trabalhos, com assistencia do autor do projecto, em 29 de setembro de 1890, dessa comissão fazendo parte os Drs. JOSÉ JULIO DE ALBUQUERQUE BARROS (Barão de Sobral), FRANCISCO DE PAULA BELFORT DUARTE e LUIZ ANTONIO DOS SANTOS WERNECK.

‘O projecto foi adoptado na sua quasi totalidade, pois muito poucas foram as alterações que soffreu, sem falar nas emendas de mera redacção.’¹⁰¹

Tinha o Brasil, então, seu primeiro código penal republicano.

João Baptista Pereira (1833/1835-1899), autor do projeto que se tornou o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, foi presidente da província de São Paulo no ano de 1878 e foi deputado do Partido Liberal por vários mandatos pela província do Rio de Janeiro. Doutor em Direito formado pela Faculdade de São Paulo, foi advogado, membro do

¹⁰⁰ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 10-11.

¹⁰¹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 11.

Instituto dos Advogados do Brasil e um dos fundadores da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, da qual foi professor de Direito Criminal e Militar¹⁰².

João Vieira de Araujo e João Baptista Pereira tiveram uma relação próxima com a legislação criminal brasileira, mas que, entre eles, se tornou conflituosa. Assim como Baptista Pereira foi relator do projeto de Araujo, avaliando-o como insuficiente, este último também criticou em diversas de suas obras o Código Penal de 1890, fruto do projeto de Pereira. Em diversas ocasiões – como em discussão de projetos de códigos e comentários ao Código – esses dois juristas debateram suas ideias de legislação penal para o Brasil.

João Vieira de Araujo se formou na Faculdade de Direito do Recife; já João Baptista Pereira, estudou na Faculdade de Direito de São Paulo. Em seu livro, já clássico, *O espetáculo das raças*¹⁰³, em que analisa a questão racial a partir de diversas instituições científicas do final do século XIX e início do XX, Lilia Moritz Schwarcz aponta para as diferenças entre estas duas instituições de ensino de Direito e da rivalidade entre elas. As faculdades de Direito deste período, segundo a autora, produziam ricos debates sobre problemas específicos da nação, não apenas nas salas de aula, mas principalmente em publicações das faculdades, como jornais e revistas e dentre os temas abordados destacava-se o direito criminal.

A Faculdade de Direito do Recife foi bastante influenciada, nesta passagem do século XIX para o XX, pelas ideias da Escola Penal Italiana, cujos grandes expoentes eram Ferri e Lombroso. Esta escola afirmava que o foco das legislações penais deveria ser o criminoso e não o crime. Além das ideias dos criminalistas italianos, a Faculdade do Recife também foi influenciada pelo darwinismo social.

Enquanto a Faculdade de Recife era mais voltada para a discussão de teorias e novos modelos, segundo Lilia Schwarcz, a Faculdade de Direito de São Paulo era marcada pelas “práticas políticas convertidas em leis e medidas”¹⁰⁴. A Faculdade de São Paulo era influenciada pelas ideias do liberalismo e pela teoria criminal do livre-

¹⁰² BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. V. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895. p. 348-349.

VELHO SOBRINHO, J. F. **Dicionário Bio-Bibliográfico Brasileiro**. V. II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1940. p. 190-191.

¹⁰³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 184.

arbítrio, à qual a escola italiana e, por sua influência, a Faculdade de Recife, se opunham. No entanto, como Schwarcz também afirma, havia, em São Paulo, um “liberalismo de fachada”, muito discutido na teoria, mas diferente da prática política – oligárquica, autoritária e fortemente marcada por um discurso racialista –, especialmente quando se referiam às populações asiáticas e africanas.¹⁰⁵ A Faculdade de Direito de São Paulo foi bastante importante para o início do regime republicano, pois era produtora de intelectuais para a burocracia estatal e foi legitimadora do poder republicano vigente.

As diferenças entre estas duas escolas de Direito não explicam, por si só, os conflitos de ideias entre os dois juristas que estudaram em cada uma dessas faculdades. Mas refletir sobre essas diferenças e o papel de cada uma dessas faculdades para o início do regime republicano ajuda a pensar sobre o embate intelectual entre estes dois juristas e sobre porque as ideias de Vieira de Araujo foram deixadas de lado e as de Baptista Pereira saíram vitoriosas. Afinal, mesmo muito criticado, por Araujo e por muitos outros juristas, o Código Penal elaborado a partir do projeto de João Baptista Pereira vigorou durante cinquenta anos. Ou seja, não eram apenas discussões intelectuais, mas disputas políticas que se refletiam em um projeto de nação.

2.3 O *CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL*

O *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil*, aprovado em 1890, é o primeiro código brasileiro a penalizar a mulher que aborta, como já foi apontado na introdução deste trabalho. Além disso, há muito mais artigos sobre aborto no Código de 1890 do que no anterior; enquanto no Código do Império as únicas situações previstas eram aborto provocado por terceiros com ou sem consentimento da mulher grávida ou o fornecimento de substâncias abortivas, com “conhecimento de causa”, o Código republicano prevê outras variantes, com penas diferentes para cada situação¹⁰⁶: provocar aborto, havendo ou não a expulsão do feto, se a ele seguir-se a morte da mulher (nesse caso, a pena é a mesma prevista para homicídio sem agravantes), se for provocado por médico ou parteira, se for realizado com ou sem o consentimento da gestante e, por fim, se for realizado voluntariamente pela própria gestante e, nesse caso, a pena poderia ser reduzida se a motivação para o ato fosse “ocultar a deshonra propria”. Há apenas um

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 186.

¹⁰⁶ Para transcrição dos artigos na íntegra, ver Anexo A.

caso previsto neste Código em que o aborto é permitido, chamado “abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel”, mas este só poderia ser realizado por médico ou parteira legalmente habilitada.

Em relação ao infanticídio, também há mudanças. Se no Código do Império o crime era “matar algum recém-nascido”, no Código republicano define-se que recém-nascido é o “infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento” e que deveria ser punida tanto a morte provocada por meios “directos e activos” quanto por negligência. Essas mudanças são pequenas, mas definem muito melhor o que é considerado crime, deixando pouca margem para interpretações dúbias. As penas, em relação ao Código anterior, aumentaram: para o dobro em caso de infanticídio comum e para o triplo em caso de ser cometido pela própria mãe para ocultar sua desonra.

Há, no Código de 1890, uma tentativa de controlar estas práticas – especialmente a de aborto – muito maior do que no Código anterior. Em primeiro lugar, se separam estas duas práticas (que no Código anterior estavam sob o mesmo título de “Infanticidio”), de modo a nomear e diferenciar cada uma delas. Além disso, se lista uma diversidade muito maior de situações em que o aborto é penalizado, e se define o infanticídio de forma mais específica, sem deixar lugar para dubiedades. Essas mudanças de um código para outro mostram que estas práticas eram alvo de uma maior preocupação, de um maior interesse. A partir disso, essas práticas são nomeadas, são mais minuciosamente descritas, são medicalizadas (uma vez que o aborto só pode ser considerado legal se for realizado para salvar a vida da gestante e apenas se efetuado por um médico) e, por fim, são criminalizadas, em uma tentativa de controlar essas práticas e os sujeitos que as efetuam.¹⁰⁷

Se o *Codigo Criminal do Império* foi aclamado como um dos mais modernos do mundo, estreitamente alinhado com os ideais liberais da Revolução Francesa, tendo eliminado – quase todas – as distinções entre os sujeitos jurídicos, o *Codigo Penal dos Estados Unidos do*

¹⁰⁷ Para Foucault, novas formas de buscar a verdade, baseadas no *exame* e não mais no *inquérito*, instituídas pelos sistemas judiciários no século XIX, criaram novos saberes e novas disciplinas sobre os sujeitos considerados criminosos, como, por exemplo, a sociologia, a psicologia e a criminologia. Concordando com Nietzsche, Foucault afirma que toda forma de saber é uma forma de exercer poder sobre o objeto de conhecimento. Ver: FOUCAULT, Michel, 2002. *Op cit.*

Brazil, por sua vez, “foi criticado pela má qualidade da redação e por já ter nascido obsoleto”, segundo comentaristas desta legislação¹⁰⁸.

A pedido do então Ministro dos Negócios da Justiça, Manoel Ferraz de Campos Salles, o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, elaborado por João Baptista Pereira, foi redigido de forma bastante apressada (antes de completar um ano da República e antes mesmo da nova Constituição, aprovada em 1891) e aprovado por decreto pelo Generalíssimo Chefe do Governo Provisório, Manoel Deodoro da Fonseca, já que neste período o Congresso estava fechado¹⁰⁹.

Manoel Ferraz de Campos Salles (1841-1913) teve uma longa carreira política e importante participação nos primeiros anos da República no Brasil. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo, foi deputado provincial, vereador, senador, governador do estado de São Paulo, fundou o Partido Republicano Paulista (PRP), em 1873, e foi o quarto presidente da República do Brasil, de 1898 a 1902. Durante o governo provisório, entre 1889 e 1891, Campos Salles foi Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça e sob sua administração foi aprovado o Código Penal de 1890 e a lei sobre o casamento civil, no mesmo ano¹¹⁰. Além disso, Campos Salles também teve um papel importante na codificação civil brasileira, pois foi em seu mandato como presidente que Clóvis Bevilacqua foi convidado a redigir o projeto de Código Civil, aprovado em 1916¹¹¹.

O Código Penal de 1890 é dividido em quatro livros e possui 412 artigos. Cada livro é dividido em títulos, que agrupam crimes da mesma

¹⁰⁸ CAULFIELD, Sueann, 2000. *Op cit.* p. 69. Caulfield cita, em relação a esta passagem, uma obra de Francisco Campos (1949) e uma de Galdino Siqueira (1941). Os comentários de juristas ao código de 1890 serão analisados mais detidamente na segunda parte deste trabalho.

¹⁰⁹ Na elaboração do projeto de mestrado, pretendia analisar os debates parlamentares sobre a elaboração do código de 1890, especialmente sobre aborto e infanticídio. No entanto, isso mostrou-se impossível, já que este código não passou por discussões parlamentares, porque o Congresso estava fechado.

¹¹⁰ Biografia (Campos Salles). **Biblioteca da Presidência da República**. Disponível em < <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/campos-salles/biografia> >. Acesso em 20 de novembro de 2012. Manoel Ferraz de Campos Salles. **Informações Presidenciais**. Disponível em < <http://www4.planalto.gov.br/informacoespresidenciais/campos-salles> >. Acesso em 20 de novembro de 2012.

¹¹¹ RODRIGUES, Fabiana Cardoso Malha. **Idéias jurídicas, famílias e filiação na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1940**. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008.

espécie – como, por exemplo, crimes contra a vida, ou crimes contra a honra, ou contra a propriedade – e cada título é dividido em capítulos, sendo que cada capítulo contém os artigos referentes a um tipo diferente de crime. O Livro I é denominado “Dos crimes e das penas” e discorre sobre aspectos gerais da legislação penal, como, por exemplo, o que constitui crime, quem é considerado criminoso, quem é inimputável, os agravantes e atenuantes, entre outros. O Livro II, chamado “Dos crimes em espécie”, descreve quais são os crimes previstos por esta lei e quais as penas para cada crime. É neste livro que se encontram previstos os crimes de aborto e infanticídio, no Título X “Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida”, nos capítulos II – “Do Infanticídio” – e IV – “Do Abôrto”. O Livro III é o “Das contravenções em espécie”. Enquanto “crime” é definido no artigo 7º do Código como “a violação imputável e culposa da lei penal”, contravenção, segundo o artigo 8º, “é o facto voluntario punível que consiste unicamente na violação, ou na falta de observancia das disposições preventivas das leis e dos regulamentos”.¹¹² O quarto e último livro do Código é “Das disposições geraes” e discorre sobre aspectos gerais da legislação que não haviam sido contemplados até então na redação do texto.

Diferentemente do Código imperial, denominado criminal, o Código de 1890 foi chamado de penal. Não parece que há diferenças fundamentais entre as duas nomenclaturas. O Código Criminal daria mais ênfase ao crime, enquanto o Código Penal teria como foco as penas. No entanto, ambas as formas de entender os códigos abrangem a descrição dos crimes e a estipulação das penas. É, de fato, apenas uma diferença de nomenclatura¹¹³, e não teve grande repercussão ou críticas por parte dos juristas do período.

A aprovação do Código de 1890 não foi a primeira ação do governo republicano em relação à legislação criminal: no decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, o Generalíssimo Deodoro da Fonseca havia decretado: “Declaro abolida a pena de galés, redus a trinta annos a penas perpetuas, manda computar a prisão preventiva na execução e

¹¹² Não há, segundo a teoria do crime, diferença ontológica entre crime e contravenção, porém, estipula-se que o crime é uma infração mais grave e a contravenção, menos grave. Conceito e evolução da teoria do crime. **UniversoJus**. Disponível em <<http://www.universojus.com.br/conceito-e-evolucao-da-teoria-do-crime>>. Acesso em 29 de outubro de 2012.

¹¹³ CASSILLA, Lúcio Corrêa. Direito Penal ou Direito Criminal? **JurisWay**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1475>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

estabelece a prescrição das penas”.¹¹⁴ Essas primeiras ações do governo republicano parecem ter o objetivo de marcar o início de uma nova era, mais moderna e civilizada; a abolição da pena de galés e da prisão perpétua – as chamadas “penas bárbaras” – são um exemplo disso. No entanto, essa tentativa de estabelecer um marco legou ao Brasil uma legislação criminal que não foi discutida pelo Congresso e foi muito criticada por juristas que apontavam inúmeras falhas em sua redação. Mesmo assim, o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* sobreviveu a várias tentativas de reforma e revisão, tendo sido substituído apenas cinquenta anos depois de sua promulgação¹¹⁵.

Na exposição de motivos ao final do texto do Código de 1890, o Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça na época, justifica por que o Código foi aprovado antes da reabertura do Congresso:

A proximidade da instalação do Congresso constituinte, que poderia parecer em outras circunstancias um plausível motivo de adiamento, afim de que lhe fosse submettido o exame de uma questão de tal magnitude, torna-se, entretanto, nesta situação, que é profundamente anormal, uma poderosa razão de urgencia a aconselhar a adopção desta medida.

O principal, sinão o unico intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem duvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositarios do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os tres principaes órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rapido para a execução do programma do Governo Provisorio

¹¹⁴ Livro de decretos 1889-1890, folha 113 verso.

¹¹⁵ Na Parte II deste trabalho, serão analisados projetos de revisão ao Código que não chegaram a ser aprovados. Joseli Mendonça, no último capítulo de sua biografia histórica sobre Evaristo de Moraes, também tece comentários a alguns desses projetos. “Descaminhos”. In: MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007. p. 437-481.

no seu ponto culminante – a terminação do período ditatorial.¹¹⁶

Há um paradoxo nesta fala: a aprovação por decreto presidencial do Código Penal republicano – uma ação, podemos dizer, ditatorial – se fazia necessária para que o Congresso pudesse se reorganizar e assumir as funções que lhe cabiam mais rapidamente, justamente para que se encerrasse o período ditatorial. Este argumento parece mais uma justificativa para a ação do que o motivo em si.

Campos Salles, nessa exposição de motivos, também apresentava alguns princípios da organização da Justiça naquele novo momento em que o Brasil entrava. Para marcar a importância da Justiça na nova formação do país, o ministro adotou a seguinte ideia: “a Republica segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei”. Mas não foi apenas o bordão americano que inspirou o ministro. A importância que aquele país dava ao poder dos estados era tão cara a Campos Salles, que ele foi além do que propunha a organização da Justiça dos “Estados Unidos da America do Norte”:

Mais liberal do que a propria organização americana, o decreto restringe a jurisdicção civil da Justiça Federal, ampliando correspondentemente a esphera de competencia da justiça territorial. E’ assim que, segundo a lei americana, todos os litigios, qualquer que seja o seu character, suscitados entre cidadãos de diversos Estados, são sujeitos ao julgamento dos juizes federaes: no emtanto que entre nós, de accordo com a melhor doutrina e dando mais amplitude á esphera de acção do poder local, essas causas, quando não envolvam questões que pela sua natureza devam pertencer á alçada da justiça nacional, recahem sob a privativa jurisdicção local.¹¹⁷

¹¹⁶ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

¹¹⁷ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

O poder dos estados na organização da Justiça brasileira naquele momento era uma tentativa de descentralizar o poder. Campos Salles adotava uma postura fortemente federalista e que reforçava o poder estadual, se distanciando do esforço de centralização empreendido pelo governo imperial. Essa descentralização do poder e da Justiça passava também pelas atribuições das instâncias judiciais: “Em respeito a este princípio o Supremo Tribunal, tal como se acha aqui constituído, não julga, nos casos de recurso, sinão como uma segunda e ultima instancia: é um typo inteiramente novo, e por isso mesmo bem diverso daquelle que deixou-nos o regimen centralizador da monarchia.”¹¹⁸. Dessa maneira foram criados os Tribunais de Justiça estaduais como segunda instância, sendo que o de Santa Catarina, por exemplo, é de 1891¹¹⁹.

Em diversos momentos da exposição de motivos do Código de 1890 há um esforço de distanciar a nova forma de organizar a Justiça da maneira como o Império o fazia, na tentativa de marcar o início de um novo momento na história brasileira, mais avançado, mais moderno, mais coerente com o que se fazia nos países “civilizados”. Essas mudanças passavam, também, pela maneira como se tratava dos criminosos e de seu julgamento, na tentativa de sempre respeitar as liberdades dos cidadãos:

No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente – sim ou não – e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. E’ a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos; ahi está consagrado na sua maior pureza o principio da inviolabilidade do direito de defesa.
(...)

Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos á previsão legislativa, ficou

¹¹⁸ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

¹¹⁹ **Histórico do Poder Judiciário de Santa Catarina.** Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/museu/historico.htm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

garantida a soberania do cidadão. E' este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes.¹²⁰

A partir dessas “fontes oficiais”, podemos perceber como as autoridades – especialmente o Ministro Campos Salles – apresentavam e o que pensavam sobre o Código Penal republicano. Além do próprio texto do Código – em especial a exposição de motivos –, os relatórios ministeriais do Ministério dos Negócios da Justiça trazem alguns elementos interessantes. O relatório de 1891, que discorre sobre as ações do Ministério da Justiça nos primeiros anos da República, escrito pelo mesmo Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça que apresentou o texto do Código para ser aprovado pelo Generalíssimo Deodoro da Fonseca, traz um subcapítulo dedicado à aprovação do Código de 1890, intitulado “Codificação das leis criminaes”. Nele, o ministro inicia pagando um tributo à legislação criminal imperial, mas logo apontando as falhas e deficiências daquele Código:

A melhor legislação que nos deixou a monarchia, foi a criminal. Já muito deficiente, porém, na qualificação dos crimes, incompleta na applicação de muitas theorias, quaes as da autoria, cumplicidade, tentativa, e accumulção de delictos simultaneos ou successivos, atrazada em penologia, com os vestigios ainda da escravidão e da cruel pena de açoites, com a infamante das galés, com a de morte comminada até aos crimes políticos, a perpetuidade dos castigos em grande numero de casos, e a imprescriptibilidade em todos, o codigo de 1830 não podia ser mantido pela Republica.¹²¹

¹²⁰ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

¹²¹ BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da Republica dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional,

Campos Salles lista diversas mudanças do Código de 1890 em relação ao Código anterior, justificando a adoção de uma nova lei penal, aprovada tão rapidamente. A mudança das penas adotadas pela Justiça – como a abolição das penas de morte, perpétua e infamantes e a substituição delas pelas penas de prisão celular e de prisão com trabalho – é um tema importante. Para o então ministro, o problema da legislação anterior não era apenas as penas adotadas, mas também o que era considerado crime:

Si a consignação destes principios, que estão de accordo com os mais adiantados da sciencia, não fosse bastante para justificar a responsabilidade que assumiu o Governo Provisorio de promulgar o Codigo Penal, valiosas considerações de ordem publica viriam em seu apoio, porquanto a simples leitura do indice patenteia as immensas lacunas da legislação anterior, e os factos expostos noutro logar deste relatorio não deixam duvida sobre a urgente necessidade de providencias legaes para a repressão de violações do direito e dos bons costumes, cuja impunidade expunha a sociedade a graves perigos.¹²²

Além da mudança das penas, Campos Salles fala sobre a criminalização de alguns “factos importantes” sobre os quais “o código de 1830 era absolutamente silencioso”, como, por exemplo, crimes contra a saúde pública, contra a liberdade de culto, contra a liberdade do trabalho, o duelo como crime contra vida e “as disposições preventivas e repressivas da ociosidade, vagabundagem, mendicancia, embriaguez, turbulencia, e dos jogos de azar”¹²³.

1891. p. 18. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012. Apesar de ter sido publicado em 1891, este relatório também se refere a anos anteriores.

¹²² BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 20. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

¹²³ BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional,

Outra mudança importante, destacada por Campos Salles, é a atuação do Estado na esfera privada: “A esfera da acção publica foi ampliada, só exceptuando-se de sua competência o que no interesse da paz das familias, do pudor ou decóro publico, e por outras conveniencias de ordem privada, deve ser reservado á acção do offendido.”¹²⁴ O aumento da interferência do Estado na esfera privada tem relação direta com a criminalização do auto-aborto nesse período. Se o Código do Império, a partir de uma doutrina liberal, não podia interferir no que acontecia dentro das casas ou dos corpos das pessoas, como apontou Caltelbajac em texto já citado¹²⁵, o Código republicano foi mais longe nesta questão, legislando sobre os corpos das mulheres e sobre o que elas carregavam em seus úteros.

A interferência do Estado na esfera privada também esteve presente no processo da vacinação obrigatória, no Rio de Janeiro do início do século XX. Em nome da saúde pública, utilizando justificativas científicas e com o auxílio da polícia, o poder público invadia os lares e os corpos das pessoas, considerados invioláveis, inclusive pelo Estado, durante o Império. Ao desnudar e tocar os corpos das esposas e filhas, o Estado despertou a fúria da população, não acostumada à intervenção do poder público na esfera privada, em levantes na capital federal, conhecida como Revolta da Vacina.¹²⁶

O ministro conclui seu relatório sobre o Código Penal de 1890 afirmando que, com tantas lacunas e ideias ultrapassadas, o Código imperial não poderia continuar em vigor naquela nova fase na qual o Brasil entrava:

Tantas violações do direito sobre as quaes se encontravam algumas disposições esparsas e inefficazes, não podiam sob a Republica continuar

1891. p. 21. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

¹²⁴ BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 21. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

¹²⁵ CASTELBAJAC, Matthieu de, Nov. 2009/Fev. 2010. *Op cit*.

¹²⁶ Para uma discussão sobre a participação popular na Revolta da Vacina, ver: CARVALHO, José Murilo de. Cidadãos ativos: a Revolta da Vacina. In: **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 91-140.

impunes, sem grandes clamores da opinião, como já começavam a levantar-se, por exemplo, da parte dos autores de obras litterarias e artisticas, quasi sem garantia sob o imperio.¹²⁷

É interessante perceber, na citação acima, que Campos Salles escreve “Republica” com letra maiúscula e “imperio” com letra minúscula. Essa atitude, que com certeza não foi acidental, é mais uma maneira de afastar o governo da República do período do Império, de instituir a República como uma ruptura em relação a um período anterior. E essa ruptura passa também pela legislação penal. Toda a argumentação do ministro Campos Salles, tanto na exposição de motivos no texto do Código quanto no seu relatório ministerial, é no sentido de mostrar que a legislação criminal legada pelo Império não cabia mais para aquele novo momento e, portanto, foi necessário aprovar, ainda que às pressas, uma nova legislação penal para o Brasil. Além disso, há um esforço do ministro em criar uma visão positiva sobre o Código republicano, apresentando-o como mais moderno, mais alinhado com princípios científicos, mais adequado ao novo governo que nascia.

Além da publicação oficial, como decreto presidencial, o Código Penal republicano foi notícia em pelo menos dois jornais de grande circulação entre o final de setembro de 1890 e meados de novembro daquele mesmo ano.¹²⁸ O *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, e *O Estado de São Paulo* (este, especialmente, com reprodução de notícias do jornal carioca) acompanharam desde “a discussão do projecto de código penal, do dr. Baptista Pereira, na secretaria de Justiça, em presença do sr. dr. Campos Salles”, com participação dos “srs. barão de

¹²⁷ BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da Republica dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 21. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

¹²⁸ As informações a seguir foram retiradas do jornal *O Estado de São Paulo*, entre os dias 28 de setembro e 20 de novembro de 1890 e do *Jornal do Commercio*, entre os dias 14 e 19 de outubro de 1890. Provavelmente essas informações circularam em diversos outros jornais brasileiros, inclusive de circulação mais reduzida, já que muitas das notícias veiculadas no *Jornal do Commercio* do Rio de Janeiro eram republicadas em periódicos do país todo.

Sobral, drs. Lacerda Werneck e Baptista Pereira¹²⁹, até à publicação do texto final do Código, aprovado pelo Marechal Deodoro.

Inicialmente, os dois jornais publicaram o projeto do Código, ou seja, a primeira versão de Baptista Pereira, antes da discussão na presença das autoridades acima citadas. A publicação não foi feita em uma única edição, mas foi dividida em vários números dos jornais, ocupando, às vezes, a página inicial e, outras vezes, a segunda ou a terceira páginas. De maneira geral, os jornais publicaram o texto do projeto sem muitas críticas, apenas com alguns comentários pontuais sobre a mudança de um crime, ou o aumento de uma pena (em relação aos crimes de aborto e infanticídio, não há comentários nesses jornais), comentários que vão diminuindo de frequência na medida em que os dias passam. Sobre o Código em geral, um dos jornais afirmou que “esse trabalho, com quanto aproveitasse muitos elementos do código vigente, o fundio em outros moldes, dando-lhe uma feição inteiramente nova”¹³⁰.

Quando da publicação do texto oficial do Código, já aprovado pelo presidente, há ainda menos comentários do jornal. Também nas cartas dos leitores, o Código não mobilizou comentários substanciais. Apenas ao final da publicação do texto do Código, no número do *Jornal do Commercio* que publica os últimos artigos do Código de 1890, há um comentário do jornal digno de nota:

São actos de importancia transcendental cuja apreciação não cabe nesta noticia, mas que tornão patente o empenho posto pelo Sr. Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles em bem servir o alto cargo de ministro da justiça que, por sua reconhecida competencia, lhe foi confiado, o superior criterio com que escolheu os collaboradores para trabalhos de tanta magnitude, e a dedicação e esforço com que contribue para a reorganisação nacional na nova forma em que se acha constituido o paiz.¹³¹

¹²⁹ Código criminal. **O Estado de São Paulo**. Anno XVI, Nº 4685. p. 2, coluna 4. 28 de setembro de 1890.

¹³⁰ Projecto de código penal. **O Estado de São Paulo**. Anno XVI, Nº 4686. p. 1, coluna 4. 30 de setembro de 1890.

¹³¹ Gazetinha. **Jornal do Commercio**. Anno 68, Nº 289. p. 4, coluna 3. 16 de outubro de 1890.

É um comentário elogioso que, mais uma vez, ressalta o caráter de mudança e modernidade do início da República, mas é um comentário vazio no que se refere a apontar falhas, avanços e mudanças do novo Código em relação à legislação imperial. Percebemos, dessa maneira, que tanto as fontes oficiais do governo (como o texto do Código e o relatório ministerial do Ministro dos Negócios da Justiça) quanto os jornais trazem a ideia do Código Penal republicano como moderno e mais adequado à nova fase política do Brasil. Esta, no entanto, é uma opinião controversa. A maior parte dos juristas comentadores do Código de 1890 faz críticas – às vezes bem duras – a esta legislação.

2.3.1 Criticado, mas duradouro

O *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* foi criticado durante todo seu período de vigência, desde sua publicação, em 1890, até sua substituição pelo Código de 1940. João Vieira de Araujo, um dos críticos mais ferrenhos, chamou o Código republicano de “defeituosíssimo”¹³².

Criticando o modo como o legislador construiu o artigo sobre infanticídio, Phaelante da Camara afirma:

E, senão, responda alguém que tenha recebido do saudoso auctor do Código o legado de honra de defendel-o perante a crítica dos ignorantes: - que levou o legislador a diminuir a penalidade imposta aos criminosos no texto do art. 298?

A resposta só poderia ser uma escusa baseada na urgencia da *fabricação* do código, no louvavel desejo de offerecer ao ministro da justiça do governo provisorio um monumento legislativo que assignalasse pelo futuro a dentro o inicio da era republicana no Brasil.¹³³

¹³² ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. p. III.

¹³³ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 90-91.

Este autor associa as imperfeições do Código à pressa com que foi elaborado e aprovado, sem ao menos passar por discussões parlamentares e avaliação dos pares.

Em seu projeto de revisão do Código Penal, elaborado em 1913, Galdino Siqueira transcreve uma crítica do Ministro da Justiça Esmeraldino Bandeira, publicada em seu relatório ministerial em 1911:

Distanciado de muitos annos do actual momento, o codigo que ainda vigora no Brasil carece urgentemente de ser substituido, por lacunoso na precisão de diversas figuras do polymorphismo criminal; errado, muitas vezes, na doutrina juridico-scientifica; baldo de systema e de unidade theorica; deficiente em alguns casos e, em outros, excessivo nas medidas consagradas de repressão e correção.¹³⁴

Outra crítica aos aspectos gerais do Código, mais especificamente em relação às penas, é a de João Francisco da Cruz, em uma dissertação apresentada a um concurso da Escola de Direito da Universidade de São Paulo:

O nosso Codigo, embora trouxesse para a collectividade varios melhoramentos; embora procurasse dotar-a dos meios aptos á sua defesa; embora mesmo salientasse algumas medidas efficazes de melhoramento social; porque se não pode desembaraçar das peias de uma doutrina, antagonica, illusoria, abstracta, antiscientifica; porque não pode conceber o crime como phenomeno complexo social; a responsabilidade social como diversa em seu fundamento da responsabilidade moral fundada num supposto livre arbitrio; porque não pode conceber a ordem social como diversa da religiosa, como dois circulos não concentricos, como distinctos, tendo cada um sua orbita propria; porque vio na pena, não exclusivamente uma defesa social, mas antes uma necessidade de conciliação da justiça absoluta ou do principio moral, com a utilidade,

¹³⁴ SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Codigo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. p. 7.

predominando sempre aquelle elemento pelo castigo, expiação e reprovação, e este, em um papel secundario; porque se deixou levar pela gravidade do crime para estabelecer a equação, senão mathematica, ao menos, approximada, da pena com o delicto, o nosso Código se desviou completamente de sua missão social, fazendo da pena uma illusão, da lei uma chimera e da defesa um mytho.¹³⁵

Este autor critica o legislador do Código de 1890 por não ter utilizado os mais modernos conceitos de pena e crime existentes no momento em que foi elaborado – o da Escola Penal Positiva, cujos principais nomes eram Lombroso, Garofalo e Ferri – escolhendo utilizar os conceitos da Escola Clássica – de Bentham, Carrara, Beccaria, Feuerbach –, que inspirou, também, o Código de 1830. Ou seja, para João Francisco da Cruz, o Código de 1890 estava embasado em ideias ultrapassadas, já refutadas pela “ciência”, tão cara aos juristas do final do século XIX e início do XX.¹³⁶

É de opinião semelhante Galdino Siqueira, em seu comentário ao Código, publicado em 1932. Este autor considera que, em 1890, o legislador tinha acesso a ideias mais avançadas do que as que inspiraram o Código anterior, mas, mesmo assim, elaborou uma legislação baseada em concepções que já não atendiam as necessidades do país:

Inspirado ainda na intuição classica, não satisfaz completamente as aspirações e necessidades do paiz, sendo objecto, por isso, de intensa critica, em muitos pontos procedente, como se verá no decorrer deste trabalho. No entanto, tendo ante si o longo periodo de tempo decorrido da independencia, com todos esses ensinamentos que

¹³⁵ CRUZ, João Francisco da. **A pena em face do Código**: seus defeitos. (Dissertação apresentada á Escola de Direito da Universidade de São Paulo no concurso da 2.a cadeira do 4.o anno). São Paulo: Pocaí & Comp., 1917. p. 37.

¹³⁶ Joseli Mendonça mostra como a ciência era importante na área do direito nas primeiras décadas republicanas, estando presente nas críticas ao Código de 1890, no peso das provas periciais, obtida a partir de preceitos científicos, e na citação de homens de ciência pelos advogados, tanto de defesa quanto de acusação. MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. Um rábula entre os doutos. In: **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007. p. 133-190.

o tempo e a experiência ministram; como paradigma o código de 1830 e as diversas leis penais posteriores, onde se condensavam muitos princípios eminentemente jurídicos, além das codificações dos outros povos, as mais recentes apontadas como obras perfeitíssimas, todo esse contingente precioso e abundante trazido pelas ciências sociais e antropológicas, em geral, e pela criminologia em particular, era de esperar que o codificador, já distinguido pelo último governo do Império com igual incumbência, nos dotasse com um código que correspondesse à nossa civilização, às tradições do nosso direito.¹³⁷

João Baptista Pereira teve, porém, alguns defensores. Um deles é Antonio José da Costa e Silva, que disse: “O trabalho do distinto criminalista foi alvo das mais severas críticas, não raro exageradas e destituídas de razão.”¹³⁸ Provavelmente, Baptista Pereira deixou de utilizar as ideias da Escola Penal Positiva não por desconhecimento, mas por escolha. As ideias desta escola, chegadas ao Brasil no final do século XIX, não eram aceitas unanimemente. Enquanto a Faculdade de Direito de Recife era defensora desta escola, a Faculdade de Direito de São Paulo, onde Baptista Pereira teve sua formação acadêmica, não era adepta à criminologia de Lombroso e Ferri, preferindo a postura da Escola Clássica¹³⁹.

O Código de 1890, além de muito criticado, foi alvo de diversas tentativas de revisão e substituição. Por ocasião da publicação do Código Penal de 1940, o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, na exposição de motivos do Código que apresentava ao presidente Getúlio Vargas para ser aprovado, elenca todos os projetos de revisão do Código republicano que foram publicados:

Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar da sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e

¹³⁷ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 11-12.

¹³⁸ COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p. II.

¹³⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz, 1993. *Op cit.*

falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, sobretudo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.

Já em 1893, o deputado Vieira de Araujo apresentava à Câmara dos Deputados o projeto de um novo Código Penal. A este projeto foram apresentados dois substitutivos, um do próprio autor do projeto e o outro da Comissão Especial da Câmara. Nenhum dos projetos, porém, conseguiu vingar. Em 1911, o Congresso delegou ao Poder Executivo a atribuição de formular um novo projeto. O projeto de autoria de Galdino Siqueira, datado de 1913, não chegou a ser objeto de consideração legislativa. Finalmente, em 1927, desincumbindo-se de encargo que lhe havia sido cometido pelo govêrno, Sá Pereira organizou o seu projeto que, submetido a uma comissão revisora composta do autor do projeto e dos drs. Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, foi apresentado em 1935 à consideração da Câmara dos Deputados. Aprovado por esta, passou ao Senado e nesse se encontrava em exame na Comissão de Justiça, quando sobreveio o advento da nova ordem política.

A Conferência de Criminologia, reunida no Rio de Janeiro em 1936, dedicou os seus trabalhos ao exame e à crítica do projeto revisto, apontando nele deficiências e lacunas, cuja correção se impunha. Vossa Excelência resolveu, então, que se confiasse a tarefa de formular novo projeto ao dr. Alcântara Machado, eminente professor da Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1938, o dr. Alcântara Machado entregava ao govêrno o novo projeto, cuja publicação despertou o mais vivo interesse.¹⁴⁰

¹⁴⁰ RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)**. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editôra a Noite, [1940]. p. 25-26.

Ao longo da vigência do Código de 1890, seis foram os projetos que tentaram reformá-lo ou substituí-lo. Alguns nem chegaram a ser avaliados. Outros foram discutidos pela Câmara, mas não saíram do Senado. Apenas o último projeto, o de Alcântara Machado, depois de algumas discussões, revisões, e reelaborações, serviu de base para o Código Penal aprovado em 1940, em vigor até hoje.

Apenas três anos se passaram desde a publicação do Código Penal republicano até o primeiro projeto de revisão. Passou-se meio século, porém, até que o Código, tão criticado, fosse finalmente substituído. Antonio José da Costa e Silva alertava, em seu comentário ao Código de 1890, que “Não se deve estranhar a lentidão com que tem caminhado a reforma da nossa lei penal. O mesmo phenomeno se observa em outros países.”¹⁴¹. Mesmo assim, é digno de nota que um código que foi aprovado tão rapidamente e sobre o qual foram apontados tantos defeitos durasse tanto tempo. Talvez o fato de o Código republicano não ter empreendido uma ruptura tão grande em relação ao anterior pudesse ser interessante a algumas pessoas. Mesmo não conseguindo responder com certeza a essa questão, é importante que ela seja levantada, como ponto de reflexão.

Os comentaristas ao Código e os autores de projetos de revisão não criticaram e propuseram mudanças apenas aos aspectos gerais do Código. Muitos artigos específicos, a definição dos crimes e das penas também foram alvo de críticas, sugestões e mudanças. Na Parte II deste trabalho me proponho a discorrer sobre os crimes de aborto e infanticídio, como foram vistos pelos juristas das primeiras décadas do Brasil republicano, como os artigos que preveem esses crimes no Código de 1890 foram avaliados e quais as sugestões de mudança que foram elaboradas. São discussões que trazem em seu bojo as visões e opiniões dos juristas sobre estas práticas criminalizadas e sobre como essas práticas se articulam com outros temas da legislação e da sociedade brasileira do início da República no Brasil.

¹⁴¹ COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. p. IV.

PARTE II: NAS PALAVRAS DOS JURISTAS

O *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, de 1890, foi bastante criticado por juristas por sua doutrina, sua ineficiência, seu desacordo com o momento vivido pelo país quando de sua aprovação, desde sua publicação até sua substituição pelo Código Penal atual, em 1940, como já foi discutido anteriormente. Os artigos referentes aos crimes de aborto e infanticídio foram alvo de debates, críticas e propostas de mudanças nos projetos de revisão do Código.

Nesta segunda parte deste trabalho discuto as palavras dos juristas em relação aos crimes de aborto e infanticídio. Entre comentários aos códigos, projetos de revisão, pareceres sobre esses projetos e alguns textos avulsos, analiso cerca de vinte e cinco obras¹⁴². Essas obras foram escolhidas de acordo com a presença dos temas do aborto e infanticídio, a complexidade com que esses temas eram discutidos e, ainda, a pertinência de discussões mais gerais em relação ao Código Penal de 1890. Em praticamente todas as obras analisadas, o aborto e o infanticídio eram mencionados e, frequentemente, discutidos detidamente com direito a comparações com legislações de outros países, em geral europeus ou da América do Sul, com as legislações anteriores do Brasil, com a visão de outras culturas e civilizações sobre essas práticas, além de avaliações morais em relação a esses crimes e a quem os cometia. Isso mostra que o aborto e o infanticídio eram temas presentes entre os juristas, não eram assuntos invisibilizados, eram alvo de propostas de mudanças na legislação e mobilizavam outros temas.

O objetivo desta segunda parte é identificar o que pensavam os juristas das primeiras décadas da República sobre as práticas criminalizadas de aborto e infanticídio. Dessa maneira, além de identificar o que falavam especificamente sobre estas práticas, também foi importante ampliar o foco da análise para perceber como essas práticas criminalizadas se articulavam, na sua forma de pensar, com outras questões, como honra, moral, direitos civis, legitimidade, herança, maternidade e gerenciamento da população. Ou seja, o aborto e o infanticídio, para esses homens – porque são sempre homens, não há mulheres entre os comentaristas dos códigos –, são problemas em si, mas não apenas problemas em si, pois se ligavam a outras questões importantes para aquela sociedade.

Para o estudo dos comentários ao Código de 1890, nos dois capítulos que se seguem, optei pela análise temática. Muitos temas atravessam as discussões sobre aborto e infanticídio, mas todos eles

¹⁴² O *Apêndice A* mostra a lista completa das obras analisadas nesta segunda parte em ordem cronológica de publicação.

agrupam-se em dois paradigmas, que denominei como o da honra e o da vida. São duas formas diferentes de encarar as práticas de aborto e infanticídio que estão presentes nas fontes, mas essas duas visões não estavam necessariamente em conflito. Esses dois paradigmas coexistiram durante todo o período de vigência do Código republicano, convivendo nas ideias dos juristas, às vezes em uma mesma obra.

Cada um desses paradigmas se desdobra em diversos temas, especialmente o da vida. Dessa maneira, optei por dividir esta segunda parte em dois capítulos, sendo que cada capítulo abordará um dos paradigmas, suas nuances e os personagens envolvidos. Como os comentaristas abordam diversos temas quando falam de aborto e infanticídio, suas obras aparecem em diversos momentos ao longo dos próximos dois capítulos. Por ter optado pela análise temática, a organização do texto não segue uma linha cronológica. Os mesmos autores e obras são citados em mais de um momento e, a cada novo tema discutido, a análise se aproxima novamente do recorte inicial, o ano de 1890. Para que o entendimento não fique prejudicado, é importante que se tenha sempre em mente que as fontes analisadas, mesmo as mais próximas de 1940, dialogam com o Código de 1890. Além disso, as obras discutem com o momento em que foram publicadas e, ainda, com as expectativas de futuro em relação às práticas de aborto e infanticídio e em relação à legislação que as regulava, especialmente quando se trata dos projetos de código.

Os autores das obras analisadas nesta parte do trabalho são, em sua maioria, juristas: advogados, juízes, professores, bacharéis em Direito, deputados, ou seja, homens ligados ao estudo ou à prática do Direito. Alguns, poucos, autores são médicos, mas mesmo assim possuem relação com a área jurídica. O sociólogo francês Pierre Bourdieu divide os intérpretes autorizados do direito em dois grandes grupos: os teóricos, cujos representantes seriam os professores, e os pragmáticos, dos quais os representantes seriam os juízes¹⁴³. Podemos pensar nos comentaristas (ou nos intérpretes da lei, como Bourdieu se refere em alguns momentos) como um híbrido entre esses dois grupos, pois discutem a lei a partir de preceitos teóricos, mas suas obras são voltadas para a aplicação prática da lei, para seu uso pelos advogados e juízes. Além disso, esses personagens podem se encontrar no meio dessas duas áreas, pois podem, ao mesmo tempo, ser professores,

¹⁴³ BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 209-254.

intérpretes e juízes. Dessa maneira, há a preocupação em conhecer quem foram esses homens, quem eram esses comentaristas, onde estudaram, se tiveram carreira política, pois suas ideias poderiam repercutir na vida de muitas pessoas. No entanto, nem sempre isso foi possível, pois não foram encontradas informações de alguns desses juristas.

Bourdieu também fala da interpretação dos textos jurídicos. Junto com a produção e a aplicação, a interpretação completa o tripé no qual se sustenta a lei:

De modo diferente da hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade; directamente orientada para fins práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição da sua autonomia. Assim as divergências entre os “intérpretes autorizados” são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações.¹⁴⁴

Sendo assim, a interpretação de textos jurídicos não é inocente, mas é uma forma de se apropriar da força simbólica do texto. No entanto, essa interpretação não é livre, pois deve respeitar certas regras próprias do campo jurídico. Mesmo assim, com o espaço de manobra reduzido, a interpretação do texto jurídico tem papel muito importante:

A interpretação opera a *historicização da norma*, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas,

¹⁴⁴ *Ibidem.* p. 213-214.

deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco. Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade.¹⁴⁵

Se uma lei, como é o caso do Código Penal de 1890, se torna ultrapassada e, apesar de muito criticada, não é substituída, é na prática da interpretação que essa lei “caduca” é atualizada. A forma como Bourdieu pensa sobre a interpretação da lei ajuda a refletir, também, sobre como os artigos sobre aborto e infanticídio do Código de 1890 puderam suscitar nos comentaristas tão grande multiplicidade de temas ao longo do período em que essa legislação vigorou.

Enquanto os comentários nos dão a dimensão das interpretações possíveis sobre aborto e infanticídio em relação ao Código republicano, os projetos de código, mesmo que não aprovados, são janelas pelas quais podemos enxergar as possibilidades de percepção sobre essas práticas criminalizadas que estavam presentes na sociedade e na mentalidade dos juristas, mas não estavam impressas no texto da lei.

¹⁴⁵ *Ibidem.* p. 223.

3 O PARADIGMA DA HONRA

Imagine-se uma menina, guarda zelosa do mais sagrado thesouro que possui, a honra. Tentada e seduzida por um homem,- de pura e immaculada, até então, vê-se deshonrada. Tempo depois, alguma cousa passa-se no seu organismo; ella reconhece-se grávida. Os fulgidos sonhos que lhe povoavam a mente, eil-os substituídos pela idéa tetrica da desgraça, que a espreita. A ira desoladora dos paes, o desprezo dos parentes e amigos, o ferro em brasa da deshonra que combure-lhe a existencia, tudo faz-lhe despertar o desejo imperioso de salvação. Tenta o aborto, mas debalde. Approxima-se o momento do parto, que se processa clandestinamente. Nasce o filho; e, antes que este se denuncie, mata-o. Desapparece o corpo de delicto de sua deshonra.¹⁴⁶

Uma moça entra para o trabalho. Se é jovem e bonita, ella é alvo de declarações, de persiguições, de tentativa de toda a sorte. Honesta, ella resiste, lucta muitas vezes contra os desejos bem naturaes, pois que são physiologicos e todo o ser vivo os soffre. Mas a persistencia, a habilidade, alguns segundos de fraqueza a fazem succumbir. Demais prometteram-lhe uma reparação, é uma antecipação sobre o casamento, ella ama, tem confiança. Depois, declarada a prenhez, aquelle que a perseguia, a atormentou, aquelle que tudo prometteu, e em quem ella acreditou, renega sua palavra, desapparece. É uma catastrophe tanto maior quanto mais tenaz foi a resistencia, é uma dôr tanto mais profunda quanto maior é a ideia que ella tem de sua honra de mulher.

O tempo marcha e, á medida que a prenhez evolúe, cresce o espanto, os horrores da situação

¹⁴⁶ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 153-154.

se multiplicam e se exageram. São os cuidados constantes para dissimular seu estado, transes perpetuos para que elle não seja descoberto, e o fim necessario de todas estas reflexões lamentaveis, a serie de todas as suas crises de lagrimas é esta questão, esta anciedade: - que será de mim: Sua familia saberá de tudo, seus patrões a despedirão com desprezo, as pessoas que a conhecem lhe voltarão o rosto, ella ficará só abandonada, maldita, condemnada á fome, e o que a apavora mais ainda, a vergonha.

Com a aggravação de seu estado doentio esse terror quase delirante augmenta. Revelar seu estado?... mas é ir adiante da deshonra: demittiriam-na, rir-se-iam della, seus paes a amaldiçoariam. E entretanto o desfeche é inevitavel! Ella queria morrer, mas não tem coragem de se matar. E vae, de mais em mais desesperada, entregando-se ao trabalho com excesso, sobrecarregando-se durante o dia, e desolando-se á noite, esperando vagamente que um accidente imprevisto virá salv-a, ou que a morte a attingirá a tempo.

Começa o trabalho da natureza!... tudo está perdido!... Ella retém seus gemidos, morde e despedaça seus labios para não trahir a dôr. Se a ouvissent!

Emfim elle vem ao mundo. Dá um vagido!

Mulheres que vos tornaes mães no meio dos vossos, cercados dos cuidados e do amor de todos, não procureis saber o que o vagido que vos dá uma alegria tão profunda pôde causar de pavor, de desvario, á infeliz abandonada! É para ella a maldição, a miseria implacavel. É preciso que esses gritos não sejam ouvidos; ella aplica suas mãos sobre a boca da criança cujos vagidos redobram; é forçoso que elles se cálem! e então está perdida a razão!...

*E é consumado o acto! Ella é uma criminosa!...*¹⁴⁷

¹⁴⁷ DORIA, Rodrigues. **Reforma do Codigo Penal Brasileiro e outros artigos**. Bahia: Livraria Economica, 1925. p. 28-29. Doria transcreve esta citação de outro autor, Thulié. Trata-se, provavelmente, da obra: THULIÉ, Henri. **La Femme, essai de Sociologie Physiologique**: ce qu'elle a été, ce qu'elle est, les théories, ce qu'elle doit être. Paris: Adrien Delahaye et Émile Lecrosnier, 1885.

Ao analisar processos-crime e teses médicas sobre o infanticídio no início do século XX, especialmente mais próximo da década de 1940, Fabíola Rohden mostra que essa prática era estreitamente associada, pelos médicos, pelas autoridades jurídicas e policiais, com a loucura puerperal¹⁴⁸. Era como se a ideia de uma mãe matar o próprio filho recém-nascido e indefeso, de uma mulher rejeitar por escolha própria sua “vocação natural”, a realização plena de seu papel como mulher, fosse tão inconcebível que só poderia ser compreendida como uma loucura momentânea.¹⁴⁹ Era tão importante esta associação que tanto mulheres que abortavam, quanto mulheres que matavam seus filhos de mais de um mês de idade eram absolvidas ou tinham suas penas reduzidas com base no argumento da loucura puerperal.

Nos comentários e projetos de revisão de código analisados, percebe-se um fenômeno parecido, embora a justificativa não seja mais uma loucura momentânea, mas a defesa da honra. Apesar de o argumento da maternidade como vocação da mulher nem sempre estivesse presente, parece que a única justificativa possível para uma mulher decidir abortar ou matar seu próprio filho é se ela o fizesse para “ocultar a deshonra própria”, nas palavras do Código.

A honra, do ponto de vista antropológico, é um sistema de valores que influencia todo o código moral de uma sociedade e dialoga fortemente com os papéis atribuídos ao que é considerado masculino e feminino, sendo que este último teria uma forte ligação com o recato sexual¹⁵⁰. A honra feminina do final do século XIX e início do século XX no Brasil – diferente da masculina que era associada à ideia de provedor do lar e de cumprimento das dívidas, inclusive financeiras¹⁵¹ – era fortemente ligada à virgindade e bastante associada, embora não exclusivamente, à integridade do hímen. Tãmanha era a importância da membrana que havia, nas primeiras décadas do século XX, conforme

¹⁴⁸ ROHDEN, Fabíola. **A arte de enganar a natureza**: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Para uma discussão sobre o conceito de honra, sua historicidade e seu uso atualmente, ver: ROHDEN, Fabíola. Para que serve o conceito de honra, ainda hoje? **Campos**. Revista de Antropologia Social. Curitiba, V. 7, n. 2, 2006. p. 101-120.

¹⁵¹ MACHADO, Vanderlei. Honra e conduta: em busca da construção de um modelo burguês de masculinidade em Desterro (1850-1894). In: BRANCHER, Ana Lize; AREND, Silvia Maria Favero. **História de Santa Catarina no século XIX**. Florianópolis: EdUFSC, 2001. p. 85 – 104.

aponta Sueann Caulfield, uma “himenolatria”, uma espécie de “fetichismo do hímem”¹⁵². A honra das mulheres também estava ligada à sua conduta moral e sexual e era vista como tão impotante que afetava, também, os homens próximos a elas, ou seja, a honra masculina também era pautada pela conduta sexual das mulheres à sua volta, como esposa, irmãs e filhas. No caso de uma moça solteira que cedesse e fosse deflorada, a honra de toda a família estava em jogo e deveria ser reparada com o casamento. E se uma mulher casada fosse descoberta em traição, era papel do marido “lavar sua honra de homem”, em casos extremos com o sangue da mulher adúltera e do outro homem. Essa visão não só era aceita socialmente, como era utilizada nos tribunais, onde os advogados de defesa argumentavam, com sucesso, que o sentimento gerado pela desonra masculina poderia ser tão forte a ponto de incitar o homem ofendido, temporariamente fora de sua razão habitual, a cometer crimes atroz, não condizentes com sua índole costumeira.¹⁵³

O paradigma da honra já estava presente no Código Criminal imperial e se manteve no Código Penal republicano. Ele se apresentava, no texto da lei, como atenuante de pena caso a mulher alegasse ter cometido aborto ou infanticídio para ocultar sua desonra. Podemos dizer que este paradigma perdeu força a partir de 1940, pois o Código Penal aprovado naquele ano não contemplava a defesa da honra como atenuante dos crimes de aborto e infanticídio. Embora, provavelmente, este paradigma não tenha desaparecido da mentalidade e da moral da população no momento da aprovação do novo Código, a honra não era mais um argumento possível em casos de processos judiciais dos crimes de aborto e infanticídio.

¹⁵² CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra**: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940). Campinas: Editora da Unicamp; Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2000.

¹⁵³ Joseli Mendonça, ao analisar a prática jurídica de Evaristo de Moraes, apresenta vários casos em que, como rábula ou advogado, incitou as emoções dos jurados a se compadecerem com o sentimento de desonra do réu por ele defendido. MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. Um tribuno em meio às paixões. In: **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007. p. 191-249.

3.1 HONORIS CAUSA

A ideia da defesa da honra como atenuante do crime de infanticídio cometido pela mãe já estava contemplada no Código imperial (em relação ao aborto isso não se verificava, pois, como já foi visto, o aborto realizado pela própria mulher grávida não era punido). Thomaz Alves Junior (1830-1895), bacharel em Direito pela Faculdade de São Paulo e presidente da província de Sergipe entre 1860 e 1861¹⁵⁴, em seu comentário ao Código de 1830, já destacava esta questão: “A doutrina funda-se na necessidade de atenuar, ou desculpar o acto praticado por uma mãe infeliz, que quer salvar a sua honra, e que debaixo desta pressão, chega á angustia de sacrificar o filho de suas entranhas.”¹⁵⁵

Dr. Amancio Carvalho, em seu estudo médico-legal do infanticídio, de 1894, identifica a honra como o principal motivador em casos de crime de infanticídio: “As estatísticas publicadas a respeito do infanticidio, incompletas, é verdade, e deficientes, atestam que a causa que, mais frequentemente ou quase na sua generalidade, leva a mulher a matar o filho, é occultar seu nascimento, no intuito de salvar a propria honra.”¹⁵⁶ Em relação a esses dados, porém, é preciso ter cuidado, pois, conforme alguns comentaristas apontam, as práticas de aborto e infanticídio eram difíceis de serem rastreadas e raramente chegavam aos tribunais. E mesmo quando chegavam, não há garantia de que os argumentos utilizados pelas mulheres e seus advogados para justificarem tais atos fossem os reais motivadores no momento em que os crimes foram cometidos. Além disso, também ocorria de os advogados e os juízes associarem automaticamente os crimes de aborto e infanticídio cometidos pela mãe com a defesa da honra ou a loucura puerperal, pois era a maneira como conseguiam conceber essas práticas.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Tomás Alves Júnior, Bacharel, 29.º Presidente. **Colégio Brasileiro de Genealogia**. Disponível em <http://www.cbg.org.br/arquivos_genealogicos_s_06.html>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

¹⁵⁵ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 265-266.

¹⁵⁶ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 153.

¹⁵⁷ É o caso de alguns processos-crime trabalhados por Fabíola Rohden. ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.*

No entanto, não era apenas a honra da mãe que estava em debate. Discutia-se, também, se os familiares da mulher desonrada que decidissem lavar a honra da mulher e da família com a morte da criança que era o atestado da falha moral, seja ainda no ventre, seja logo após o nascimento, poderiam usufruir da mesma atenuação da pena por ocultação da desonra. Havia opiniões a favor e contra.

Thomaz Alves Junior, em seu comentário sobre o Código de 1830, era contra: “O sentimento de salvar a honra, que cahiu muitas vezes em um erro pela mais nobre paixão, só justifica aquella que sente a dôr profunda do ultraje, e jámais a terceiros, ainda quando sejam os *avós maternos* da victima.”¹⁵⁸ Para ele, a ocultação da desonra só poderia ser atenuante para a pessoa que mais sentia o peso da desonra, a mãe. Nem mesmo para os parentes de sangue mais próximos, seus pais, este atenuante poderia ser estendido.

Phaelante da Camara, lente catedrático de Direito Criminal da Faculdade Jurídica do Recife, em uma obra de 1904 em que discorre sobre os crimes do duelo e do infanticídio, dos quais apenas o segundo nos interessa aqui, diz o seguinte sobre o tema da honra:

Determina o paragrapho: *Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a propria deshonorra*. Pena de prisão cellular por tres a nove annos.

E nada mais: nem a exigencia de que se tracte de um filho *illegitimo*; nem, *ad instar* dos codigos italiano, hespanhol, portuguez, argentino, chileno, a extensão do favor legal aos avós maternos do recém-nascido; nem um signal de sua magnanimidade em favor do irmão que de surpresa conhece a deshonorra da irmã ou do esposo ultrajado que tem diante de si um filho adulterino da propria mulher; nem a cautela do codigo allemão que exige, de um lado, a força dos motivos, impellindo a parturiente a occasionar a morte do seu fructo illegitimo, e, do outro lado, a diminuição da imputabilidade, resultante de suas condições physiologicas no momento do parto.¹⁵⁹

¹⁵⁸ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 31.

¹⁵⁹ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 99.

Sem concordar ou discordar diretamente com o que diz o Código, Camara compara a legislação brasileira com a de outros países que aceitam o argumento da defesa da honra para parentes da mãe. Segundo este autor, o legislador não incluiu os familiares da mãe no atenuante da ocultação da desonra, porque: “Seria, aliás, do seu ponto de vista da complacência incondicional para os matadores de crianças, uma equidade no caso excepcionalíssimo da salvação da honra.”¹⁶⁰ Este, segundo Camara, é o ponto de vista do legislador; a sua própria opinião é de que o legislador errou em muitos aspectos na redação do artigo sobre o infanticídio, embora não dê seu parecer sobre a questão da ampliação do atenuante de defesa da honra para os familiares.

Em seus projetos e comentários ao Código, João Vieira de Araujo, o mesmo jurista que foi citado no segundo capítulo deste trabalho, trazia algumas ideias originais em relação aos crimes de aborto e infanticídio, diferentes daquelas da maioria dos juristas seus contemporâneos. Em seu projeto de nova edição do Código Criminal imperial, em 1889, já citado neste trabalho, a originalidade de seu pensamento ainda não aparecia. Por se tratar de uma nova edição, e não de uma revisão, os artigos sobre aborto e infanticídio eram praticamente iguais aos do Código de 1830.

É em relação ao Código de 1890 que suas ideias dissonantes aparecem com mais força. Em 1891 a Câmara dos Deputados nomeou uma comissão para elaborar uma revisão do Código republicano; João Vieira de Araujo foi o presidente desta comissão.¹⁶¹ Em seu projeto de revisão do Código, de 1893, é assim que define o crime de infanticídio:

TITULO VIII
DOS CRIMES CONTRA A PESSOA
CAPITULO I
DO HOMICIDIO

Art. 307. Causar, afim de matar, a morte de
alguem:

Pena – de prisão por vinte annos no grão maximo;
por dez no médio e por cinco no minimo.

[...]

¹⁶⁰ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 100.

¹⁶¹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 13.

Art. 313. Cometer o crime previsto no art. 307 em infante nos oito primeiros dias do nascimento e ainda não inscripto no registro do estado civil, para salvar a propria honra, ou da mulher, mãe, descendente, filha adoptiva ou irmã:

Pena – de detenção por dous a oito annos.¹⁶²

Podemos perceber diversas mudanças em relação ao texto do Código que este projeto pretendia substituir. Em primeiro lugar, o infanticídio não é definido como um crime diferenciado, mas como uma modalidade de homicídio. Em segundo lugar, as penas só podem ser atenuadas, em caso de morte de infante, com a justificativa da defesa da honra. Também é peculiar o fato de Araujo estender a honra para os familiares da mulher grávida, ainda que essa fosse uma filha adotiva. Além disso, o jurista especifica que o infante deve ter até oito dias (diferente do Código, que definia recém-nascido como infante de até sete dias) e não poderia ter sido realizado seu registro civil. É uma definição de infanticídio, embora sem esse nome, mais restrita do que a do Código de 1890.

Já o crime de aborto, Araujo o define da seguinte maneira:

CAPITULO IV DO ABORTO

Art. 326. Fazer abortar, consentindo a mulher:

Pena – de prisão por um a tres annos.

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

Pena – prisão por dous a quatro annos.

II. 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.

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

Pena – prisão por dous a seis annos.

Si realizar-se o aborto, o duplo da pena.

¹⁶² ARAUJO, João Vieira de. Camara dos deputados. N. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 83-84.

Parapho 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 augmentadas de um sexto, si o culpado fôr o marido.

Art. 328. Quando o culpado por algum dos crimes previstos nos dous artigos antecedentes fôr pessoa que exercite uma profissão sanitaria, ou qualquer outra profissão ou arte sujeita á vigilancia em razão da saude publica, e tenha indicado, subministrado ou empregado os meios pelos quaes tenha sido provocado o aborto, ou se tenha realizado a morte, as penas estabelecidas nos referidos artigos serão augmentadas de um sexto.

A condemnação terá sempre por effeito a suspensão do exercicio da profissão ou arte, por um periodo igual ao da prisão imposta.

Art. 329. No caso de aborto procurado para salvar a honra da mulher, da mãe, da descendente, da filha adoptiva ou da irmã, as penas estabelecidas nos artigos antecedentes serão diminuidas de um a dous terços e a prisão será substituida pela detenção.¹⁶³

Este autor, a exemplo do que escreveu no artigo sobre infanticídio, estende a atenuação de pena por defesa da honra para os familiares da mulher que sofre aborto, uma opinião bastante contraditória e pouco aceita entre os outros juristas do mesmo período.

No projeto de 1896, João Vieira de Araujo modifica seus artigos sobre aborto e infanticídio, acatando algumas das sugestões feitas ao seu projeto anterior. O infanticídio desaparece, ficando apenas a definição de homicídio:

TITULO III
DOS CRIMES CONTRA A PESSOA
CAPITULO I
HOMICIDIO

¹⁶³ ARAUJO, João Vieira de. Camara dos deputados. N. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 86-87.

Art. 293. Matar alguém:

Pena – prisão com trabalho por seis a dezoito annos.¹⁶⁴

Em relação ao aborto, Araujo tira o diferencial de não punir a mulher que aborta:

CAPITULO IV

ABORTO

Art. 305. Causar a expulsão do producto da concepção, antes do termo:

Pena – prisão com trabalho por um a tres annos.

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

Pena – prisão com trabalho por dous a seis annos.

Art. 306. Fazer uso de meios tendentes a provocar o aborto, sem o consentimento da mulher, ou contra a vontade desta:

Pena – prisão com trabalho por dous a seis annos.

§ 1º Si o aborto se realizar, o dobro da pena.

§ 2º Si como effeito do aborto, ou dos meios empregados para provocal-o, resultar a morte da mulher:

Pena – a mesma imposta no art. 293.

Art. 307. Quando o culpado por algum dos crimes previstos nos dous artigos antecedentes fôr pessoa que exercite uma profissão sanitaria, ou qualquer outra profissão ou arte sujeita á vigilancia em razão da saude publica, e haja indicado, subministrado ou empregado os meios pelos quaes tenha sido provocado o aborto, ou resultado a morte, as penas estabelecidas nos referidos artigos serão augmentadas de um sexto.

Art. 308. No caso de aborto procurado para salvar a honra da mulher, da mãe, do descendente, da irmã ou da filha adoptiva, as penas estabelecidas

¹⁶⁴ ARAUJO, João Vieira de. N. 176-1896. Redacção para 3ª discussão do projecto n. 250 de 1893. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 64.

nos artigos antecedentes serão diminuídas de um terços.¹⁶⁵

Também retira o agravante no caso de o causador do aborto ser o marido da mulher grávida. Mas mantém a atenuação de pena pela defesa da honra estendida para os familiares.

A comissão nomeada pelo Instituto dos Advogados do Brasil, instituição que reunia os mais altos magistrados brasileiros desde os tempos do Império, para avaliar o projeto de Araujo, cujo relator foi o legislador do Código de 1890, João Baptista Pereira, não concordou em seu parecer com as mudanças do projeto de 1896 em relação ao de 1893, no que diz respeito ao infanticídio:

O homicídio do recém-nascido aparece sob a denominação – infanticídio, nos códigos penais, ora distintamente, ora assemelhado ao homicídio em geral.

No projecto substitutivo não se depara nenhuma disposição especial sobre o infanticídio, e igual lacuna se nota no projecto primitivo: em ambos, porém, ha uma disposição commum relativa ao abandono do infante, ainda não inscripto no registro do estado civil ou nas primeiras vinte e quatro horas do nascimento, para salvar o honra propria ou da mulher, mãe, descendente, filha adoptiva ou irmã.

Não se póde admittir que seja pensamento dos reformadores comprehender nesta única hypothese todas as variedades do infanticídio; não é unicamente pelo abandono immediato do recém-nascido, que se póde attentar contra a sua vida: a propria mãe póde causar a sua morte, por ommissão, recusando-lhe os cuidados necessarios á conservação da vida ou á impedir a morte; ou, commissivamente, asphixiando-o no acto de nascer, *in ipsu actu*.

O mesmo crime, por estes e outros modos varios, póde ser perpetrado por pessoa estranha, ou

¹⁶⁵ ARAUJO, João Vieira de. N. 176-1896. Redacção para 3ª discussão do projecto n. 250 de 1893. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do código penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 67.

pertencente á familia, que tenha interesse em fazer desaparecer o recém-nascido.

Entram todos esses casos na regra commum?

Parece que sim, porquanto é inadmissivel suppôr que tamanha atrocidade possa ficar impune; mas o que tambem não se póde admitir, sem offensa grave aos principios doutrinarios, é que se nivelle, na responsabilidade e na pena, a mãe e o cumplice; este merece um tratamento mais duro.

A tendencia das legislações enveredeou sempre por esse caminho. Ainda agora os tratadistas, unisonos, reclamam para o crime de infanticidio commettido pela mãe sobre o filho illegitimo, uma pena mais branda do que a que se deve inflingir ao homicidio voluntario.

[...]

Esta omissão dos projectos chega a ser uma deformidade, que deve ser corrigida, para que se não ponha em duvida a competencia do legislador.¹⁶⁶

Para esta comissão, o infanticídio não pode estar diluído na definição e nas penas de homicídio. Deveria ser um crime diferenciado e que, se praticado pela mãe, deveria ter penas mais brandas. Percebe-se, a partir da leitura dos dois projetos e dos dois pareceres, que não há um consenso em relação ao crime de infanticídio; enquanto uns defendem que não é em nada diferente do homicídio, outros afirmam que é uma figura penal diferenciada, cujas penas devem ser menores do que as de homicídio.

João Vieira, em resposta a este parecer, afirma que as ideias sugeridas pela comissão não estavam contempladas no Código então vigente, elaborado pelo próprio relator do parecer:

No outro titulo o parecer apenas nota no infanticidio e suggere umas tantas, ideias, das

¹⁶⁶ PEREIRA, João Baptista (relator); DRUMMOND, João da Costa Lima; MATTOS, José Candido de Albuquerque Mello; MOURÃO, João Martins Carvalho. Parecer de uma comissão do Instituto dos Advogados sobre o projecto n. 176 de 1896. Projecto n. 176, de 1896. Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 27-28.

quaes andou muito afastado o seu insigne relator, autor do Código de 1890 quando o elaborou.

Lá está bem nitida a figura no art. 313 do projecto primitivo e justificada em seus próprios termos na exposição de motivos:

“A figura do infanticídio como se acha nos nossos Códigos não pôde ser aceita: exceptuado o caso nas condições prestabelecidas do facto *honoris causa*, em geral elle é um verdadeiro homicídio, sujeito á sanção penal deste.”

O substitutivo omittiu essa figura, mas foi de novo agora restabelecida no outro.

O parecer não teria razão de estranhar tanto a lacuna, si ella fosse real.

O Cod. Vigente faz do facto figura especial punindo-o com pena menor, em vez de simples attenuante no caso *honoris causa*, quando conforme a doutrina puramente classica, nenhuma razão justifica isso.

Só os positivistas é que não querem punição alguma nesse caso excepcional e apenas admittem punição ligeira em todos os outros.¹⁶⁷

Araujo ainda afirma que a diferenciação do infanticídio por causa da honra já havia sido retomada no projeto seguinte, de 1897.

O projeto de 1897 não é de autoria de João Vieira de Araujo. É um projeto da Câmara dos Deputados, baseado no projeto de Araujo de 1893.¹⁶⁸ Os artigos referentes a aborto e infanticídio são praticamente iguais aos do primeiro projeto de revisão do Código republicano elaborado por João Vieira.

O projeto de código da Sub-Comissão Legislativa (ou S.C.L., como as próprias fontes se referiam) também abordou a questão da extensão do atenuante de pena da ocultação de desonra para os familiares da mulher que sofre ou comete o aborto ou o infanticídio. A elaboração do projeto S.C.L., que usou como base o projeto de Virgílio

¹⁶⁷ ARAUJO, João Vieira de. N. 176-1896. Resposta ao Parecer de uma comissão do Instituto dos Advogados. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do código penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 20.

¹⁶⁸ Camara dos deputados. 1897. Projecto substitutivo ao de n. 176-1896. In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do código penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907.

de Sá Pereira, foi solicitada pelo governo Vargas e contou com observações e alterações de Evaristo de Moraes e Mario Bulhões Pedreira.

Virgílio de Sá Pereira (1871-1934), autor do projeto encomendado pelo último governo da chamada República Velha, que serviu de base para o projeto S.C.L., nasceu em Pernambuco e formou-se em Direito em Recife. Dirigiu o jornal *O Paiz* no Rio de Janeiro, foi desembargador da Corte de Apelação do Distrito Federal e chegou a publicar seu projeto de Código no Diário Oficial, mas foi afastado de suas funções e aposentado compulsoriamente com a Revolução de 1930.¹⁶⁹

Antônio Evaristo de Moraes, rábula¹⁷⁰ por mais de duas décadas, formou-se tardiamente em Direito, aos 45 anos na Faculdade de Direito de Niterói. Foi fundador da Associação Brasileira de Imprensa, ajudou na fundação do Partido Operário, em 1890, e do Partido Socialista, em 1920. Teve célebre atuação na defesa dos marinheiros envolvidos com a Revolta da Chibata e, por sua forte atuação na causa trabalhista, integrou, em 1931, o recém-criado Ministério do Trabalho de Getúlio Vargas.¹⁷¹ Em relação a Bulhões Pedreira, não foram encontrados dados biográficos.

Em sua biografia histórica sobre Evaristo de Moraes, Joseli Mendonça aborda a participação do biografado na elaboração de um projeto de código penal, destacando que sua presença neste importante grupo era devido ao seu reconhecido mérito na área penal:

Quando deixou o Ministério do Trabalho, Evaristo engajou-se em uma outra obra de grande envergadura para o reordenamento jurídico da

¹⁶⁹ Dicionário bio-bibliográfico. **Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro.** Disponível em <http://www.cdpb.org.br/dic_bio_bibliografico_pereiravirgilio.html>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

¹⁷⁰ Advogado “prático”, sem formação de bacharel.

¹⁷¹ Informações retiradas de Baú Migalheiro: Evaristo de Moraes. **Migalhas.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI63572,51045-Biografia+do+advogado+Evaristo+de+Moraes>>. Acesso em 06 de novembro de 2012. e Evaristo de Moraes. **Arquivo Edgard Leuenroth.** Disponível em <http://segall.ifch.unicamp.br/site_ael/index.php?option=com_content&view=article&id=126&Itemid=90>. Acesso em 06 de novembro de 2012. Há, ainda, a biografia histórica, fruto da tese de doutorado de Joseli Mendonça, sobre o advogado: MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. 2007. *Op cit.*

“República Nova” – a de reformulação do Código penal. Sua inserção no grupo que trabalharia nessa tarefa era, sem dúvida, uma clara expressão do reconhecimento de sua experiência e autoridade no campo do direito criminal.¹⁷²

É importante destacar o reconhecimento deste personagem por seus pares, uma vez que, além de mulato e nascido pobre, em um país em que a prática do Direito era, em geral, exercida por homens da elite, Evaristo foi por muitos anos rábula, categoria que não era bem vista pelos advogados formados bacharéis.

Em relação ao crime de infanticídio, o projeto de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira diz o seguinte:

Infanticidio

Art. 168. Aquella que, durante o parto, ou ainda sob a influencia do estado puerperal, matar o filho recém-nascido, será punida com prisão até tres annos, ou com detenção por seis mezes, no minimo.

Infanticidio pelos parentes

Art. 169. Aquelle que, para esconder a deshonra de filha ou irmã, cuja gravidez corresse occultamente, lhe matar o filho recém-nascido, antes de conhecido o parto, se descontará por metade a pena de prisão em que incorrer, podendo o juiz convertel-a em detenção, se o art. 61 fôr applicavel.¹⁷³

Neste projeto desaparece o atenuante *honoris causa* para a mulher que comete infanticídio, relacionando este crime, a exemplo do que aconteceria no Código de 1940, com o puerpério, quando cometido pela mãe. No entanto, a ocultação da desonra como atenuante está presente em casos de infanticídios realizados pelos parentes, mas com o espectro mais reduzido do que no projeto de Vieira de Araujo, podendo apenas serem contemplados os pais ou irmãos da mulher desonrada. Infelizmente, quando da análise das fontes, não tive como verificar sobre o que discorre o artigo 61, citado no artigo referente ao

¹⁷² MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. 2007. *Ibidem*. p. 437.

¹⁷³ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto n. 118 A**. Crea o Codigo Criminal dos Estados Unidos do Brasil. 1935. p. 37.

infanticídio pelos parentes, e, dessa maneira, não posso afirmar se a redução da pena a que o artigo 169 se refere é em relação àquela prevista para o crime de infanticídio (artigo 168) ou de homicídio (artigo 165). Sabemos, porém, que a pena mínima para homicídio é de prisão por cinco anos, podendo ser aumentada por agravantes, ou seja, é maior do que a pena prevista para o infanticídio realizado pela mãe.

O projeto de código S.C.L. trata o aborto de modo semelhante ao infanticídio no que diz respeito à *honoris causa*:

Aborto determinado pela própria mãe

Art. 170. A mulher que causar o proprio aborto, ou permittir que outrem o cause, que destruir no proprio ventre o seu fructo, ou permittir que outrem o destrua, será punida com detenção.

Aborto determinado por terceiro

Art. 171. Aquelle que causar o aborto de alguma mulher, ou lhe destruir no ventre o seu fructo, será punido com prisão até tres annos, se o fez com o seu consentimento, ou com prisão até cinco annos, se delle prescindiu.

A aplicação da pena regular-se-á pelo art. 169. quando se verificarem as condições de parentesco e sigillo nelle estabelecidas.

Morte consequente ao aborto

Art. 172. Aquelle que causar a morte de alguma mulher por lhe haver determinado o aborto, ou por lhe haver destruido no ventre o fructo da concepção será punido com prisão por dois a seis annos, se provar ter agido com o consentimento da victima ou por tres a nove annos, no caso contrario.¹⁷⁴

Assim como no crime de infanticídio, não há a figura da mãe que aborta por causa da honra, mas as mesmas regras que regem o infanticídio cometido pelos parentes para ocultar a desonra da mulher e da família, previstas no artigo 169, são utilizadas em caso de aborto provocado pelos mesmos motivos. A questão do consentimento da mulher grávida, largamente discutida em relação ao aborto provocado

¹⁷⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto n. 118 A.** Crea o Codigo Criminal dos Estados Unidos do Brasil. 1935. p. 37.

por terceiros pela maioria dos juristas, também está presente neste projeto, e as penas para quem cometesse aborto sem conhecimento da gestante poderiam ser as mesmas do homicídio sem agravantes. O projeto de código ainda previa o aborto legal, realizado por médico, mas esse tema será discutido mais adiante.

A questão da honra como atenuante no projeto de código S.C.L. foi comentada por outros juristas. Rodrigues Doria foi um deles. Apesar de não ter formação na área do Direito, uma vez que era médico de formação, podemos considerar José Rodrigues da Costa Doria (1859-1938) um jurista, por comentar, em diversas de suas obras, o Código de 1890 e alguns dos projetos de substituição àquele Código. A aproximação da Medicina com o Direito, aliás, não era exclusividade de Doria. A objetividade, alcançada através da cientificidade, era muito importante para a área do Direito nas primeiras décadas republicanas. Discussões científicas, muitas vezes provindas da área da Medicina, eram incorporadas na prática jurídica. É o caso das provas periciais, que deveriam ser coletadas a partir do rigor científico por especialistas, que enxergariam o que as pessoas comuns não enxergavam, e dos laudos médicos utilizados nos tribunais, que atestavam sanidade, loucura, provavam a consumação de defloramentos, entre outras funções. A própria discussão da lei, antes mesmo de ela ser concretizada nos tribunais, também passava pela revisão dos mais modernos preceitos científicos. Foi o caso do debate sobre a inimputabilidade no Código Penal de 1890, analisado por Joseli Mendonça, que dialogava fortemente com as não-consensuais definições médicas de loucura na tentativa de definir qual o grau de perda da razão, ainda que momentânea, poderia justificar a inimputabilidade de um réu.¹⁷⁵ A loucura puerperal e o medo da desonra poderiam, nessa visão sobre a inimputabilidade dos loucos ocasionais, causar uma perda temporária da razão, por estarem relacionadas a emoções muito fortes, justificando um aborto ou um infanticídio e absolvendo uma ré.

Nascido em Sergipe e formado na Faculdade de Medicina da Bahia, Doria foi professor desta faculdade, entre outras disciplinas, na área de Medicina Legal. Também ministrou esta mesma disciplina na Faculdade Livre de Direito da Bahia, ainda no século XIX. Teve uma importante carreira política, tendo sido eleito deputado federal por Sergipe em 1897 e reeleito por vários mandatos, foi eleito presidente do mesmo estado em 1908 e foi deputado constituinte em 1933. Também

¹⁷⁵ Um rábula entre os doutos. In: MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. 2007. Op. Cit. p. 133-190.

teve participação em instituições culturais e científicas como o Instituto Histórico-Geográfico de Sergipe, o Instituto Histórico-Geográfico da Bahia e a Academia Nacional de Medicina.¹⁷⁶

Em relação ao projeto S.C.L., Rodrigues Doria critica a falta do atenuante *honoris causa* para a mãe infanticida:

Ora, se si attenúa a pena ao pae ou ao irmão por terem praticado o crime de infanticidio para occultar a deshonra da filha ou irmã, com igual ou maior razão devia ser esta atenuante contemplada no artigo 168 em favor da mulher enganada que se tornou criminosa. Além do estado puerperal que perturba o espirito da praturiente ha mais essa da deshonra.¹⁷⁷

Esse tipo de postura relativamente compreensiva em relação à “mulher enganada” não é muito comum entre os juristas das obras aqui analisadas. Embora grande parte deles considerassem a ocultação da desonra como um motivo válido para atenuação da pena, em geral esses juristas condenavam a mulher que cedeu aos impulsos lascivos que resultavam na desonra.

Doria também critica a falta do atenuante da ocultação da desonra em casos de aborto:

A legislação do Projecto do Codigo S.C.L. merece algum reparo. (...) Faltou, a meu ver, uma circumstancia attendida no infanticidio, e não vejo porque não mencionada no abôrto. As condições são as mesmas, em muitos casos, e por isso tambem devia figurar no abôrto, embora seja este

¹⁷⁶ **Médicos ilustres da Bahia e de Sergipe.** Disponível em <<http://medicosilustresdabahia.blogspot.com.br/2011/02/240-jose-rodrigues-da-costa-doria.html>>. Acesso em 07 de novembro de 2012. **Dicionário biográfico de médicos de Sergipe.** Disponível em <<http://linux.alfamaweb.com.br/asm/dicionariomedico/dicionario.php?id=31909>>. Acesso em 07 de novembro de 2012.

¹⁷⁷ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro.** Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 47.

um crime menos grave que o do infanticídio. E' o motivo de occultar a deshonra.¹⁷⁸

De certa forma, este atenuante está contemplado para o aborto provocado por parentes, previsto no artigo 171. Talvez Doria criticasse a falta do atenuante *honoris causa* para a mulher que aborta, embora isso não fique muito claro.

Raphael Sampaio e Noé Azevedo, em um artigo na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, também criticam os artigos sobre infanticídio do projeto de código S.C.L.. Noé Azevedo (1896(?)-1972) foi advogado, professor de Direito e foi o presidente emérito da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo com a gestão mais longa (1939-1965)¹⁷⁹. Sobre Raphael Sampaio não foram encontradas informações.

Sobre o infanticídio no projeto de código S.C.L., Sampaio e Azevedo escreveram:

DO INFANTICIDIO

O novo Codigo italiano corrigiu uma falha do antigo, prevendo a hypothese do feticidio, isto é, da morte da criança durante o trabalho do parto natural.

Tal hypothese não podia se enquadrar nem no abôrto, nem no infanticidio.

O art. 168 do Projecto pretendeu supprir essa falha que tambem se nota em nosso Codigo. Mas, somente pune a mãe que durante o parto mate o fêto.

Tratando no artigo seguinte do infanticidio commettido pelos parentes, deixa de incluir a morte da criança durante o trabalho de parto.

Ora, quem está menos em condições de commetter o crime durante o parto é a mãe.

¹⁷⁸ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 48.

¹⁷⁹ **Noé Azevedo**. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/galeria-de-presidentes/noe-azevedo/>. Acesso em 07 de novembro de 2012

A parteira ou os parentes é que, ao assistirem á parturiente, facilmente poderão supprimir a vida do feto.¹⁸⁰

Os autores criticam a falta da figura do feticídio, que seria a morte da criança durante o trabalho de parto natural, ou seja, algo entre o aborto e o infanticídio, mas diferentes desses dois. A figura do feticídio não é muito recorrente entre os comentários de juristas e, quando aparece, diferente de como caracterizam Sampaio e Azevedo, é considerada a morte do feto provocada dentro do útero materno. Outra diferença desses autores em relação à maioria dos comentaristas é que Sampaio e Azevedo eximem a mãe da responsabilidade pela morte da criança na hora do parto, ao passo que para a maior parte dos outros juristas analisados, a mãe, mesmo em trabalho de parto ou logo depois de dar à luz, é uma figura ativa, talvez a principal, nos casos de infanticídio.

Na exposição de motivos de seu projeto de código, que depois de discussões e alterações se tornaria o Código Penal de 1940, vigente até hoje, Alcântara Machado critica o projeto S.C.L. pela falta da *honoris causa* na definição de infanticídio: “E, para apontar apenas um só dos muitos defeitos da Parte Especial, não se alude na definição de infanticídio (art. 168) á “causa honoris”, que, na melhor doutrina, é uma das condições existenciais daquela figura delituosa.”¹⁸¹

José de Alcântara Machado D’Oliveira (1875-1941) diplomou-se doutor em Direito pela Faculdade de São Paulo, tendo sido professor e diretor dessa instituição. Exerceu diversos cargos políticos, como vereador, deputado estadual, senador e deputado e líder da bancada paulista na Assembléia Nacional Constituinte (1933-1934). Foi membro de diversas instituições científicas e culturais como do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Histórico-Geográfico Brasileiros, da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, da qual foi fundador e presidente, e, por suas contribuições literárias, participou das Academias Paulista e Brasileira de Letras.¹⁸²

¹⁸⁰ SAMPAIO, Raphael; AZEVEDO, Noé. Parecer sobre o projecto de Codigo Criminal dos Estados Unidos do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Set-Dez de 1937, V. XXXIII, Fasc. III. p. 613-630

¹⁸¹ ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Codigo Criminal Brasileiro. [**Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] p. 202-203.

¹⁸² **Galeria de Diretores**. José de Alcântara Machado D’Oliveira. Disponível em <

Em seu projeto de código de 1938, Alcântara Machado assim define o crime de infanticídio: “Art. 312 – Matar infante, por ocasião do parto ou logo depois do nascimento, para ocultar a deshonra própria ou a de ascendente, descendente, irmã ou mulher. Pena – reclusão por 2 a 6 anos.”¹⁸³. De forma coerente com a crítica que fez ao projeto S.C.L., este jurista incluiu a *honoris causa* como definição do crime de infanticídio. A defesa da honra abrange os familiares próximos da mãe do infante morto e o espectro de familiares abrangidos é maior do que o do projeto que o precedeu. No entanto, a *honoris causa* não é tratada, no projeto de Alcântara Machado, como um atenuante, mas como própria definição do crime. Infelizmente, não sabemos se a pena para infanticídio é maior, menor ou igual à prevista para homicídio. É provável que seja menor, levando em conta as opiniões dos juristas daquele período, que consideravam o infanticídio como um crime menos grave do que o homicídio, e considerando também a pena para auxílio ao suicídio, um crime também considerado em geral menos grave que o homicídio, que era igual, no projeto de Alcântara Machado, a do crime de infanticídio: reclusão por 2 a 6 anos.

Em relação ao aborto, Alcântara Machado foi bastante minucioso, prevendo diversas situações e condições diferentes para este crime:

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.

Pena – detenção por 6 meses a 2 anos.

§ 1º - Se o crime fôr cometido para ocultar a deshonra própria.

Pena – detenção por 1 a 6 meses.

§ 2º - Não será punível a provocação de aborto feita pela gestante:

I – quando o aborto não se verificar;

II – quando a gravidez resultar de estupro.

Art. 322 [sic] – Provocar em outrem o aborto:

§ 1º - Se o crime fôr cometido por ascendente, descendente, cônjuge, irmão ou irmã, para ocultar

http://www.direito.usp.br/faculdade/diretores/index_faculdade_diretor_17.php
>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

¹⁸³ ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Codigo Criminal Brasileiro. [Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] p. 434.

a deshonra da gestante e com o consentimento desta.

Pena – detenção por 1 a 6 meses.

§ 2º - Se o crime fôr cometido com o consentimento da gestante, fóra do caso previsto no § 1º.

Pena – reclusão por 1 a 4 anos.

§ 3º - Se o crime fôr cometido sem o consentimento da gestante.

Pena – reclusão por 2 a 8 anos.

§ 4º - As penas cominadas nos §§ anteriores serão aumentadas:

I – de um a dois terços, se a gestante em consequencia do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, sofrer lesão grave ou gravissima; II – de dois terços ao triplo, se sobrevier a morte da gestante, em consequencia do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo.

Art. 315 – Provocar culposamente em outrem o aborto ou o parto prematuro, conhecendo a existencia da gravidez.

Pena – multa de 500\$000 a 5:000\$000.

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

§ 1º - Tambem não será punivel 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.

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\$000.¹⁸⁴

Diferente do que fez com o artigo referente ao crime de infanticídio, Alcântara Machado inclui a *honoris causa* não como parte

¹⁸⁴ ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Código Criminal Brasileiro. [Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] p. 435-436.

da definição do crime de aborto, mas como um atenuante que inclui a mulher que aborta e seus parentes próximos. Diferente de outros juristas, que consideram que a única ou a mais afetada com a desonra é a mulher que engravida, Alcântara Machado coloca em pé de igualdade a honra da mãe e de seus familiares, definindo a pena para aborto para ocultação da desonra igual para os casos de ser provocado pela mãe ou pelos familiares. O projeto de Alcântara Machado também prevê casos em que o aborto seria permitido, mas esse tema será discutido no capítulo seguinte.

O projeto de Alcântara Machado, apresentado em 1938, após ter sido selecionado para se tornar o novo Código Penal, em 1940, passou por muitas discussões e sofreu diversas alterações. Em um comentário ao Código Penal de 1940, publicado em 1945, Jorge Severiano Ribeiro aborda o processo de elaboração desse Código:

O trabalho de revisão do projeto Alcântara Machado durou justamente dois anos. Houve tempo suficiente para exame e meditação da matéria em todas suas minúcias e complexidades, da revisão resultou um novo projeto. Não foi êste o propósito inicial. O novo projeto não resultou de plano preconcebido: nasceu naturalmente, à medida que foi progredindo o trabalho de revisão. Isto em nada diminui o valor do projeto revisto. Êste, constituiu uma etapa útil e necessária à construção do projeto definitivo.¹⁸⁵

Do projeto de Alcântara Machado ao Código de 1940, os artigos referentes aos crimes de aborto e infanticídio sofreram grandes alterações. Jorge Severiano Ribeiro aborda, em seu comentário ao Código Penal de 1940, sobre o tema do infanticídio:

O **infanticídio** é considerado um **delictum exceptum** quando praticado pela parturiente **sob a influência do estado puerperal**. Essa cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a

¹⁸⁵ RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)**. V. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: A Noite, [1945]. p. 92.

diminuir a capacidade de entendimento ou de auto-inibição da parturiente.

Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra o **honoris causa** (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.¹⁸⁶

O crime de infanticídio, por exemplo, passa a ser, no Código de 1940, exclusivamente associado à loucura puerperal. Em relação ao aborto, caem todos os artigos referentes à defesa da honra, seja por parte da mulher que aborta ou que comete infanticídio, ou de seus familiares mais próximos. No entanto, passa a ser contemplada a possibilidade do aborto legal em caso de gravidez resultante de estupro. Já a ocultação da desonra, largamente discutida pelos juristas durante os cinquenta anos de vigência do Código republicano, deixava de ser considerada um atenuante válido, ou até a única justificativa aceitável de uma mãe escolher cometer aborto ou assassinar seu próprio filho. O paradigma da honra perdia sua força, pelo menos no campo jurídico.

Enquanto o paradigma da honra perdia sua força, o da vida se consolidava. Esse processo não ocorreu de forma abrupta, mas aconteceu gradativamente e foi influenciado por outras questões, presentes desde o final do século XIX. Esse processo passou pelo surgimento de um novo modelo de família, marcado pela norma familiar burguesa¹⁸⁷. A nova família almejada deveria ser constituída por pai, mãe e filhos e ser fundada no amor entre os cônjuges e destes pela sua prole. Nesse modelo familiar nuclear o papel da maternidade no cuidado e na educação dos filhos – os cidadãos de amanhã – era de suma importância e defendido pela medicina¹⁸⁸. A infância também passa a ter um importante lugar social definido: protegida pela família (ou, na falta desta, pelo Estado), “salva” do abandono, do ócio e do vício. O *Código*

¹⁸⁶ RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)**. V. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: A Noite, [1945]. p. 62.

¹⁸⁷ AREND, Silvia Maria Fávero. “De exposto a menor abandonado: uma trajetória jurídico-social.” In: VENANCIO, Renato Pinto (org). **Uma história social do abandono de crianças: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII a XX**. São Paulo: Alameda; Editora PUC Minas, 2010.

¹⁸⁸ Essa questão será discutida mais aprofundadamente no capítulo seguinte.

*dos Menores*¹⁸⁹, publicado em 1927, é um exemplo da delimitação do lugar da infância e tinha por objetivo assistir e proteger a infância denominada de abandonada ou delinquente.

Pensar sobre um modelo de família é também pensar sobre que população se quer ter, ou seja, a definição de uma norma familiar dialoga com a ideia que se tem de gestão da população, o que podemos considerar como uma questão biopolítica. O governo de Getúlio Vargas empreendeu políticas e ações marcadas, em certa medida, por uma nova visão de gestão da população e, provavelmente, influenciaram no declínio do paradigma da honra. O combate à vadiagem, a campanha de nacionalização e a aplicação do *Código dos Menores*, ditando o lugar social da infância, por exemplo, objetivavam, de certa forma, dar uma nova cara à população brasileira: uma população nacional, trabalhadora, em que cada membro da família, a menor unidade organizacional da sociedade, teria seu lugar social e na estrutura familiar bem demarcado. Nesse novo projeto de população, enquanto o paradigma da vida ganhava cada vez mais força, o da honra se retraía.

3.2 QUEM TEM DIREITO À HONRA?

Mesmo para as mulheres que abortavam ou matavam seus filhos recém-nascidos, em parte amparadas pelo Código, se cometessem tais atos para defenderem sua honra, a questão não era tão simples. Para que a mulher pudesse alegar que abortou ou cometeu infanticídio por medo da desonra, era preciso que ela tivesse uma honra que pudesse ser colocada em risco. Ainda em relação ao Código imperial, Thomaz Alves Junior, concordando com o comentário oficial ao Código da Baviera, é da seguinte opinião:

‘O terror da deshonra, sendo a base de escusa admittida pela lei em favor da mãe infanticida é evidente que esta escusa não se póde applicar ás mulheres que se tornaram estranhas ao sentimento da deshonra, como as prostitutas e as já manchadas por terem querido occultar a prenhez e o parto.’

Os codigos da Allemanha consideram aggravante o facto da prostituição, theoria que abraçamos

¹⁸⁹ **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.** Código dos Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

porque pôde ser applicada até certo ponto pela nossa lei.¹⁹⁰

De opinião semelhante, é o médico Amancio de Carvalho, em seu texto publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo em 1894:

Effectivamente o *substratum* juridico sobre o qual assenta o assassinato de um recém-nascido, illegitimamente gerado, caso unico do infanticidio, é o prompto desaparecimento dos traços de sua existencia *pro honore*. Só assim esse titulo teria sua razão de ser, evitando-se o absurdo de uma prostituta ou uma reincidente, como apresenta Ferriani um caso, que matando o filho recém-nascido, participe da brandura da pena, que a lei decretou para uma mãe desventurada. Este favor da lei, segundo Balestrini, deve aproveitar tambem aos parentes mais proximos, porquanto da nodoa daquella partilham estes.¹⁹¹

Tanto para Thomaz Alvez Junior, quanto para Amancio de Carvalho, a defesa da honra só poderia ser utilizada como justificativa por uma mulher que tivesse uma honra para defender. Dessa maneira, uma infanticida reincidente (a mesma lógica vale para a mulher que aborta) não poderia alegar defesa da honra, pois sua honra já havia sido posta em risco e não poderia ser salva mais de uma vez.

Uma personagem bastante citada quando se fala da validade da honra é a prostituta. A prostituta, para os juristas cujos comentários foram analisados, é uma mulher sem honra, sem moral e, caso cometesse aborto ou infanticídio, jamais poderia alegar que o fez para ocultar sua desonra. Mesmo em casos de estupro, a prostituta não possuía amparo da lei, pois este crime era visto não como uma violência contra a mulher, mas como uma violência contra a honra da mulher. Dessa maneira, quando uma mulher que não possuía honra, especialmente uma prostituta, era estuprada, isto era visto como um mal menor. É desta opinião o jurista Francisco José Viveiros de Castro, em

¹⁹⁰ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 268.

¹⁹¹ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 156.

sua obra *Os delictos contra a honra da mulher*, de 1897, em que discorre especialmente sobre os crimes de adultério, defloramento e estupro:

Realmente é um absurdo, um contrasenso juridico classificar a violação de uma prostituta entre os delictos que affectam a segurança da honra e a honestidade das familias.

A prostituta, a mulher que faz commercio de seu corpo, recebendo homens que a pagam, não tem sentimento de honra e de dignidade. Quem della abusa contra sua vontade não lhe prejudica o futuro, não mancha o seu nome, sua reputação. E' certo que a prostituta tem o direito de dispôr livremente de seu corpo, de receber ou recusar o homem que a solicita. Mas quem ataca esse direito commette um crime, não contra a honra, que não existe, mas contra a liberdade pessoal, obrigando a victima com violencias e ameaças a praticar um acto que não queria. E como tal facto não revela um character temivel, perigoso da parte do delinquente, não causa mal irreparavel á victima, não abala os interesses da defesa social, poderia ser punido como simples contravenção, exceptuado, bem entendido, o caso em que houvesse sevicias ou ferimentos na victima.¹⁹²

Quando o autor afirma que é “um contrasenso juridico classificar a violação de uma prostituta entre os delictos que affectam a segurança da honra e a honestidade das familias”, está se referindo ao título VIII do Código Penal de 1890, “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor”, que compreende os capítulos: “da violencia carnal” (no qual está incluído o crime de estupro), “do rapto”, “do lenocinio”, “do adulterio ou infidelidade conjugal” e “do ultraje publico ao pudor”. No entanto, se lermos o artigo do Código que define o crime de estupro, não há nele qualqueer referência à necessidade de a mulher ser honrada:

¹⁹² VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adultério, defloramento, estupro, a sedução no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. p. 123-124.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e narcoticos.¹⁹³

O estupro de uma prostituta, segundo o que diz o artigo 269, não deveria ser em nada diferente ao da mulher honesta, honrada ou virgem. Porém, para o jurista Viveiros de Castro, e certamente para muitos homens e mulheres contemporâneos seus, o homem que estupra uma mulher “honestas” e o que estupra uma prostituta não deveriam responder pelos seus crimes da mesma maneira.

O fato de tantos juristas destacarem em seus comentários aos códigos que as prostitutas não poderiam usufruir do atenuante *honoris causa*, em caso de crimes de aborto e infanticídio, sugere que, caso elas sentassem no banco dos réus, poderiam tentar utilizar todas as brechas da lei a seu favor. Joseli Mendonça, em sua biografia histórica sobre Evaristo de Moraes¹⁹⁴, narra um episódio que ocorreu no Rio de Janeiro em 1896, do qual o personagem principal de sua história teve importante participação, e que mostra as prostitutas fazendo uso da lei a seu favor. Naquele ano, um delegado promoveu uma “limpeza” em algumas ruas centrais da capital federal, conhecidas pela presença da prostituição, com base no crime de lenocínio previsto no novo Código Penal (no Código de 1830 não havia esse crime). A pedido das prostitutas perseguidas, Evaristo de Moraes faz um pedido de *habeas corpus*, alegando a ilegalidade da medida do delegado, tanto por ir contra o princípio de que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁹⁵, assegurado na Constituição de

¹⁹³ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

¹⁹⁴ MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, 2007. *Op cit.*

¹⁹⁵ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao%3%A7a091.htm>. Acesso em 19 de julho de 2012.

1891, quanto pelo mau uso dos artigos do Código sobre lenocínio, que não incluía a prática da prostituição. Evaristo, para desgosto do delegado e de muitos jornais da época, consegue para as prostitutas o *habeas corpus* e a garantia de poderem continuar a exercer seu ofício sem constrangimento policial. Cristiana Schettini Pereira utiliza este mesmo conjunto de acontecimentos, que mostra o conhecimento das leis por parte das prostitutas, como ponto de partida de sua tese sobre prostituição nas primeiras décadas republicanas no Rio de Janeiro¹⁹⁶.

Outro motivo para as prostitutas serem uma figura tão presente nos comentários em relação a aborto e infanticídio é que, em decorrência de seu próprio ofício, essas mulheres eram detentoras de conhecimentos sobre abortivos e práticas contraceptivas. Gravidezes frequentes atrapalhavam muito o trabalho das prostitutas e, por isso, quando os métodos anticoncepcionais falhavam, eram protagonistas de abortos e, em casos extremos, de infanticídio. Mary del Priore, em relação ao Brasil colonial, afirma que as prostitutas eram recorrentes personagens em caso de aborto¹⁹⁷.

Portanto, de acordo com os comentários aqui analisados, para alegar a defesa da honra em caso de aborto e infanticídio, a mulher não poderia ser prostituta e deveria provar que havia uma honra a ser defendida; era preciso preencher certos requisitos. Antonio Bento de Faria (1876-1959), advogado formado pela Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, Alferes do Exército pelos serviços prestados à República, Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República¹⁹⁸, elencou na primeira edição de seu comentário ao Código republicano, em 1904, esses requisitos:

A deshonra da mulher, pelo nascimento de um filho, só pode provir da ilegitimidade d'essa prole, simplesmente *natural*, quando solteira, *adulterina*, quando casada.

¹⁹⁶ PEREIRA, Cristiana Schettini. “**Que tenhas teu corpo**”: uma história social da prostituição no Rio de Janeiro nas primeiras décadas republicanas. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual de Campinas: Campinas, 2002.

¹⁹⁷ PRIORE, Mary del. **Ao sul do corpo**: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília: Edunb, 1993.

¹⁹⁸ **Ministros**. Antonio Bento de Faria. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=222> >. Acessos em 09 de novembro de 2012.

Dos termos – *ocultar a deshonra propria* – se deprende a necessidade de investigar a existencia de duas condições ou circunstancias de facto, sem as quaes não terá lugar a qualificação do delicto no § supra.

1º E’ necessario que a autora do delicto seja mulher honesta ou considerada como tal, para que possa admittir-se a excusa fundada na necessidade de salvar a honra, é indispensavel que exista uma honra a salvar.

Assim, não aproveitaria tal allegação á mulher de vida manifestamente licenciosa.

2º E’ necessario tambem que seja verosimil a necessidade de occultar a deshonra.

Tratando-se de uma mulher seduzida, ou por cuja seducção foi, a seu requerimento ou de seus pais, processado o amante, não existiria então, deshonra a occultar, por ser a perda de sua honra manifestamente publica, como objecto de um processo.

Não havendo segredo a occultar não se pode admittir uma qualificação que se funda no estado de superexitação de animo em que pode achar-se a mãe para quem o nascimento do filho é a prova evidente da sua deshonra.¹⁹⁹

A virgindade, segundo este comentário, não é essencial, mas é necessário que a mulher em questão seja publicamente honrada. Neste caso, o que importa é a aparência da honra, mesmo que a mulher, em sua vida privada, longe do conhecimento dos outros, não fosse honrada como sugeria sua imagem pública. É interessante, também, quando Bento de Faria fala de caso hipotético de processo de sedução. Muitos processos de defloramento por sedução acabavam – ou pelo menos tinham este objetivo – no casamento entre o sedutor e a deflorada²⁰⁰. Viveiros de Castro afirmava que, em casos de estupro e defloramento em que a honra da mulher estava em jogo, “o casamento apaga o delicto,

¹⁹⁹ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. p. 453-454

²⁰⁰ CAULFIELD, Sueann. 2000. *Op cit.*

restituindo á mulher a posição que occupava na sociedade”²⁰¹. Ou seja, a honra, motivo de tanto debate entre os juristas, era um bem precioso da mulher honesta, que, se colocado em risco, poderia prejudicar muito a vida de uma mulher; mesmo assim, poderia ser reparada em alguns casos.

Oscar de Macedo Soares (1863-1911) formou-se advogado pela Faculdade de Direito de São Paulo. Atuou ativamente em dois jornais, o *Correio Paulistano* e o *Rio de Janeiro*, este último de opposição ao governo Francisco Portella e do qual era co-proprietário. Ainda jovem, aos 27 anos, foi eleito deputado constituinte e, posteriormente, foi eleito deputado federal por sua província natal, Rio de Janeiro.²⁰² Na sétima edição de seu comentário ao Código Penal republicano, publicada em 1910, afirmava a importância de se saber se uma mulher era honesta em casos de aborto e infanticídio *honoris causa*, para que não tivesse pena atenuada aquela mulher que se utilizava dessas práticas para levar uma vida leviana:

Preferimos a opinião do dr. Joaquim Portella: ‘A disposição legal é razoavel tratando-se de uma mulher, até então honesta, solteira, casada ou viuva, que, seduzida por um meio qualquer, foi levada a commetter o crime para occultar sua miseria; mas descabida quando se trata de uma supposta honesta ou prostituta, que do infanticidio se serve para passar vida folgada em depravação, ou outro gozo qualquer, habitual ou não. Em rigor, a circumstancia attenuante deve desaparecer para a prostituta, porque ella não pode occultar o que já está no dominio publico – a sua deshonor.’ Realmente, a occultação da deshonor propria é elemento essencial da *levioris pœnæ* do § unico. Se diverso d’aquelle foi o intuito, é claro que a propria mãe incide na

²⁰¹ VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adultério, defloraçào, estupro, a seduçào no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. p. 210.

²⁰² Informações retiradas da orelha do livro: SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [1910].

responsabilidade penal do infanticídio figurado no art 298.²⁰³

Esses comentários nos levam a pensar que, para os juristas da passagem do século XIX para o XX, a honra não valia para todas as mulheres, mas apenas para aquelas descritas nas citações do início dessa seção: mulheres virgens, inocentes, ludibriadas por algum homem aproveitador que, apaixonadas, sacrificavam seu bem mais precioso, sua honra, ao receberem uma promessa de casamento. Em alguns casos, aceitava-se que a viúva também poderia ser enganada, embora fosse mais difícil acreditar que uma mulher tão experiente, inclusive na arte da sedução, já que todas as mulheres teriam habilidades sedutoras, na mentalidade desses juristas, fosse capaz de ser iludida facilmente. Eram essas mulheres, que mais eram fruto da imaginação desses homens e que pouco correspondiam de fato com as mulheres reais que cometiam aborto e infanticídio, que tinham direito a defenderem sua honra.

Ainda assim, era preciso verificar se a mulher podia defender sua honra, se ela ainda possuía honra. Dessa maneira não se julgava apenas o crime em si, de aborto ou de infanticídio, mas a conduta da mulher, a sua moral. Isso, no entanto, não era um privilégio dessas mulheres. Essa era a doutrina afirmada pelo artigo 38 do Código republicano:

Art. 38. No concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

§ 1º Prevalecerão as agravantes:

- a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do dano e a intensidade do alarmo causado pelo crime;
- b) quando o criminoso for avesado a praticar más ações, ou desregrado de costumes.

§ 2º Prevalecerão as atenuantes:

- c) quando o crime não for revestido de circunstância indicativa de maior perversidade;
- d) quando o criminoso não estiver em condições de compreender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequências de sua responsabilidade.

²⁰³ SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [1910]. p. 614.

§ 3º Compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.²⁰⁴

Não se julgava apenas o crime, mas o criminoso como um todo, sua conduta pregressa, sua índole. Isso fazia parte da doutrina da então chamada nova escola penal (também conhecida como positiva), da qual Lombroso, Ferri e Garofalo são os maiores expoentes, que influenciou em parte o legislador do Código de 1890. Segundo esta doutrina, era preciso identificar qual era o tipo do criminoso, se era nato, louco, habitual, de ocasião ou por paixão²⁰⁵. Caso fosse identificado que determinada pessoa possuía uma índole criminosa e poderia cometer os mesmos crimes ou até outros futuramente, os agravantes da pena deveriam pesar mais, no intuito de deixar esse ser perigoso para a ordem social pelo maior tempo possível afastado da sociedade. No entanto, se fosse identificado que o criminoso – ou a criminosa – agiu em momento que estava tomado por emoções fortes, fora de seu estado psicológico normal, como no caso de mulheres que abortam ou matam seus filhos recém-nascidos por medo desesperado da desonra, os atenuantes deveriam ter maior influência na definição da pena.

Outra questão abordada pelos juristas quando falam do tema da honra, é sobre a importância de se saber se o filho que sofreu o aborto ou o infanticídio era legítimo ou ilegítimo. Para a maior parte dos juristas cujas obras estão sendo citadas, a *causa honoris* só poderia ser alegada em casos de aborto e infanticídio se a criança em questão fosse ilegítima, pois, se fosse legítima, fruto de um casamento, não haveria motivo para a mulher temer a desonra. É dessa opinião Thomaz Alves Junior, em seu comentário ao Código Criminal de 1830:

Nem todos os codigos tem a este respeito a clareza do nosso: é certo, porém, que todos parecem ter o mesmo espirito, desde que exigem que a victima deva ser filho *illegitimo ou natural*.

²⁰⁴ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

²⁰⁵ CRUZ, João Francisco da. **A pena em face do Código:** seus defeitos. (Dissertação apresentada á Escola de Direito da Universidade de São Paulo no concurso da 2.a cadeira do 4.o anno). São Paulo: Pocaí & Comp., 1917. p. 27.

E assim como no nosso Código, e outros que o acompanham, não si dizendo si o filho é natural ou legítimo, deduzem que o filho deve ser illegítimo ou natural, porque não sendo esta a razão de ser do acto, como tambem era certo que não se dava o fim, sem que determinasse que o filho deve ser illegítimo ou natural, deduzimos que o fim é a salvação da honra, do contrario não se comprehende a doutrina excepcional.²⁰⁶

Este mesmo autor utiliza para reforçar sua opinião o comentário oficial ao Código da Baviera, o qual afirma que o infanticídio cometido em filho legítimo deve ser punido como homicídio ou assassinato:

E assim diz o commentario official do Codigo da Baviera:

‘Não é senão no caso de nascimento de um filho illegítimo, que o movel commum do infanticídio, isto é, o desejo de conservar a sua honra, o receio da vergonha publica, e a perspectiva da ruina de toda a sua vida actua sobre a mãe: e combinando com o estado de excitação extrema em que se acha o systema nervoso de uma mulher que dá á luz, leva o legislador á não ser rigoroso’.

[...]

‘Esses motivos subsistem quando a parturiente é uma viuva, ou quando o filho nascido durante o casamento é adulterino, mas não existem, si o filho é legítimo: o infanticidio deve então ser punido como homicidio ou assassinato.

Sem duvida a mãe legitima não tem que temer a deshonor, póde ser presa de outras paixões violentas; o horror da miseria domestica, a má conducta de seu marido, etc., podem preoccupal-a a ponto de a tornar menos criminosa’.²⁰⁷

É interessante como neste comentário ao Código bávaro são levantadas ainda algumas outras possibilidades de atenuação da pena em casos de infanticídio que não estão ligadas a honra e poderiam ser

²⁰⁶ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 266.

²⁰⁷ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 266-267.

alegadas mesmo em casos de morte de filho legítimo. Uma delas é “o estado de excitação extrema em que se acha o systema nervoso de uma mulher que dá á luz”, que poderíamos identificar como o puerpério, expressão que será mais difundida no Brasil a partir do início do século XX. Além disso, “o horror da miseria domestica” e “a má conducta de seu marido” também poderiam ser vistos como motivos justificáveis em casos de infanticídio, inclusive de filhos legítimos. A citação acima não é originalmente de um comentário nacional, mas de um jurista brasileiro que citou o comentário ao Código de um outro país. Mesmo assim, o fato de o autor ter citado este trecho, concordando com as palavras do jurista bávaro, dizem bastante sobre a opinião do brasileiro.

Galdino Siqueira²⁰⁸ (1874-1961), promotor público, juiz de Direito, professor catedrático da Faculdade de Direito de Niterói, considerado um “cientista do Direito”, em uma passagem de seu comentário de 1932 ao Código Penal republicano faz referência a vários temas relativos à honra abordados até agora. Siqueira, que foi convidado, em 1913, pelo Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores a elaborar um projeto de código penal (o qual será analisado mais adiante), concorda com a necessidade de ser uma criança ilegítima para que o argumento da ocultação da desonra pudesse ser utilizado:

Para se verificar o infanticidio *honoris causa*, previsto no paragrapho unico do art. 298, além das condições geraes do crime, apreciadas anteriormente, é necessario: 1) que o *facto seja praticado pela mãe*, a quem sómente aproveita a excusa, segundo o codigo, afastando-se assim do italiado, portuguez e outros que estendem o favor da minoração da pena a outro parentes proximos; 2) que o *facto seja praticado para occultar a deshonra da mulher, casada ou não*, e para isso faz-se mistér o concurso das seguintes circumstancias: 1ª) que a criança seja o fructo de uma união illegitima; 2ª) que o fim do crime seja occultar uma causa de deshonra; 3ª) que a mulher tenha gozado da estima dos seus concidadãos, sem

²⁰⁸ Informações retiradas de: **Galdino Siqueira** (1874-1961). Disponível em < <http://www.penalista.pro.br/grandes-professores/brasileiros/galdino-siqueira-1874-1961> >. VAZ, Laurita Hilário. **Indicações literárias**: Direito Penal brasileiro. Disponível em < <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/808/990> >. Acesso em 09 de novembro de 2012.

que até o momento do facto tenha perdido o conceito de moralidade, em que consiste a honra, de que fala a lei.²⁰⁹

Alguns autores apontam outros motivos além do da honra que poderiam motivar a prática de aborto e infanticídio. Alfredo Balthazar da Silveira, em um texto lido no Instituto dos Advogados Brasileiros em 1918, se utiliza de uma linguagem bastante apaixonada para falar do que ele considera como o problema do aborto criminoso. No trecho abaixo, aponta diversos temas que ele considera como agravantes no aumento do número de abortos naquele momento:

A desorganisação da familia hodierna que obriga os paes a prolongadas horas de ausencia do lar, a multiplicação das industrias que aproveitam as energias femininas, sem lhe offerecer o repouso necessario em determinadas epochas; a promiscuidade em que vivem, nas casas de commodos e estalagens, agglomerados homens e mulheres, os quaes diversificam em principios e pensamentos; a exploração das meninas desvalidas, que cedem ante promessas irrealizaveis, procurando mais tarde occultar de qualquer modo o seu infortunio, e outras maleficas consequencias que a miseria desenvolve, são o fructo sazonado da incuria social.

Na impossibilidade de aleitar o filho, que ella concebeu, talvez, em momento de prazer, ou para evitar os encargos que a criação de um filho acarreta, ella, de commum accordo com o companheiro soccorre-se dos conhecimentos das vis curiosas, que, abusando da tolerancia policial, proclamam a sua experiencia em tal officio, extorquindo avultadas sommas dos que lhe batem á porta.²¹⁰

²⁰⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. p. 588.

²¹⁰ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 15.

Silveira é um dos poucos autores aqui trabalhados que vincula o aborto a uma situação financeira precária. Este autor, muito moralista em diversas passagens, reconhece que a situação da classe trabalhadora pobre, em especial das mulheres, que trabalham o dia todo e não têm descanso suficiente, moram em lugares inadequados e não têm condições de sustentar seus filhos influenciaria muito no aumento de casos de aborto. Mas ao mesmo tempo em que tem a sensibilidade de tentar perceber o aborto além do próprio crime, mas como uma questão ligada à situação social de determinado grupo de pessoas, este autor associa a pobreza à promiscuidade e à depravação dos costumes.

A honra, como se pôde perceber pela análise aqui empreendida, foi um tema que mobilizou muito as opiniões dos comentaristas aos códigos de 1830 e 1890. Para muitos desses juristas, a defesa da honra era a única justificativa aceita para alguém, especialmente uma mãe, provocar um aborto ou assassinar uma criança recém-nascida e indefesa. No entanto, o argumento da defesa da honra não era consenso e alguns juristas desconfiavam dele. Viveiros de Castro, falando sobre o aumento de casos de crime contra a honra da mulher, afirma o seguinte:

É de justiça responsabilizar em primeiro lugar a propria mulher. Dominada pela ideia erronea subversiva de sua emancipação, ella faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens. A antiga educação da mulher recatada e timida, delicada sensitiva evitando os contatos asperos e rudes da vida, foi despresada como cousa anachronica e ridicula; e temos hoje a mulher moderna, vivendo nas ruas, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem fundo moral, sem refreio religioso, a vida unicamente de luxo e sensações, vaidosa e futil, preza facil e muita vez até espontaneamente offerecida á conquista do homem.²¹¹

Para este autor, a primeira pessoa a ser responsabilizada em casos de ofensa à honra de uma mulher, é a própria ofendida, porque, para ele,

²¹¹ VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adultério, defloramento, estupro, a sedução no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. p. XV-XVI.

as mulheres da passagem do século XIX para o XX não estariam mais preocupadas com a moral, a religião, o recato e estariam mais sujeitas às investidas masculinas, isso quando elas próprias não se oferecessem aos homens.

A fala de Viveiros de Castro também parece ser uma resposta às lutas sociais de alguns grupos de mulheres na passagem do século XIX para o XX. As reivindicações dessas mulheres passavam pelo direito de votarem e serem votadas, pela igualdade jurídica das mulheres em relação aos homens, por direitos sociais, como educação e trabalho remunerado, e por direitos civis, como o de administrar propriedade e receber herança.²¹² Quando Viveiros de Castro critica a “mulher moderna”, ele está criticando a liberalização de alguns costumes e a conquista de espaço de alguns grupos de mulheres. Essas conquistas, ainda incipientes naquele período, desagradavam profundamente os homens e as mulheres conservadores, pois contestava a estrutura das relações de gênero existente há gerações. É importante dizer, ainda, que muitas das reivindicações daquele momento eram marcadas por um viés de classe. O direito de trabalhar fora de casa com remuneração, por exemplo, é uma reivindicação de mulheres burguesas, uma vez que as mulheres pobres já circulavam nas ruas e trabalhavam fora de seus lares há muito, não por uma questão de direito, mas por necessidade.

Phaelante da Camara, em sua obra que discorre sobre infanticídio, também defendia a responsabilização das mulheres em caso de desonra, pois dizia que, nos momentos de prazer que precediam à gravidez que culminaria com o infanticídio, a mulher participava com grande paixão:

Ora, no caso temos que, em regra geral, a mulher participa do facto, figurando com os impetus de

²¹² Esse conjunto de lutas das mulheres por direitos civis, sociais e políticos entre o final do século XIX e início do XX é denominado pela historiografia de 1ª onda do feminismo. Para uma breve discussão sobre as “ondas do feminismo”, ver: PEDRO, Joana Maria. “Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica.” **História**. São Paulo, v.24, N.1, 2005. p.77-98. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

Para uma breve referência a algumas mulheres que defendiam na imprensa e na literatura os direitos das mulheres entre o final do século XIX e início do XX, ver: HAHNER, June E. Honra e distinção das famílias. In: **Nova História das mulheres no Brasil**. PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. (orgs). São Paulo: Contexto, 2012. p. 43-64.

sua paixão, arrastada pelos impulsos carnaes do amor que infelizmente nem sempre ella pode açaimar no tão fallado momento psychologico. [...] Accresce que não lava a nodoa, nem a vinga, porque a donzella que tiver um filho estará para todo sempre deshonrada se não houver o subsequeute consorcio; e a esposa que conceber de um extranho só poderá viver na constancia do matrimonio ou cercada do respeito social, se militarem em seu favor circumstancias que provem a ausencia absoluta de sua vontade em todos os momentos do coito; e por outro lado, não evita que o agente principal do maleficio continue a conduzir os seus desejos libidinosos a todo o lar pouco escrupuloso em que se lhe não feche a porta.

Temos, pois, que na hypothese, os dois fins principaes deixam de ser attingidos com a morte do fructo illegitimo: - o desaggravo da honra e a punição do seductor.²¹³

Além disso, este autor não acredita que a morte do filho ilegítimo limpe a mancha deixada pela desonra, pois a honra, uma vez perdida não é algo que se recupere, a não ser através do casamento. A desonra poderia ser atenuada caso fosse provado que em nenhum momento a mulher em questão sentiu qualquer ponta de desejo. Ou seja, à mulher honrada não era permitido sentir nenhum prazer nas relações carnaes.

Camara também afirma que é difícil considerar a ocultação da desonra como um atenuante, porque a honra seria um conceito muito abstrato e que cada grupo social, cada família, cada indivíduo teria sua própria ideia do que é a honra:

Sobre o sentimento da *honra*, diz o provector criminalista, [não fica claro quem é] não nos deteremos em reflexões, porque todos comprehendem que é impossivel achar n'ell a minima uniformidade: cada associação, cada classe social, cada familia, quase cada individuo tem o seu especial *ponto de honra*. E em nome d'elle se têm praticado as melhores e peores

²¹³ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 102.

acções; elle impulsiona tanto o punhal do conspirador como o sabre do soldado.

Nas baixas camadas sociaes, nos mais torpes agrupamentos, nas associações de malfeitores, nas colonias de condemnados, ahi mesmo existe o ponto de honra, conduzindo ás vinganças mais atrozes e aos crimes mais execraveis.²¹⁴

Este autor ainda desconfia do argumento da defesa da honra, porque, em situações semelhantes, enquanto algumas mulheres decidem matar seu filho, outras escolhem, ao ouvir seu instinto de mãe, assumir a desonra e criar seu filho apesar de todas as dificuldades:

O bom senso pondera que existem ahi mulheres que no grande naufragio da sua honra preferem stoicamente surgir á tona dos escrúpulos mentirosos da sociedade com o seu filhinho nos braços, a ter de o afogar no rego da rua.

Esta consideração faz desconfiar da mulher que, sob pretexto de conservar as cinzas da sua honra sacrificada na pyra dos amores illicitos, mata o seu proprio filho, justamente na occasião em que as outras mães sentem as vibrações do amor materno sacudirem-nas até ás raizes mysteriosas do seu ser.

Tudo isto leva a pensar que na hypothese do dispositivo de lei a que nos estamos referindo é preciso ter muito em vista a criminosa, estudando as suas origens, os seus habitos, as suas predisposições psychologicas, e toda a rede das suas hereditariedades.²¹⁵

Para solucionar esta questão, visto que a defesa da honra era legitimamente aceita no Código de 1890, Phaelante da Camara propõe uma saída: era preciso analisar detidamente a criminosa, investigar sua vida pregressa, sua índole, até sua família, verificar se ainda possuía honra que pudesse ser defendida.

²¹⁴ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 106-107.

²¹⁵ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 109.

Como pudemos perceber neste capítulo, a honra foi um tema muito debatido entre os juristas no que diz respeito aos crimes de aborto e infanticídio. Praticamente todos os juristas cujas obras foram analisadas neste trabalho fizeram referência à honra em algum momento; alguns deles dedicaram discussões mais densas sobre o tema. Por que o tema da honra era tão importante para esses juristas, a ponto de podermos considerá-lo um dos paradigmas que norteiam as discussões sobre aborto e infanticídio? Uma primeira resposta, mais evidente, é a de que a ocultação da desonra estava prevista no Código Penal de 1890 e, como as fontes aqui escolhidas são comentários a este Código ou a projetos de revisão dele, este é um tema que a própria legislação suscitava.

No entanto, isso não explica por que o tema da honra foi tão largamente abordado, em várias análises profundas e com várias polêmicas entre os juristas. Em um texto que analisa as mudanças de costumes das mulheres de elite ao longo do século XIX, June Hahner aponta que a honra feminina, especialmente das mulheres de elite, não diz respeito apenas à reputação delas, mas de suas famílias e, principalmente, dos homens a quem estão vinculadas.²¹⁶ A honra das mulheres casadas, ligada a sinais de pureza sexual e recato, também era o certificado de legitimidade dos filhos do marido, que proporcionava segurança em questões de herança e transmissão de patrimônio.²¹⁷

A honra feminina é um tema de cunho moral bastante forte. Ela era ligada, para os juristas brasileiros da passagem do século XIX para o XX e para muitas pessoas que compartilhavam de seu modo de pensar, ao comportamento sexual das mulheres, ou a práticas sociais associadas a comportamentos sexuais; o modo como uma mulher se vestia, os lugares que frequentava, a forma como se portava em público e como se relacionava com os homens, por exemplo, poderiam depor contra sua honra. Era a honra que definia o que era uma mulher decente, digna de ser respeitada. A honra ajudava a definir os papéis sociais destinados a mulheres, de mãe dedicada, esposa fiel e mulher recatada, fazendo parte do controle social e sexual das mulheres e contribuindo para a dinâmica das relações de gênero, em geral, desfavorável às mulheres.

²¹⁶ HAHNER, June E. Honra e distinção das famílias. In: Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. (orgs), 2012. *Op cit.* p. 43-64.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 46.

A defesa da honra prevista no Código Penal de 1890 para os crimes de aborto e infanticídio se baseava em um modelo de honra destinado às mulheres de elite. Para as mulheres mais pobres, a honra não era o único, talvez nem o principal, motivo para cometerem aborto ou infanticídio. Além disso, os modelos de casamento, de legitimidade dos filhos, a importância da virgindade não eram iguais para as mulheres de elite e para as de classe mais pobre, uma vez que as práticas amorosas e conjugais não eram homogêneas para todas as classes. Mesmo assim, o modelo de honra previsto no Código republicano era o mesmo para todas as mulheres, independente da classe social. Em uma situação, como a prevista por vários juristas, como foi discutido neste capítulo, em que uma mulher deveria provar que possuía uma honra para ser ocultada, caso cometesse um aborto ou um infanticídio, as mulheres de elite e as mulheres pobres provavelmente não estariam em pé de igualdade. Ou seja, a honra, para mulheres de classes diferentes, tinha um peso diferente.

4 O PARADIGMA DA VIDA

No paradigma da honra, a personagem que está em questão, que tem mais visibilidade é a mulher, a mãe, especialmente uma parte específica dessa mulher, seu hímen, ou a perda dele. Os sentidos inscritos no corpo feminino e o significado da virgindade são problemas centrais para o paradigma da honra. Já no paradigma da vida, outro personagem ganha destaque, mais até do que a mulher que comete ou sofre o aborto e comete o infanticídio: é o filho, o feto, o recém-nascido.

O paradigma da vida é mais complexo, mais cheio de nuances do que o da honra e entre os comentaristas do Código de 1890 suscitou a presença de mais personagens e de diversos temas. Nesse paradigma, o filho é o centro da discussão porque há uma preocupação com o indivíduo, com a defesa da vida do indivíduo acima da moral. Há, também, uma preocupação com a criança, com a infância como o futuro, como o povo de amanhã. Com a criança em foco, outro personagem resgata sua importância, a mulher, porém não como a detentora de uma honra física que pode ser facilmente ameaçada, mas como a mãe, aquela que cuida, através de seu suposto amor incondicional, dos seus filhos, os filhos da nação. E para aquelas mães despreparadas, sem o conhecimento necessário para criar crianças fortes e saudáveis, a ajuda dos médicos seria imprescindível para guiá-las nos caminhos do cuidado e da educação dos pequenos.

Esse paradigma não nasce com o Código Penal de 1890; já estava presente antes. De certa forma, a preocupação com a vida do indivíduo, a concepção de que a vida do filho, ainda como feto, é independente da vida da mãe já estava presente, por exemplo, na Lei do Ventre Livre, de 1871²¹⁸. A ideia de libertar não a criança assim que nasce, mas o ventre materno, como se o útero fosse um indivíduo jurídico separado da mulher, com direitos diferentes e específicos, fez com que mães e filhos, mesmo que unidos em um só corpo, vivessem condições civis muito distintas. Os filhos, antes mesmo do nascimento, ainda quando eram apenas embriões, eram mais cidadãos e tinham mais direitos do que suas mães, pais e avós tiveram em suas vidas como escravos.

²¹⁸ **Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871.** Lei do Ventre Livre. Disponível em http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/LEGISLACAO/LEI+DO+VENTRE+LIVRE.HTM>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013.

A preocupação com a vida do indivíduo faz parte de um esforço do Estado na gestão da população. A tentativa de controle sobre os corpos das mulheres e dos frutos de seus ventres, traduzida, entre outros aspectos, na criminalização das práticas de aborto e infanticídio, não é apenas uma preocupação moral – embora também o seja – mas é, além disso, um esforço biopolítico. No paradigma da vida, a vida nua²¹⁹, ou seja, os aspectos mais elementares da vida humana, como o nascimento e a morte, também estão sob o controle do poder estatal. Neste sentido, os registros civis obrigatórios, realizados por instituições vinculadas ao Estado, como as certidões de nascimento e de óbito, as campanhas de vacinação obrigatória, as campanhas de natalidade ou de contracepção, das quais a medicina é uma forte aliada, são instrumentos de controle estatal sobre a vida individual e coletiva da nação. E estes instrumentos, ainda atuais, estavam presentes, alguns em seu início, nas primeiras décadas republicanas no Brasil.

A complexidade do paradigma da vida, devido aos personagens e aos vários temas que o envolvem, dificulta uma análise linear. Dessa maneira, para analisar os comentários aos Códigos, este capítulo foi dividido em eixos que representam os personagens envolvidos nas práticas de aborto e infanticídio (segundo os juristas: a mãe, o filho, o pai e o médico) e, esses eixos foram sub-divididos, com base nos temas levantados pelos próprios juristas.

4.1 O FILHO

Na historiografia sobre aborto e infanticídio, em geral, as personagens que têm mais destaque são as mães, seja na visão da polícia, da justiça, da medicina, da imprensa... No entanto, quando falamos de aborto, infanticídio ou abandono de crianças, as mães não são os únicos sujeitos envolvidos. Além dos pais, que nem de longe aparecem entre as figuras principais em relação a essas práticas, seja na historiografia, seja nas fontes, quem seriam os outros sujeitos? Em muitos casos nem chega a ser um indivíduo, talvez possamos chamar de um “semisujeito”: são as crianças abandonadas, assassinadas ou as “quasecrianças” abortadas. Muitas vezes, a criança ainda nem existe, é uma virtualidade biológica e jurídica, mas a presença do feto traz expectativas em relação a esse ser que ainda não é, mas pode vir a ser.

²¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

Adriano Prospero, em sua obra sobre infanticídio na Europa moderna, em uma perspectiva bastante original, se propõe a fazer uma “história do não nascido”, sobre o filho que não viveu, sobre quais eram as expectativas da sociedade em relação àquele ser e que acabaram no momento em que a mãe cravou a faca na garganta do filho. Utilizando o exemplo da personagem central de seu livro, a infanticida Lucia Cremonini, o historiador italiano advoga sobre a interdependência entre mãe e filho em sua análise:

A vida de uma mulher se entremescla com a do filho concebido, parido e morto. A vida e a morte do filho derivam dela e sobre ela repercutem num vínculo indissolúvel, do qual fazem parte a violência cometida e sofrida. A pergunta, portanto, não pode se limitar a um único sujeito, e deve considerar mãe e filho a um só tempo: a mãe gestante e o filho que não viveu, a entidade una e dupla da mãe e do filho.²²⁰

Se no paradigma da honra a personagem de destaque é a mulher, no paradigma da vida o personagem que mais aparece nos comentários aos códigos é o projeto de filho, o feto, a criança recém-nascida. Inspirada na abordagem de Prospero, meu objetivo desta seção é falar desse “semisujeito”, de como era visto pelos juristas analisados, que temas este personagem mobilizava, quais eram as expectativas em relação a ele, que direitos acreditava-se que possuía, que valor tinha para aquela sociedade.

4.1.1 O infanticídio e a problemática definição de “recém-nascido”

Ambos os códigos penais brasileiros, tanto o imperial, de 1830, quanto o republicano, de 1890, definiam o crime de infanticídio como “matar um recém-nascido”; a diferença entre os dois é que, no Código de 1890, definia-se recém-nascido como “infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento”, enquanto no Código imperial não havia qualquer definição do que era um recém-nascido. As duas maneiras de definir infanticídio, porém, foram criticadas pelos comentaristas dos códigos.

²²⁰ PROSPERI, Adriano. **Dar a alma**: história de um infanticídio. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 405.

Em relação ao infanticídio no Código imperial, Thomaz Alves Junior critica a indefinição do termo recém-nascido:

Temos porém uma expressão não definida – *recem-nascido* – *nouveau-né*

Como se entender esta expressão? *o que é recém-nascido?*

Segundo os annaes dos tribunaes francezes, vê-se que mais de uma interpretação se tem dado a este termo, sem que tenha havido um principio geral e absoluto, que possa servir de regra, si não tomando, como tal, o julgado mais commum de se considerar *recem-nascido*, o que nasce vivo dentro de tres dias de seu nascimento.

As nossas estatisticas criminaes pouco ou quasi nada fallam deste crime, não porque elle não seja muito commum, mas porque falta á legislação os meios de o verificar, desde que não tomou o registro civil do nascimento, e nem os meios de interpretação pelos julgados, de maneira que não podemos dizer onde acaba o infanticídio, e onde começa o homicídio.

A nossa lei seguindo a franceza adoptou o seu erro, não definindo o que era recém-nascido.²²¹

O problema da indefinição do termo recém-nascido, para esse jurista, era a falta de parâmetro de tempo para este crime, ou seja, do estabelecimento de um limite entre o infanticídio e o homicídio. Essa fronteira era importante de ser traçada, porque a pena dos acusados poderia ser maior ou menor, se o juiz julgasse o crime como um homicídio ou como um infanticídio. Citando outro comentador (que não fica claro quem é), o comentário de Thomaz Alves Junior também aborda essa questão:

‘Tudo o que é invariavel e em materia penal deve ser determinado, e nada mais invariavel do que a palavra - *recem-nascido*. Em todos os lugares, e em todos os tempos, um menor de um dia é um menor de um dia: compete porém dizer a lei si um menor é ou não *recem-nascido*, ou si não é mais,

²²¹ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 261.

isto é, fixar o momento em que deixa de sê-lo. Uma tal decisão da qual depende a vida dos acusados merece que seja pensada.²²²

Já em relação ao Código republicano, é a definição de recém-nascido como “infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento” que é criticada. Para a maioria dos autores, essa definição é arbitrária, sendo de difícil comprovação e sem nenhuma correspondência com as definições médico-legais do infanticídio. Amancio de Carvalho, a partir de uma perspectiva médico-legal, acha absurda uma definição de recém-nascido tão fechada: “A mulher que mata o filho dentro da ultima hora daquelle prazo [sete dias], está incurso nas penas do infanticidio; a que o faz uma hora depois, nas do homicidio! Que iniquidade! Em que alterou-se em intervallo tão curto, o effeito ligado á mesma causa?”²²³.

Phaelante da Camara acreditava que, na tentativa de resolver de maneira simples o problema da indefinição de recém-nascido do Código anterior, o legislador de 1890 criou uma nova confusão:

O nosso legislador, com uma ligeira pincelada, apagou todas as duvidas, confundindo simultaneamente os medicos legistas o os simples jurisperitos.

Para o douto advogado, recém-nascido, em que pese á doutrina e á legislação, é pura e simplesmente o *infante nos sete primeiros dias de nascimento*.

Eis ahi em que deu tanto ruido e tanto gasto de palavras em derredor da questão.²²⁴

Para este autor, a definição de recém-nascido do Código de 1890 deixava um vácuo no qual se encontrava a criança ainda não nascida, a criança durante o parto. Quem matasse uma criança neste período não poderia ser acusada, na visão de Camara, nem pelo crime de aborto, nem pelo de infanticídio:

²²² ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 262.

²²³ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 153.

²²⁴ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 94.

Em primeiro lugar, nem ao menos imaginou que, com aquella segurança de conceito, deixava nos limbos do esquecimento eterno da lei a creança, desde a hora em que se desprende da placenta, pela força mysteriosa da natureza, até o instante em que lhe cortam o cordão umbilical e começa a viver por conta propria.

Até então não pode ser considerado recém-nascido, e a este respeito não ha duas opiniões.

Temos, portanto, que o Código deixou litteralmente ao desabrigo da lei a creança que na occasião de nascer tiver sido asphixiada, por exemplo, pela parteira, ou mesmo pela puerpera, abrindo assim de *motu proprio* uma grande solução de continuidade entre o caso do aborto, contemplado no art. 300, e o infanticidio segundo o seu modo de ver.²²⁵

Baseado em suas conclusões sobre o texto do Código de 1890, no artigo referente ao infanticídio, Camara define assim o período em que a criança pode ser chamada de recém-nascida e, portanto, vítima do crime de infanticídio:

Ora, o juizo do nosso codigo, é recém-nascido o *infante nos sete primeiros dias de nascimento*, ou, em outros termos, desde a occasião em que lhe passam a faixa circular para conter a ruptura do umbigo, até que o relógio collocado a cabeceira da puerpera tenha marcado sete vezes vinte e quatro horas.²²⁶

Outros juristas também se preocupam com esta questão, mas não de forma tão drástica quando Phaelante da Camara. Em geral, os comentadores procuram encaixar a morte de uma criança nestas circunstâncias ou no crime do aborto ou do infanticídio. Para isso, ora definem que a criança passa a ser recém-nascida apenas quando passa a respirar por conta própria, sendo, antes disso, um feto, ora definem que

²²⁵ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 95.

²²⁶ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 96.

a criança deixa de ser feto e se torna recém-nascida a partir do momento em que qualquer parte do seu corpo se encontra fora do ventre da mãe.

Houve a tentativa de modificar o conceito de recém-nascido no Código de 1890, em uma emenda proposta para o projeto de código de 1899. A proposta da redação do artigo sobre infanticídio era a seguinte: “Matar recém-nascido, isto é, *menino* que não recebeu os primeiros cuidados, necessários á sua existencia”²²⁷. A escolha da palavra “menino”, com o gênero definido, no lugar de “infante”, palavra que não define o gênero da criança em questão, é no mínimo curiosa. É interessante, também, como a definição de recém-nascido deixa de ser tão exata – sete dias – e passa a definir um fenômeno que não tem um tempo definido, mas certamente ocorre em período muito inferior ao de sete dias – os “primeiros cuidados” de que se fala compreendem a limpeza da criança, a vestimenta de agasalhos apropriados, a alimentação, que são atos realizados nos primeiros momentos de vida da criança. Mas a proposta de emenda não teve aceitação:

A’ Comissão parece – que este additivo não tem defesa procedente, e por isto opina que não seja elle approvedo.

A simples circumstancia da idade da victima não pôde ser invocada como razão justificativa de uma nova figura de crime.

O que a lei principalmente pune – é a privação da vida, mas a vida é o mesmo bem precioso e o mesmo deposito sagrado, quer se trate de uma criança ha poucos momentos nascida, quer se trate de um adulto avançado já nos annos.

Entretanto, quando o crime é praticado por mulher, com o fim de occultar sua deshonna, é força convir – que o legislador precisa attender a este motivo, capaz por si só de attenuar a culpa de qualquer delinquente.²²⁸

²²⁷ MILTON, A.; BRITO, Theotonio de; PARANHOS MONTENEGRO; VAZ DE MELLO; SEABRA; BERNARDES DIAS; TRINDADE. N. 43-1899. Parecer sobre as emendas apresentadas na 3ª discussão do projecto n. 176 de 1899 (Codigo Penal da Republica). In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 70.

²²⁸ MILTON, A.; BRITO, Theotonio de; PARANHOS MONTENEGRO; VAZ DE MELLO; SEABRA; BERNARDES DIAS; TRINDADE. N. 43-1899. Parecer sobre as emendas apresentadas na 3ª discussão do projecto n. 176 de

A comissão que avaliou as propostas de emenda considerou que nenhuma definição temporal, por menor que fosse, deveria ser utilizada para criar uma nova figura de crime que considerasse a morte de uma pessoa. O único motivo para tornar o infanticídio um crime diferenciado, seria quando praticado pela mulher para ocultar a própria desonra.

Isso nos leva a outra questão levantada por diversos comentaristas. Muitos deles consideravam que o crime do infanticídio não deveria ser considerado como um crime diferenciado do homicídio, muito menos com penas mais brandas. Essa questão já aparece no comentário de Thomaz Alves Junior ao Código imperial. Após citar alguns códigos europeus que consideram o infanticídio como uma modalidade de homicídio, e não como um crime à parte, Alves Junior afirma: “Até aqui temos uma doutrina muito simples; trata-se de um homicídio, dando-se a diferença não na qualidade do autor, e sim na da vítima – *recem-nascido*, o que faz o crime denominar-se – infanticídio.”²²⁹.

Para Oscar de Macedo Soares, o infanticídio é ainda pior do que o homicídio, pois é cometido contra pessoa indefesa e inocente e, dessa maneira, deveria ser punido mais duramente do que o homicídio:

Effectivamente, diz elle [dr. Joaquim Portella], o facto de ser um recém-nascido, sempre innocente e incapaz da menor resistencia a victima de um assassinato, deveria influir poderosamente no espirito do legislador para aggravar a pena do infanticida. Ao passo que o recém-nascido nunca pode resistir, rariissimas vezes o individuo de maior idade pode deixar de o fazer; em quanto ha sempre certeza da innocencia do recém-nascido, ella nem sempre existe na victima de maior idade.²³⁰

1899 (Codigo Penal da Republica). In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 70.

²²⁹ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 258.

²³⁰ SOARES, Oscar de Macedo. **Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [1910]. p. 613.

Em seu projeto de código penal de 1913, Galdino Siqueira insere o infanticídio no mesmo artigo sobre homicídio, como uma modalidade deste:

Parte Especial
LIVRO II
Dos crimes contra os bens do individuo
TITULO I
Dos crimes contra o corpo e a vida
CAPITULO I
DO HOMICIDIO

Art. 68. – Matar alguém:

§ 1º - Si o crime fôr commettido com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no art. 20, ns. 4, 5, 6, 10, 15 e 17, e art. 21, n. 2, ou para realizar outro crime ou procurar a impunidade propria ou de outrem:

Pena – reclusão por 12 a 30 annos.

§ 2º - Si o crime não tiver sido revestido das referidas circumstancias:

Pena – reclusão por 6 a 24 annos.

§ 3º - Si o crime tiver sido commettido contra recém-nascido, isto é, criança no momento de seu nascimento ou logo depois, e pela propria mãe, para occultar a deshonra:

Pena – detenção por 2 a 8 annos.²³¹

Para Galdino Siqueira, o infanticídio é definido como um crime cometido pela mãe, no momento do parto ou logo depois. Ele justifica da seguinte maneira essa definição:

Adoptando-se a fórmula simples e concisa do nosso antigo código para conceituar o homicídio, considerou-se como uma das modalidades dessa figura delictuosa, o infanticídio, desde que fosse praticado pela mãe *honoris causa*, unico motivo que póde influir como minorante da pena. Não se comprehende, por isso, porque os nossos códigos fizeram do infanticídio um crime *sui generis*,

²³¹ SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. p. 157.

punindo com penas mais brandas do que o homicídio qualificado.

Si o unico motivo que póde influir na pena é a necessidade de occultar a deshonra, é evidente que a occisão do infante só terá tal effeito enquanto puder ser occulto o seu nascimento, o que em regra tem logar logo depois do parto. Dahi porque se conceitúa o infanticidio: a *morte do recém-nascido na occasião do parto ou pouco depois* (cod. da Toscana, art. 316); *durante o parto ou no estado da excitação que acompanha o parto* (cod. de Zurich, § 131); *durante o parto ou immediatamente depois do parto* (cod. allemão, art. 217), etc.²³²

A questão da diferenciação do crime de infanticídio em relação ao homicídio durou até perto da publicação do Código Penal que substituiu o republicano. Em 1936, comentando o Projeto da Subcomissão Legislativa, Rodrigues Doria aborda novamente esse tema:

O projecto da Commissão legislativa reproduz sem alteração o disposto no Projecto S. P. [Sá Pereira], formando do infanticidio uma figura a parte e não como muitos querem que seja uma modalidade do homicidio. O Infanticidio é um crime especial, a parte, e basta examinar as suas causas. Foi um dos mais antigos crimes que macularam a Terra, diz Quintiliano. Entre certos povos selvagens, escreve Ziino, é o resultado de um costume que tem força de lei, como nos Moxos, e a carne é aproveitada como alimento. Certos povos barbaros e selvagens praticam o infanticidio para limitar a população pela carencia dos meios de subsistencia. Em Sparta era licito o infanticidio na eliminação dos fracos e imperfeitos. Os Hebreus puniam este crime com a morte. Conta Deodoro Siculo que os Egypcios condemnavam os paes infanticidas a ficarem tres dias abraçados ao cadaver de sua victima. A lei dos diversos paizes, tirante a Ingleza, mitigam as penas do infanticidio, e escreve Lopes Vieira:

²³² SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Codigo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. p. 97.

“Quanto á razão s penas do infantincção, entre o crime de infanticidio e o de homicidio, lembraria que ella se funda em que a morte dada a uma recém-nascido, logo após o parto ou poucos dias depois, constitúe crime naturalmente distincto do homicidio, não só pelas condições em que se encontra a mulher e mãe que o commette, ou de delirio, ou de envergonhada, ou receiosa; mas ainda pelo menor damno social que representa a perda de um ser, em que são ainda mui precarias as condições de resistencia e que, entretante, não representa senão um encargo”.

O abrandamento da lei penal em relação á mãe infanticida é justificado. A casos mais frequentes de infanticidio são executados por moças seduzidas, que não puderam se ver livre do producto da concepção durante os primeiros tempos de seu curso, e conseguiram até o fim occultar a gravidez.²³³

Para Rodrigues Doria o infanticídio é um crime especial, diferente do homicídio, especialmente se cometido pela mãe. Para este médico, as circunstâncias nas quais esse crime normalmente era cometido, marcadas pelo medo da desonra ou pelos delírios puerperais, eram justificativa suficiente para as penas serem mais brandas para a mãe que assassina seu filho recém-nascido. É interessante, ainda, como o autor apresenta uma postura de quase compaixão com as moças seduzidas que tentam “se ver livre do producto da concepção durante os primeiros tempos de seu curso” – um eufemismo para o aborto – mas que, por não conseguirem, acabam cometendo infanticídio. É como se, nesses casos, o aborto e o infanticídio fossem compreensíveis e justificáveis.

Apesar da tentativa de diversos juristas em considerarem o infanticídio como uma modalidade de homicídio, e não como um crime especial, há sempre uma forma de diferenciação. Seja por motivo de honra, seja como o assassinato de um ser inocente, a morte de uma criança recém-nascida nunca era vista, por estes juristas, da mesma forma que a morte de um adulto. A criança era um ser diferente, frágil,

²³³ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 45-46.

inocente e sua morte deveria ser vista, e punida, de maneira diferenciada.

Quando o corpo de uma criança vítima de infanticídio era descoberto e sua mãe era encontrada e interrogada pela polícia, era comum que essas mulheres alegassem que a criança nascera morta e, por isso, haviam abandonado os pequenos corpinhos em rios, matas, latrinas, entre outros lugares.²³⁴ Dessa maneira, era importante para a polícia saber se a criança realmente nascera morta, como as mães diziam, ou se haviam nascido vivas e sido mortas por suas mães (ou outras pessoas).

Essa questão também é abordada pelos comentaristas do Código de 1890. Amancio de Carvalho, em seu texto que aborda a questão médico-legal do infanticídio, afirma que para se provar se uma criança viveu, ou seja, se houve infanticídio, é preciso saber, apenas, se ela em algum momento respirou:

Viver é respirar; não ter respirado é não ter vivido (Casper).

Eis a doutrina fundamental do infanticídio.

Ao passo que no aborto criminoso, que, segundo Tardieu, é – a expulsão prematura e violentamente provocada do producto da concepção, independentemente de toda circunstancia de idade e de conformação – não se exige a presença do corpo de delicto, como prova desta figura juridica, cujo titulo, digamos logo, deve ser substituido pelo de feticidio, como opina a sciencia moderna do direito penal; no infanticidio, esse corpo de delicto torna-se obrigatório, porquanto é ao cadaver do – recém-nascido – que a pericia medica vae pedir as provas da

²³⁴ Algumas obras que trazem exemplos de processos-crimes nos quais as mulheres interrogadas utilizam essa versão, são: ROHDEN, Fabíola. **A arte de enganar a natureza**: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003. PEDRO, Joana Maria (org.) **Práticas proibidas**: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. Lucia Cremonini, a personagem cuja história inicia o livro de Adriano Prosperi também utilizou o mesmo argumento. PROSPERI, Adriano, 2010. *Op cit.* De forma semelhante, Florencia Baptista, cuja história foi contada no início do primeiro capítulo desta dissertação, alega que seu filho nasceu morto.

respiração, condição essencial deste crime, cuja existencia se tem de provar.²³⁵

Uma década depois, em seu comentário ao Código de 1890, Antonio Bento de Faria relativiza esse argumento, provavelmente por ter tido acesso a informações que Amancio de Carvalho não teve, afirmando que o infanticídio é possível inclusive em crianças que não respiraram:

Em regra, respirar é viver, e assim o primeiro cuidado dos peritos è verificar pela *docimasia hydrostatica pulmonar*²³⁶ se a criança respirou.

Mas se a vida completa è impossivel sem a respiração, escreve **Soriano**, não se pode d'ahi concluir que se não possa viver por algum tempo sem respirar, e assim sendo, como ensinam a observação e a experiencia, è fora de duvida que o crime de infanticidio pode ser, e effectivamente tem sido perpetrado em crianças que não respiraram, mas que não obstante estavam vivas. (...)

Assim sendo, a *ausencia completa* da respiração não exclue a possibilidade de infanticidio.²³⁷

Na segunda edição de suas *Anotações theorico-praticas*, de quase uma década posterior à primeira, Antonio Bento de Faria complementa ainda mais as informações:

Não é necessario que a creança tenha respirado, como pensa **Casper**, para assegurar-se que ella

²³⁵ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 157.

²³⁶ Docimásia hidrostática é um exame feito *post-mortem* para verificar se a criança respirou antes de morrer, ou seja, se nasceu com vida ou não. O exame consiste em inserir os órgãos do sistema respiratório em um recipiente com água: se os órgãos flutuarem ou soltarem bolhas de ar, significa que a criança respirou e, portanto, nasceu com vida. Para mais informações, ver: **Infanticídio**: aspectos médico-legais e jurídicos. Disponível em: <http://pjbrunomartins.vilabol.uol.com.br/material_de_estudo/infanticidio.htm>. Acesso em 27 de março de 2012.

²³⁷ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papellaria União, 1904. p. 452.

viveu. Se é exacto que por um certo espaço de tempo, é impossivel a vida da creança sem respiração, não é menos certo que ella pode viver sem respirar durante alguns minutos, dentro dos quaes pode ter logar o crime. Um simples movimento basta para attestar que a creança viveu. [...] ‘A creança quando está nascendo, dizem **Chauveau-Hélie**, deve ser considerada como já nascida; na verdade ainda não respirou, não vive por si só, mas sahio do seio materno, não é mais feto, viu o dia. Seria absurdo sustentar que não tinha nascido, porque deixou de viver antes de completar o seu nascimento, sua morte é a prova de sua existencia, era necessario que tivesse nascido para que a vida lhe pudesse ser arrebatada.’²³⁸

É interessante, nesta citação, a tentativa de diferenciar o feto do recém-nascido, ou seja, o aborto do infanticídio. Essa diferenciação é importante não apenas porque são dois crimes diferentes de acordo com os códigos, mas porque são práticas vistas cada uma à sua maneira pelos juristas da passagem do Império para a República.

4.1.2 Direitos

A partir de meados do século XIX, com mais intensidade no final daquele período, há uma mudança de sensibilidade em relação à morte infantil, percebida, especialmente, nos ritos funerários realizados nestas ocasiões. De uma ocasião festiva, alegre e pomposa, em que os corpinhos das crianças, ricamente ornamentados, visitavam as casas dos familiares e amigos dos pais do pequeno defunto, os enterros de crianças se tornaram cada vez mais sofridos, melancólicos, recolhidos ao lar. A morte de uma criança, realidade sempre presente e constante até aquele momento, passou a ser sentida com maior pesar.²³⁹ A vida das crianças passa a ter valor maior, fenômeno impulsionado pelos avanços da medicina, que contribuíram para diminuição dos índices de mortalidade

²³⁸ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Volume II (Parte Especial). 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Bello Horizonte: Francisco Alvez & Cia, 1913. p. 403-404.

²³⁹ VAILATI, Luiz Lima. **A morte menina**: infância e morte infantil no Brasil dos oitocentos (Rio de Janeiro e São Paulo). São Paulo: Alameda, 2010.

infantil, principalmente as especialidades médicas da puericultura e da pediatria.²⁴⁰ As mães, devidamente orientadas pelos médicos para cuidarem de seus pequenos de maneira higienizada, também deveriam ter importante papel na manutenção da vida das crianças.²⁴¹

O tema dos direitos do feto e do recém-nascido, especialmente o direito à vida, é, depois da honra, o tema que mais aparece nos comentários aos códigos em relação aos personagens envolvidos nos crimes de aborto e infanticídio – a mãe, o filho e o pai. No período analisado, a partir dos comentários ao Código, parece que o problema do aborto e do infanticídio era muito mais relacionado a condutas sexuais condenadas, como o sexo fora do casamento, do que com o atentado à vida do feto ou do recém-nascido. Isso explica, também, a dimensão que o tema da honra ocupa nesses comentários. No entanto, o tema do direito à vida também aparece e vai ganhando mais espaço à medida que o tema da honra recua e com a maior valorização da vida da criança e da maternidade.

O Código Civil de 1916 também teve importante papel na consolidação dos direitos dos recém-nascidos e dos ainda não nascidos, ao afirmar, em seu artigo 4º da Parte Geral, que a lei assegura os direitos civis de uma pessoa desde sua concepção, mesmo que só passe a exercê-los após o nascimento²⁴². Em termos de herança, por exemplo, o feto já teria direito de recebê-la, mesmo que apenas após seu nascimento. Nesse sentido, um aborto ou um infanticídio, além de serem considerados crimes contra a vida do feto ou do recém-nascido, poderiam ser considerados como violação do direito de herança e propriedade desses indivíduos. Percebemos, dessa maneira, que há no Código Civil de 1916 uma preocupação em definir quem são as pessoas que têm direitos, quais são esses direitos e desde quando são assegurados, transformando o feto em um indivíduo de direitos, em um cidadão.

²⁴⁰ MARTINS, Ana Paula Vosne. “Vamos criar seu filho’: os médicos puericultores e a pedagogia materna no século XX.” **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.15, n.1, jan.-mar. 2008. p.135-154.

²⁴¹ FREIRE, Maria Martha de Luna. “‘Ser mãe é uma ciência’: mulheres, médicos e a construção da maternidade científica na década de 1920.” **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.15, supl., jun. 2008. p.153-171.

²⁴² **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

O tema do direito à vida já estava presente desde o período de vigência do Código imperial. Falando sobre aborto, Thomaz Alves Junior faz uma ponte com o direito canônico sobre o tema do feto animado ou inanimado:

O direito canonico faz distincção: si o feto está formado e dotado de vida, ou si não constitue senão uma materia inerte e inanimada: - no primeiro caso considera homicidio, no segundo delicto sujeito a pena pecuniaria.

Esta distincção do direito canonico foi desprezada pelas legislações modernas, por causa de seria e interminavel controversia – sobre quando o feto era inanimado – e quando se tornava animado: profundo problema cuja solução jaz no seio do Creador!

Quem sabe como, e quando o embrião recebe este sopro divino, que ao mundo o distingue de todo o resto da animalidade?

Por que não se considerar antes elle na sua vida uterina já no gozo dos direitos de personnalidade, contra os quaes o maior ataque é sem duvida a morte.

Vida uterina ou extra-uterina é vida, que importa sempre o mesmo direito, e para a sua consagração não depende de maneira alguma desta distincção casuistica, e sem base do direito canonico.²⁴³

Adriano Prospero, em obra já citada, reconstrói a discussão teológica católica medieval e moderna sobre o momento em que alma entra no corpo da criança, ou seja, quando deixa de ser inanimada e se torna animada (*anima*, em latim, significa “a alma”). Diversas eram as opiniões sobre o momento em que o corpo recebe a essência divina: se é no batismo, após 40 dias para os meninos e 80 dias para as meninas, se é até três dias após a concepção ou no próprio momento da concepção... Definir esta questão era importante não só para os intelectuais, mas para todos – e todas. Afinal de contas, a partir do momento em que se define que a alma está presente desde o momento da concepção, cometer um

²⁴³ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 273-274.

aborto, em qualquer período da gravidez, se torna o assassinato de um ser com alma, portanto um crime capital, passível da punição capital.²⁴⁴

Já para Thomaz Alves Junior, no Brasil do final do século XIX, essa questão não era importante. Essa polêmica, cara ao direito canônico, já estaria ultrapassada, assim como esta própria divisão do direito. Para este jurista, a vida intrauterina já deveria ser objeto de proteção, o feto já teria direitos e o aborto seria um atentado contra a vida, semelhante ao homicídio.

Nos projetos e comentários de João Vieira de Araújo, assim como nas críticas que recebeu, o tema do direito à vida também aparece. O projeto de 1893 foi o projeto de Araujo mais comentado por outros juristas, pois foi avaliado por diversas comissões: foram convidados a darem seus pareceres “os Tribunaes de Justiça e as Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, tendo a primeira destas e os Tribunaes de Goyaz, Pará, Rio Grande do Norte, a Côrte de Appelação do Districto Federal e o Instituto da Ordem dos Advogados, correspondido ao convite, emittindo pareceres circumstanciados a respeito.”²⁴⁵

O parecer mais duro foi o da Faculdade de Direito de São Paulo. Algumas das críticas dessa comissão parecem exageradas e, até, implicantes, ou injustas e apaixonadas, como afirmou Galdino Siqueira, em defesa do projeto de Araujo.²⁴⁶ É o caso da crítica à imprecisão da definição do crime de aborto:

Art. 326. ‘Fazer abortar, consentindo a mulher.’
Que mulher? Bem sabemos que o Projecto se refere áquella de cujo utero se procura fazer sair prematuramente o fêto; mas porque não o disse? Porque não seguiu o nosso Codigo de 1830, art 199: com consentimento da mulher pejada – mesmo o italiano, art. 382: ad una donna, col

²⁴⁴ PROSPERI, Adriano, 2010. *Op cit.*

²⁴⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, [1932]. p. 13. Não consegui, em minha pesquisa, recuperar todos esses pareceres, apenas os do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Goyaz, da Faculdade de Direito de São Paulo, do Tribunal Superior do Pará e do Instituto dos Advogados do Brasil. Os pareceres que abordaram os temas do aborto e do infanticídio serão analisados na sequência.

²⁴⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Codigo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913.

consenso di lei – o portuguez, art. 358: Fazer abortar uma mulher pejada – o zurighense, § 134: A mulher grávida – o francez, art. 317: une femme enceinte – o allemão, § 220: quem faz abortar uma mulher grávida, consentindo ella – o hungaro, art. 285: a mulher pejada – o chileno, art. 344: La mujer que causare su aborto o consintiere que outra persona se ló cause – o argentino, art. 216: La mujer embarazada... etc., etc.? Obvias são as razões desta exigencia.²⁴⁷

Ainda criticando a forma como Araujo elaborou o artigo sobre aborto, a comissão avaliadora diz:

No capitulo *Do Aborto*, não nos parece melhor a doutrina do *Projecto*, não considerando crime o aborto procurado pela propria mulher pejada. Nem nos convence a razão dada na *Exposição de motivos* (pag. 21, 1ª col.): não haver prejuizo de terceiro. Si esta razão procedesse, não se deveria tambem punir o aborto provocado por terceiro com consentimento della.

O mesmo Balestrini [*Aborto, infanticidio ed esposizione d'infante*, pag. 154], com quem o *Projecto* se apadrinha, não só não sustenta em absoluto a these que este lhe attribue, como é illogico em suas conclusões. Por exemplo: com fundamento na lei de Modestino (fr. 4º de *extraord. criminib.*, XLVII, 11): *indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse*, e assegurando não ser necessario resuscitar theorias para sempre mortas, como a que, sobre Bynckersoed, via no utero da mulher uma propriedade do marido, e assim tambem nos fructos que delle proviessem, quaes accessorios, que pertencem ao dono do principal, diz Balestrini não precisar de muitas palavras para demonstrar o fundamento da punibilidade do aborto procurado

²⁴⁷ MORAES, Leite; SANTOS, Brasilio dos; MONTEIRO, João. Camara dos Deputados. *Projecto N. 250-1893*. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 42.

pela mulher pejada sem o consentimento e contra a proibição do marido, *já que tal facto é uma violação do pacto marital, que tem por fim precipuo a procreação da prole.*

Pois bem: si o aborto provocado pela propria mulher em cujo utero está vivendo o feto só deve ser punido si, como ainda diz Balestrini, nelle se incluye a lesão irreparavel de um direito, nunca tal facto ficará impune porque ha sempre nelle a lesão do primeiro de todos os direitos – o direito á vida. Quando Ulpiano, no fr. 1º do Dig., *de inspiciendo ventre*, disse que *partus antquam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*, tinha em vista relação de direito muito differente. O feto tem direitos autonomos; no fr. 26, *de statu hominum*, disse Juliano: *qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse*. E pois, si a lei civil, como nas Ords. L. 3º tit. 18 § 7 e liv. 4º tit. 82 § 5º, glosando o mote romano – *nasciturus pro Jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur* – reconhece como nascidas as pessoas apenas formadas no ventre materno, o que é, senão violentar as mais inequívocas noções do direito, desconhecer naquelle facto todos os elementos de um crime?

Reduzamos, pois, ás suas justas proporções quanto Balestrini allega no cap. VII de sua obra, com o intuito de demonstrar, que as ficções do direito civil sobre a capacidade juridica dos simplesmente concebidos, não devemos transportar para o direito penal, como si o direito á vida mesmo intra uterina fosse apenas uma ficção, e reconhecendo que mal andára o nosso codigo de 1830 não punindo o facto de que nos occupamos, façamos votos para que o *Projecto* não vingue nesta parte.²⁴⁸

²⁴⁸ MORAES, Leite; SANTOS, Brasílio dos; MONTEIRO, João. Camara dos Deputados. Projecto N. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 89-91.

Diferente de João Vieira, a comissão atribui um papel importante ao marido da mulher que decide abortar, considerando o aborto de uma mulher casada, sem o consentimento do marido, como uma violação do pacto marital, que inclui em seu bojo questões sobre o direito de sucessão. Além disso, a comissão invoca o argumento do direito à vida do feto para criticar o projeto de João Vieira. A impressão que se tem ao ler o artigo referente a aborto do projeto de código de Araujo, é que sua preocupação não é com a vida do feto, mas com a periclitación da vida da mulher grávida, de maneira semelhante ao que era observado no Código imperial.

Em relação ao artigo sobre infanticídio, a comissão disse:

Art. 313. Trata o *Projecto* do infanticidio; mas si o louvamos por não ter feito deste delicto uma figura á parte, não o podemos acompanhar na noção que delle dá.

Não vemos motivo para crear um titulo especial do *infanticidio*, puro membro da familia dos homicidios. Não tinham razão os antigos criminalistas quando, para destacal-o, davam como motivo o ódio particular que tal crime inspira: razão falsa, desde que todos os codigos punem o infanticidio com pena menor, e isso justamente porque menor é a sua quantidade politica. Tambem não procedia a escola dos successores daquelles criminalistas: o infante, por ser incapaz de defender-se, deve ser mais energicamente protegido pela lei penal. Razão tambem falsa, porque, como inquire Carrara, si é essa a razão, como se explica que não seja tambem infanticidio a morte da criança com dous mezes?

Na *causa occidendi* é que devemos achar a especialidade do delicto, causa que tem como unico effeito diminuir a quantidade da pena pela degradação politica do elemento psychologico. Essa causa é a necessidade de occultar a deshonra. Ora, sem tempo absolutamente bastante para desenvolver as nossas proposições ou conceitos, diremos cathegoricamente que, segundo nossa opinião, tal degradação achamol-a unicamente nos casos em que é a propria mãe da victima a auctora do infanticidio, que, portanto, só póde recair sobre filho illegitimo.

Como corollario logico, decorre o segundo elemento do infanticidio: que a morte seja dada enquanto é possível occultar o nascimento da criança.

*Infanticidio, pois, é a morte de um recém-nascido, illegitimo, commettida pela propria mãe para occultar a sua deshonor. [...] Fôra destes elementos, não ha razão para diminuir a pena do homicidio.*²⁴⁹

Embora elogie o projeto por não ter classificado o infanticídio como um crime diferenciado, como fazia o Código de 1890, a comissão ainda avaliou que a definição era ampla demais. Novamente, a questão da extensão do privilégio da defesa da honra é criticada e o tema do filho ilegítimo, a exemplo de outros comentaristas citados anteriormente, é levantado como uma ausência no projeto.

João Vieira de Araujo, em um comentário ao Código de 1890 de alguns anos depois do projeto citado, refuta os argumentos da comissão em relação ao infanticídio:

A censura sobre o infanticidio restringe a attenuante sómente á mãe infanticidia em relação ao filho illegitimo de facto.

Póde ser illegitimo de *facto* e não de *direito*, por exemplo, o da mulher que concebe na ausencia do marido, até que este faça pelos meios legaes ceder á verdade a presumpção *filius est, quem justæ nuptiæ demonstrant*.

Na mesmissima Revista de sua faculdade que publica o celebre parecer verá o illustre censor a differença de conceitos do infanticidio entre o momento do nascimento da victima e a morte.²⁵⁰

Ahi mesmo verá igualmente citado Balestrini, que opina dever aproveitar tambem aos parentes mais proximos (a attenuação), porquanto da nodoa

²⁴⁹ MORAES, Leite; SANTOS, Brasílio dos; MONTEIRO, João. Camara dos Deputados. Projecto N. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 86-87.

²⁵⁰ Trata-se do seguinte texto, já citado neste capítulo: CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II.

daquella (da mãe) partilham estes. (...) Trata-se de uma questão aberta no direito e na medicina legal.²⁵¹

Em relação ao tema da ilegitimidade, Araujo faz uma consideração que não apareceu nos textos dos outros comentaristas: um filho ilegítimo poderia ser considerado legítimo de direito, se não fosse recusado pelo pai, complexificando ainda mais o tema da honra. Apesar de parecer simples nas palavras de Araujo, a questão da filiação legítima e ilegítima é mais complexa do que a não-recusa pelo pai. No Código Civil²⁵², aprovado pouco mais de uma década após essa obra de João Vieira, a questão da legitimidade aparece com várias nuances. Segundo essa legislação, a legitimação de filhos ilegítimos é possível através do casamento entre os pais, durante a gestação ou após o nascimento da criança, sendo os filhos legitimados equiparados em tudo aos legítimos. Até mesmo a legitimação de filhos já falecidos, da qual aproveitariam seus descendentes, está prevista na lei. No entanto, filhos frutos de relações incestuosas ou adulterinas não podem ser reconhecidos, sendo vedados a eles, portanto, direitos como os de herança. Percebe-se, dessa maneira, que a questão da filiação é revestida de valores morais e dialoga com um modelo específico de família, uma vez que a filiação legítima, e todos os direitos atrelados a esse *status*, só é possível se vinculada à instituição do casamento civil e os filhos gerados em relações que fugiam a esse modelo não poderiam ter acesso a esses direitos, mesmo que fossem reconhecidos socialmente por seus pais.

Além de seus projetos de revisão do Código, João Vieira também publicou comentários ao Código, nos quais discorre mais detidamente sobre suas opiniões acerca dos crimes de aborto e infanticídio.

Em seu comentário de 1901, quando fala sobre infanticídio, o autor não coloca a divisão “Capítulo II, Do infanticídio”, como está no Código. Omitindo esta informação, Araujo dá a impressão de que, no

²⁵¹ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudência e com referências aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 5.

²⁵² A questão da legitimidade da filiação encontra-se no Livro I da Parte Especial (Do direito de família), Título IV (Da dissolução da sociedade conjugal e da protecção da pessoa dos filhos), capítulos II, III e IV (Da filiação legítima, Da legitimação, Do reconhecimento dos filhos ilegítimos). **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

Código, o infanticídio estaria previsto no capítulo “Do homicídio”, o que não é verdade. Ele mesmo, no entanto, chama a atenção para este aspecto: “Os artigos do texto [“dos crimes contra a segurança de pessoa e vida”] estão distribuídos nelle por tres capitulos intitulados *do homicidio, do infanticidio e do suicidio*, que reduzimos a um sob o nome generico de *homicidio*, conforme os projectos de revisão.”²⁵³ Esta informação é importante, porque é mais um elemento da discussão em relação à sobreposição do homicídio ao crime de infanticídio.

Essa discussão se estende ao crime de aborto e é sobre isso que Araujo fala neste trecho:

A essencia do homicidio, como crime, foi considerada pelos antigos criminalistas, como *violenta hominis caedes ab homine patrata*, isto é, como a destruição de uma existencia humana por obra do homem mesmo.

Assim, o crime encerra quatro elementos:

- a) uma *vida existente*;
- b) uma *vida humana*;
- c) a *destruição* della por facto do homem;
- d) a *volição* determinada de causar a destruição com aquelle acto que se tem realizado.

1. a respeito da vida existente:

1º A morte do feto no utero materno não é *crimen homicidii*, não podendo dizer-se vida aquella que não está ainda separada do ventre materno.

(...)

5º Nos *recem-nascidos* a *vitalidade* ou a *viabilidade* é considerada um elemento essencial, porque a condição do nascido não viavel não é vida, mas apparencia de vida; mas esta opinião é combatida por muitos e com muito boas razões.

II. A condição especifica da vida existente é de pertencer á especie humana para ser materia de homicidio.

1º A sentença *monstrosos partus sine fraude cadunto* deve ser acolhida no sentido restrictissimo que não ha delicto de homicidio,

²⁵³ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrinha e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 2.

quando tenha nascido da mulher um ser que não tenha fôrma humana.²⁵⁴

Diferente de alguns juristas (poucos, é verdade), João Vieira não considera o aborto como uma modalidade de homicídio. Para ele, são crimes diferentes, pois não se pode considerar o feto no útero da mãe como uma vida. Aí percebemos a originalidade de seu pensamento, pois nenhum outro jurista cujas ideias foram aqui analisadas consideravam o feto como uma “não vida”. Além disso, também na contracorrente do pensamento dos juristas aqui estudados, Araujo considera que a morte de uma criança inviável ou de uma criança “mostruosa” não constitui um crime contra a vida.

Ainda na mesma obra, mas em outro trecho, João Vieira de Araujo discorre novamente sobre o tema do direito à vida do feto:

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 mallogro 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 diferentes.²⁵⁵

Para Araujo, do ponto de vista civil, o feto não era considerado uma vida e, portanto, não tinha direitos. Dessa maneira, o aborto não poderia ser considerado como um crime contra a vida. Esta era uma discussão importante e a opinião de Araujo estava longe de ser um consenso.

Ainda em relação ao aborto, Araujo aponta este crime menos como um atentado ao feto e mais como a periclitacão da vida da mulher grávida:

²⁵⁴ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 10-11.

²⁵⁵ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 56.

A vida humana começa a ter importancia desde o momento em que tem logar a concepção; a destruição do feto é diversa do homicidio, porque, *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*, conforme já diziam os romanos.

A incriminação do aborto procurado tem um duplice fundamento, porque pelo golpe na *spes hominis* é violado o direito que tem a convivencia 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 grávida, empregando-se meios violentos para produzil-o.

No direito romano, a principio o facto estava isento de pena; mas no tempo dos imperadores foi punido com pena extraordinaria, menor de certo do que aquella estabelecida para o homicidio, inflingindo-se, porém, a pena de morte quando do procurado aborto resultava a morte da mulher.

No direito germanico, além da punibilidade do feticidio, surge a distincção si o feto estava ou não formado *lineamento corporis*.

E com o Direito Canonico surge a outra distincção, si o feto estava ou não animado, de onde os interpretes do Direito e os estatutos das cidades italianas deduziram que o feto com quarenta dias se devia considerar animado.

Os codigos modernos, diz Pessina, concordam todos *sem excepção* em punir o *aborto procurado*, tanto na mulher que consente, como nos estranhos que o causam ou provocam nella.

Já vimos que o nosso codigo criminal de 1830 não punia a mulher que occasionava o provocava por si ou por outrem o aborto em si mesma, limitando-se a punir o estranho, art. 199.²⁵⁶

As opiniões de João Vieira são, em alguns momentos, confusas e contraditórias. Na mesma obra em que afirma que o feto não é vida e

²⁵⁶ ARAUJO, João Vieira de. **O codigo penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrinha e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 57.

não tem assegurados seus direitos civis, Araujo traz a seguinte passagem, referente às discussões do projeto de código penal italiano:

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. paralelo do cod. ital., na classe “dos crimem contra a *pessoa*”: 1º por não ser sempre verdade que elle perturbe a ordem numa familia; 2º porque é lesado de modo preponderante o direito á vida a respeito do nasciturno. A lei, dizia elle, deve estender e estende a sua protecção tambem ao feto encerrado no ventre materno, tutelando a vida do homem desde o momento da fecundação.²⁵⁷

Em relação a este trecho é ainda interessante destacar o porquê do crime de aborto estar inscrito sob o título de “crime contra a pessoa” e não “contra a ordem da família”. Um aborto provocado por uma mulher casada, sem o consentimento do marido, pode se constituir em um ato que prejudique a ordem de uma família. No entanto, a maior preocupação dos juristas, como percebemos, é a do aborto provocado por motivo de honra, por moças solteiras, seduzidas e abandonadas. Nestes casos, o aborto era visto como um ato contra a vida do feto, mas, em relação à família, ao invés de prejudicar, poderia até ajudar, se fosse bem sucedido, pois a desonra da família não seria publicizada.

Nas fontes aqui analisadas, foi possível identificar que durante um bom período de tempo os juristas não fizeram referências importantes em relação ao tema dos direitos do feto. Depois do comentário de Vieira de Araújo, em 1902, o tema só reaparece uma década depois, no projeto de código de Galdino Siqueira em 1913:

Depois, é de notar que si a missão do direito penal é a reforçada protecção de interesses, já tutelados pelos outros ramos do direito, mas que reclamam ainda aquella protecção, por meio da comminação e da execução da pena, attenta sua especial importancia, motivo não ha para que essa protecção, quanto ao embryão humano, não tenha

²⁵⁷ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 58.

a mesma extensão que a outorgada pelo direito civil, que abrange o sêr humano desde a sua concepção, actualisando-se especialmente pela *bonorum possessio ventris nomine*. Si não ha ainda uma pessoa, com existencia propria, ha a *spes hominis*, fundada em dados concretos, reclamando protecção juridica.²⁵⁸

O argumento do autor refere-se ao fato de que, mesmo que não exista ainda um ser humano pleno, há uma “esperança de homem” (*spes hominis*), que deve ser alvo de proteção jurídica e por isso o aborto deveria ser condenado. Galdino Siqueira insiste no mesmo argumento em seu comentário ao Código, quase duas décadas mais tarde: “Firmado assim o principio de que a repressão do aborto tem como razão precípua a protecção da *spes hominis*, do sêr que vive e que tem probabilidade de viver autonomicamente no futuro (...)”²⁵⁹.

Há ainda um autor, um médico, não um jurista, que dedicou um texto sobre a questão dos direitos do feto. Joaquim Moreira da Fonseca (1886-?), formado em Medicina pela Faculdade do Rio de Janeiro²⁶⁰, em uma comunicação feita à Academia de Medicina do Rio de Janeiro, da qual foi membro e presidente, em resposta a um debate que durou algumas sessões naquela instituição, se posiciona sobre o tema do nascituro sob o ponto de vista jurídico. Para este autor, o aborto seria semelhante ao homicídio, pois é um atentado contra a vida: “O aborto é entologicamente [*sic*] um homicidio, porque é um atentado contra a vida, de um homem, contra a vida já formada, aniquilando-a e impedindo o seu desabrochar, tal como um atentado contra a flor é a ceifa de um botão.”²⁶¹

²⁵⁸ SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Codigo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. p. 105.

²⁵⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. p. 593.

²⁶⁰ Joaquim Moreira da Fonseca. **Academia Nacional de Medicina**. Disponível em <http://www.anm.org.br/membros_detalhes.asp?id=444>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

²⁶¹ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista juridico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 4.

Fonseca afirma que proteger o direito à vida do feto, condenando o aborto, é uma questão de defesa da sociedade:

[...] o Estado protege o embrião porque já ha um direito a tutelar, que se exterioriza e se realiza na vida do nascituro; que esse direito, qualquer que seja o seu titular, é até certo ponto, um direito atual e não futuro que é um interesse não apenas individual, mas de ordem social.

O direito penal, precindindo, aliás, de toda a consideração relativa á futura subjetividade juridica do nascituro, tutela-o objetivamente em favor da sociedade, em proveito da raça e em beneficio da humanidade.²⁶²

Apoiando-se em referências científicas francesas, Joaquim Moreira da Fonseca é da opinião de que o feto tem vida desde o momento da concepção:

O grande histologista e biologista francês, Professor Prenant, declara: ‘O embrião toma corpo, senão alma, desde o instante que os dois nucleos macho e femeo se conjugaram para lhe dar nascimento. Toda a pratica é, desde então, não mais anti-concepcional, mas post-concepcional; toda a profilaxia torna-se um assassinato’.²⁶³

É interessante como o argumento do feto animado ou inanimado reaparece aqui, décadas depois do comentário de Thomaz Alves Junior. Enquanto o comentarista da época do Império rejeitava esse argumento, o médico do início do século XX o retoma com uma roupagem científica, dialogando com as então recentes descobertas da embriologia

²⁶² FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista juridico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 6-7.

²⁶³ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista juridico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 7. O autor provavelmente está se referindo à obra: Prenant, Auguste; Bouin, Paul; Maillard, Louis-Camille. **Traité d’histologie**. Paris: Schleicher Freres & Cie, 1904-1911.

sobre o funcionamento da reprodução humana. Não quer dizer que seja um retrocesso, mas é um exemplo de como as ideias submergem quando não são mais úteis e emergem novamente, com novas aparências e novos elementos, quando tornam a fazer sentido para alguns grupos sociais.

Mas a grande discussão que este médico faz em seu texto está relacionada ao direito civil. Para Joaquim Moreira da Fonseca existem, desde o direito romano, duas escolas que discutem sobre o momento em que começa a personalidade jurídica do ser humano: “uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro entretanto uma expectativa de direito, e outra que a considera existente desde o momento da concepção.”²⁶⁴ Para Fonseca, no entanto, esta divisão não faz muito sentido, pois ambas reconheceriam que há uma vida desde o momento da concepção e que ela deve ser zelada, mesmo que não tenha direitos definidos:

A distinção doutrinária que separa essas duas correntes jurídicas não tem, porém, praticamente maior reflexo na questão do aborto porque não é possível deixar de reconhecer que fundamentalmente, quer uma quer outra corrente, não deixam de aceitar que desde a concepção existe uma vida e que esse ser vivo tem direito á proteção da lei, que deve ser conservada e protegida até a sua plena maturidade, até o seu nascimento com vida.²⁶⁵

Quando levanta a questão de quando começa a personalidade jurídica do ser humano, o autor está dialogando com o Código Civil brasileiro de 1916. O artigo 4º da Parte Geral daquele Código, citado pelo médico, afirma o seguinte: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a

²⁶⁴ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista jurídico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 8.

²⁶⁵ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista jurídico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 8.

concepção os direitos do nascituro”²⁶⁶. Podemos perceber que o Código Civil se insere na primeira escola citada pelo autor. Joaquim Moreira da Fonseca finaliza este debate da seguinte maneira:

A questão, pois, se resolve com a maior simplicidade: qualquer que seja a doutrina a respeito do início da capacidade civil do homem da concepção ou do nascimento, o que é fóra de duvida é que ambas as escolas e todas as legislações protegem desde a concepção uma serie de direitos que uns dizem ser do feto e outros do nascimento com vida, mas que na realização se efetivam sempre na proteção ao feto e é precisamente este aspecto unico que interessa á questão do aborto, porque da sua prescrição resulta a falta de proteção imediata á integridade do feto, e daí aos direitos do nascituro.²⁶⁷

Para este autor, a resolução do problema é simples: proteger o feto desde a concepção, independentemente de ele possuir personalidade jurídica ou não. Como Fonseca está preocupado apenas com o direito do feto à vida, a questão não é tão complicada, uma vez que está lidando com uma concepção puramente biológica e médica de vida, sem implicações morais e legais. Mas se considerarmos que, se um feto possui personalidade jurídica e, portanto, tem direito à herança, um aborto poderia ser considerado um crime contra a manutenção da propriedade, por exemplo. No entanto, talvez por ter o autor sido um médico e não um jurista, não estava preocupado com estes temas, apenas com o tema do direito à vida. Dessa maneira, a opinião de Fonseca, em contraste com os comentários dos juristas, exemplifica a disputa entre direito e medicina nos debates acerca do aborto e infanticídio, particularmente em relação à qual vida e a partir de que momento essa vida tem importância, ou seja, evidencia-se aqui o conflito entre as definições biológica e jurídica da vida humana.

²⁶⁶ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

²⁶⁷ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista jurídico.** Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 9.

Outro tema que aparece nos comentários, especialmente em relação ao recém-nascido e ao crime de infanticídio, é o da viabilidade. A discussão gira em torno de se o infanticídio em uma criança inviável é menos problemático do que em uma criança viável. O comentário de Thomaz Alves Junior resume as opiniões gerais dos comentaristas:

Deve-se notar mais que o Código da Baviera exige também que o recém-nascido seja *viavel*, condição igual para o nosso Código (art. 198).

Isto porém não quer dizer que elle nasça *viavel*, porque seria admitir a doutrina barbara, que legitima a morte dos recém-nascidos, que não possam viver.

O christianismo, acabou com estas idéas de tempos pagãos.

A vida é sempre inviolavel e sagrada: o homem não tem direito de abreviar os dias de seu semelhante fraco, porque tem de vegetar por assim dizer sobre a terra.²⁶⁸

A ideia presente neste comentário, e nos de outros comentaristas, é de que, mesmo que um recém-nascido seja inviável, não é permitido o infanticídio. Há uma tentativa em se afastar de um passado definido como bárbaro em que essas práticas eram permitidas (Esparta é um exemplo recorrente). O que é interessante, também, nesta citação, é que o argumento utilizado pelo autor, no final do século XIX, de que a vida é inviolável e de que ninguém tem o direito de ceifar a vida de ninguém, mesmo que essa pessoa não possa sobreviver, ainda é utilizado atualmente, como, por exemplo, nos casos de aborto por anencefalia.

Outra figura que aparece, embora pouquíssimas vezes, é a do “monstro”, da criança monstruosa, que não se sabe ao certo se é ou não humana. Antonio Bento de Faria assim se refere a essa questão:

Cumpre assinalar que é objecto de infanticidio todo o ser vivo nascido de mulher, por mais irregular que seja a sua formação.

O *monstro* pode ser objecto de infanticidio, mais não assim o *mola* ou o ovo degenerado que não

²⁶⁸ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 267-268.

pode ter existencia fora do ventre materno e converter-se em ente humano.²⁶⁹

Segundo esta passagem, inspirada nas ideias do jurista alemão Von Liszt, muito citado pelos juristas brasileiros, o monstro também pode ser objeto do infanticídio. Quem não pode ser vítima deste crime é a “mola”²⁷⁰ ou o “ovo”, ou seja, o feto ainda não bem formado. Há uma tentativa de diferenciar o aborto – a morte do fruto da concepção que ainda está dentro do ventre – do infanticídio. O que é interessante nestas duas últimas citações é que ambas tem por objetivo defender que toda vida tem seu valor, mesmo que não possa sobreviver sozinha por muito tempo, mesmo se for monstruosa, e, por isso, deve ser alvo da proteção da justiça, tendo a devida punição quem atentar contra ela. É o paradigma da vida em sua expressão máxima.

4.2 A MÃE

Em seus artigos sobre aborto e infanticídio, o Código de 1890 não especificava o sujeito do crime, a definição era bastante ampla, podendo abarcar qualquer pessoa que cometesse algum dos atos previstos: “Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte.” e “Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção”. Apesar disso, nos comentários aos códigos, o personagem que aparece mais vezes quando se fala dessas práticas, mais ainda até do que o feto ou o recém-nascido, é a mãe. É como se o aborto e o infanticídio fossem práticas associadas quase que exclusivamente à mãe.

Adriano Prospero analisa o processo de transição, que demorou alguns séculos na Europa medieval e moderna, do infanticídio como um ato que poderia “ser definido genericamente como assassinato dos filhos cometido pelos pais” para o crime cometido apenas pela mãe,

²⁶⁹ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. p. 452.

²⁷⁰ Mola: [Medicina] Degenerescência das vilosidades da placenta que se transformam em vesículas semelhantes a cistos hidáticos. (Também se diz geralmente mola hidatiforme.). **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=mola>>. Acesso em 24 de julho de 2012.

destacando a imagem da mãe cruel, pior do que as mães entre os animais²⁷¹. No Brasil, a associação do aborto e do infanticídio como um crime praticado pela figura materna, mesmo que não na legislação, mas pelo menos na percepção dos juristas, coincide com a valorização da maternidade e do cuidado dos filhos pela mãe biológica, a partir do final do século XIX, mas principalmente nas primeiras décadas do XX.²⁷² Essa associação se torna tão forte que o Código Penal brasileiro de 1940, em vigor atualmente, define o infanticídio, no artigo 123, como um crime executado exclusivamente pela mãe: “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”²⁷³.

4.2.1 Maternidade

Mas criem em seu seio de pureza
Um fructo vivo em que se continue
Se immortalise e aperfeiçõe a Vida.

.....
E tu, Amor! espirito dos mundos,
Acorda no meu sangue e na minha alma
As Fôrças immortaes da natureza.

ANTONIO CORRÊA DE OLIVEIRA²⁷⁴

O amor materno, referenciado na citação acima, que serviu de epígrafe para um texto sobre aborto criminoso de Alfredo Balthazar da Silveira, é um tema que também inspirou comentários de alguns juristas. Não é nem de longe um tema tão frequente como a honra ou o direito à vida, mas ganhou espaço a medida que se adentrava no século XX. Há juristas, como veremos adiante, que acreditavam que em uma batalha

²⁷¹ PROSPERI, Adriano. 2010. *Op cit.* p. 29.

²⁷² LIMA, Ana Laura Godinho. Maternidade higiênica: natureza e ciência nos manuais de puericultura publicados no Brasil. **História: Questões & Debates.** Curitiba, n. 47, 2007. p. 95-122.

MARTINS, Ana Paula Vosne, 2008. *Op cit.*

FREIRE, Maria Martha de Luna, 2008. *Op cit.*

²⁷³ **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Artigos 125 a 128. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

²⁷⁴ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios.** Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 3.

entre a honra e o instinto materno, que se travaria entre os sentimentos da mulher, a maternidade deveria vencer.

A filósofa Elisabeth Badinter²⁷⁵, no começo da década de 1980, em uma obra bastante polêmica, defendia que a ideia do amor materno como parte da “natureza feminina” era um mito; segundo a autora, o amor materno e a pulsão das mulheres por serem mães são concepções historicamente construídas, que passaram a ganhar força a partir do século XVIII. O argumento da autora não é o de que o amor materno não existe, mas sim de que ele é um sentimento influenciado por fatores sociais e culturais e, dessa maneira, assume importâncias diferentes em sociedades e períodos diversos.

Badinter, em sua análise sobre maternidade, também aponta para a importância de se perceber a conexão entre mãe e filho. Embora seu objeto de estudos seja a maternidade “legítima”, ou seja, concebida dentro do casamento, que leva em conta a figura do pai – situação diferente daquela vivida por muitas mulheres que cometeram aborto e infanticídio – sua reflexão é inspiradora:

É em função das necessidades e dos valores dominantes de uma dada sociedade que se determinam os papéis respectivos do pai, da mãe e do filho. Quando o farol ideológico ilumina apenas o homem-pai e lhe dá todos os poderes, a mãe passa à sombra e sua condição se assemelha à da criança. Inversamente, quando a sociedade se interessa pela criança, por sua sobrevivência e educação, o foco é apontado para a mãe, que se torna a personagem essencial, em detrimento do pai. Em um ou outro caso, seu comportamento se modifica em relação ao filho e ao esposo. Segundo a sociedade valorize ou deprecie a maternidade, a mulher será, em maior ou menor medida, uma boa mãe.²⁷⁶

Isso significa que em uma sociedade que reconhece a mãe biológica como responsável pelo filho, quanto maior a importância social que a criança possui, maiores as responsabilidades da mãe,

²⁷⁵ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 26.

maiores as cobranças para que seja uma “boa mãe” e mais graves as punições se não o for.

Segundo José Murilo de Carvalho, os positivistas do início da República não viam na mulher um ser em nada inferior ao homem; na verdade a viam como superior. Propunham, inclusive, substituir a palavra “pátria” por “mátria”, vinculando a nação a uma família e o sentimento de patriotismo ao amor materno. No entanto, os positivistas consideravam a mulher superior por seu papel de esposa e mãe, longe da política, estabelecendo para elas um lugar – o lar – e um papel definido – a maternidade.²⁷⁷

De forma semelhante se deu a defesa da educação para mulheres ao longo do século XIX. Por serem as mulheres consideradas como “as guardiãs do lar e da família e mantenedoras da ‘base moral’ da sociedade”²⁷⁸, a sua educação foi sendo considerada importante, por grupos mais “favoráveis à modernidade”. O argumento principal para a educação das mulheres, porém, era que se fossem mais cultas, poderiam educar melhor seus filhos e “fornecer bons cidadãos (homens) à nação”²⁷⁹.

No início do século XX no Brasil, especialmente a partir de sua segunda década, a maternidade ganha nova importância e novos sentidos e se torna pauta para os médicos, principalmente os especializados na puericultura. A maternidade – não só como fenômeno biológico, mas como forma de cuidar e educar as crianças – passou a ser uma questão científica, que se refletia na busca por uma maternidade higiênica que geraria filhos fortes e saudáveis física e moralmente para o futuro do país. Maria Martha de Luna Freire aponta que a ideologia da maternidade como função principal das mulheres ganhou, no Ocidente, especial impulso após a Primeira Guerra Mundial. No Brasil, no entanto, “esse fenômeno apresentou dimensão singular, associada às especificidades do cenário econômico, político e social, em particular o projeto modernizador republicano, que depositava na conservação das crianças, entre outros elementos, esperança para a viabilidade da

²⁷⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

²⁷⁸ HAHNER, June E. Honra e distinção das famílias. In: Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. (orgs). **Nova História das mulheres no Brasil**. PINSKY, São Paulo: Contexto, 2012. p. 57.

²⁷⁹ *Idem*.

nação”²⁸⁰. Nesse contexto, a ideia do instinto materno ganhou ainda mais importância.

Silvia Arend destaca, ainda, a relação entre a consolidação da norma familiar burguesa, que ganha mais espaço no Brasil a partir das primeiras décadas do século XX, e a nova lei penal, o Código de 1890:

No ideário da norma familiar burguesa, os principais responsáveis pela criação e educação dos filhos eram os pais consanguíneos. A lei penal seria uma grande aliada nesse processo de introdução de novos valores, cujo resultado final foi a construção da representação social da mãe desnaturalizada a partir da patologização da prática do abandono.²⁸¹

Além da patologização da prática do abandono, podemos considerar que a maior criminalização das práticas de aborto e infanticídio faz parte desse processo e foi importante na consolidação de uma imagem específica de mãe.

A preocupação com o instinto materno entre os comentaristas dos códigos aparece já em relação ao Código de 1830. No entanto, não são palavras de autoria de um jurista brasileiro. Thomaz Alves Junior, citando novamente o comentário oficial ao Código da Baviera, fala deste tema. Mesmo não sendo palavras próprias, o fato de o tema aparecer no comentário do brasileiro sugere que a questão tinha algum significado para este autor:

‘Assim a lei admite esta escusa quando o infanticidio é commettido no momento do parto (art. 171). Porém si mais tarde a mãi ouvindo nem

²⁸⁰ FREIRE, Maria Martha de Luna, 2008. *Op cit.*

Outras autoras que trabalham com a questão da maternidade no início do século XX são:

LIMA, Ana Laura Godinho, 2007. *Op cit.*

MARTINS, Ana Paula Vosne, 2008. *Op cit.*

²⁸¹ AREND, Silvia Maria Fávero. De exposto a menor abandonado: uma trajetória jurídico-social. In: VENANCIO, Renato Pinto (org). **Uma história social do abandono de crianças**: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII a XX. São Paulo: Alameda; Editora PUC Minas, 2010. p. 352.

o grito da natureza, nem a voz do dever, mata seu filho, torna-se culpada de assassinato.²⁸²

O argumento implícito neste comentário é de que até se poderia compreender que a mulher, por causa do temor da desonra ou por alguma alteração psicológica provocada pelo parto, matasse seu filho logo após dar-lhe a luz. O que não se aceitava, porém, era que uma mulher, depois de conviver um período, por curto que fosse, com seu filho, depois de ter amamentado o fruto do seu ventre, fosse capaz de matar aquela criança. Isso seria o mesmo que assassinato.

Amancio de Carvalho, em seu estudo médico-legal sobre o infanticídio, também aborda esta questão, analisando-a sob o ponto de vista da luta entre a honra e o amor materno:

Desde quando a mulher, contemplando o filho, embora illegitimamente gerado, quizesse matá-lo na metade do tempo, (...) quem desconhece a luta que se travaria entre o instinto materno, que exige a conservação, e o sentimento de honra, que pede a destruição? N'essa luta, não se pôde negar, o amor de mãe vencerá os reclamos sociaes.²⁸³

Phaelante da Camara também utiliza a ideia da luta que se trava entre o sentimento da honra e o do amor materno, mas traz uma novidade: o amor materno como um instinto, baseado no instinto de conservação da espécie, presente em todo o reino animal:

Accrescente-se que a mãe infanticida se encontra no momento da pratica do crime deante de duas correntes psychologicas que se contrabalançam: o instinto de conservação da especie e o sentimento da honra.

O primeiro é fundamental, muito mais velho que o outro na evolução dos instintos, com raizes profundas e longas em todo o reino animal, raizes que em consequencia da maior somma de

²⁸² ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 267.

²⁸³ CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticidio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, Anno de 1894, V. II. p. 154.

compreensão e, portanto, de responsabilidade, avultam no ser humano.²⁸⁴

Ao associar o instinto materno ao sentimento de conservação da espécie, Phaelante da Camara iguala as mães humanas às mães animais. Para reforçar seu argumento, o autor conta uma história que, segundo ele, aconteceu em sua juventude, e vale a pena reproduzir:

No alpendre de uma casa de campo em que morei no período róseo da juventude, viviam em certo esconderijo no beiral do telhado tres pequenas víboras brancas, que, ao cahir da noite, ao accender-se o bico de gaz, vinham alegremente, á cata dos insectos, caracolar nas proximidades da luz.

Em diversas noites tive ensejo de ver a rara solicitude com que as duas maiores distribuiam com a terceira, ainda inhabil nas manobras, a melhor parte do repasto.

De uma vez, porem, nas suas excursões se aproximaram tanto das minhas mãos, encostadas á parede, sobre o espaldar da cadeira, a ponto de roçal-as com a sua pelle aspera, o que – *eu nem sei de nojo como conte* – levou-me a commetter a atrocidade de investir contra a mais nova, matando-a.

Pois,bem! A angustia da que lhe fora mãe chegou quase a *tribulatio magna* de que fala o Apocalypse, e durante tres noites ella veio ao theatro do acontecimento, não já a procura de mosquitos, mas em busca do ser querido alli tombado, até que me desapareceu para sempre.²⁸⁵

O objetivo do autor ao contar esta anedota é mostrar que até os animais peçonhentos, até as víboras, são capazes de sentir o amor materno e sofrer com a perda do ser tão amado. A ideia que o jurista passa é a de que as mães humanas, com mais discernimento do que as mães animais, que escolhem matar seus filhos, são piores do que as

²⁸⁴ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 103.

²⁸⁵ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 104-105.

víboras, pois estas são capazes de pelo menos amar seus filhotes. Camara apresenta, desta maneira, o infanticídio como um crime ainda mais hediondo.

Em seu texto sobre o aborto criminoso, Alfredo Balthazar da Silveira considera a maternidade como o dever natural da mulher:

O código penal de 1890, vasado embora nas doutrinas do immortal CARRARA, pune também a gestante que voluntariamente se submeter a tão aviltante operação, esquivando-se, daquelle modo, ao cumprimento do mais sagrado dever que a Natureza impoz a mulher – dever que gera o amor maternal – a mais sublime paixão que a mulher pode experimentar na sua trajetoria pela vida, o amor filial (...)²⁸⁶

Para este autor, a maternidade é um sagrado dever que gera o amor maternal, o destino das mulheres e o sentimento mais forte que podem sentir em suas vidas.

Rodrigues Doria só consegue conceber a ideia do infanticídio, de uma mulher fugir do instinto materno a ponto de matar seu próprio filho, como causado por um desequilíbrio físico e psicológico muito forte:

Para que as mulheres se rebellem contra o instinto e as leis da maternidade é preciso que um accumulo de causas tenha agido sobre essas almas torturadas, destruindo as tendencias psycho-physiologicas do organismo feminino; é de crer que este crime seja perpetrado em estado muito anormal e incomprehensivel de animo. Diz HOFMANN que o parto póde ainda exercer influencia sobre os actos da parturiente, produzindo um estado de excitação, muitas horas depois do nascimento da criança. Essa excitação, rara, é verdade, nas mulheres casadas para chegar ao crime, póde-se dar; é o caso frequente nas que dão a luz clandestinamente.²⁸⁷

²⁸⁶ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 8.

²⁸⁷ DORIA, Rodrigues. **Reforma do Codigo Penal Brasileiro e outros artigos**. Bahia: Livraria Economica, 1925. p. 28.

Embora não utilize esta expressão, Doria se refere ao fenômeno da loucura puerperal. Fabíola Rohden, como já foi citado, identificou nas palavras dos médicos e dos advogados uma relação estreita entre o infanticídio e a loucura puerperal nas primeiras décadas do século XX²⁸⁸. Nesta passagem de Doria também é interessante destacar a associação que ele faz entre a “excitação” causada pelo parto, o crime do infanticídio e o fato de a mulher dar à luz clandestinamente, provavelmente a uma criança ilegítima. É a articulação entre um argumento moral e um argumento científico para mostrar que mulheres casadas, ou seja, dentro dos padrões sociais aceitáveis para uma mulher, são menos suscetíveis a cometerem este crime contra “as leis da maternidade”.

4.2.2 Mulher e criminalidade

A mulher criminosa, na visão da Escola Penal Positiva, bastante forte nas primeiras décadas do século XX, era vista como uma dupla exceção, saía duas vezes da ordem social: primeiramente por ser criminosa e, em segundo lugar, por ser mulher. Era assim considerada porque, nas caracterizações dos tipos criminosos desta escola, a mulher era vista como menos propensa ao crime do que o homem. Ou seja, quando uma mulher se tornava criminosa era mais notável do que se fosse um homem na mesma situação.²⁸⁹

Os comentaristas do Código Penal de 1890 também abordaram a questão da criminalidade feminina. Alguns propuseram atenuação na pena em casos de crimes cometidos por mulheres, por considerarem-nas

²⁸⁸ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.*

²⁸⁹ Duas dissertações e um trabalho de conclusão de curso abordam a questão da criminalidade feminina:

VENERA, Raquel Alvarenga Sena. **Cortina de Ferro**: quando o estereótipo é a lei e a transgressão feminina (processos crime de mulheres, em Itajaí – décadas de 1960 a 1999). Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003.

RODRIGUES, Fabiana Cardoso Malha. **Os crimes das mulheres**: aborto e infanticídio no direito na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1916. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004.

MARTINS, Fernanda. **O feminino “criminoso”**: o discurso jurídico e a ordem criminológica no infanticídio. Monografia (Graduação em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010.

menos capazes. Outros consideravam, pelo contrário, que uma mulher que cometia um crime era ainda pior do que um homem, pois, contrariando o que acreditavam ser sua natureza pacífica e maternal, poderia se tornar mais maliciosa e ardilosa do que um homem criminoso.

Viveiros de Castro, por exemplo, em sua obra sobre os crimes contra a honra da mulher, tem opiniões conflitantes sobre a figura feminina. Em determinados momentos descreve as mulheres como seres ingênuos, vítimas da sedução masculina. Em outras passagens, considera-as frias manipuladoras capazes de entregar seu corpo e o que seria seu bem mais precioso – sua honra – para se vingar de um homem ou para extorquir-lhe dinheiro. Na citação seguinte, o autor expressa uma opinião interessante sobre as mulheres:

E si hoje as mulheres levantam-se contra a tutella masculina, se pouco a pouco vão conquistando na lei sua emancipação, se disputam ao homem na luta pela vida o accesso de todas as carreiras, não é muito exigir dellas que saibam defender-se com a mesma habilidade com que conquistam um marido ou uma posição social.²⁹⁰

Para Viveiros de Castro, a partir do momento em que as mulheres passassem a lutar por sua independência, por sua liberdade, elas também deveriam aprender a se defenderem sozinhas. Como este autor está tratando de crimes como estupro e defloramento, seu argumento vai no sentido de dizer que uma mulher que escolhesse se emancipar da tutela masculina estaria sob sua própria conta e risco; como escolheu não ter mais ninguém a mandar nela, também não haveria mais ninguém a quem ela pudesse recorrer. Não restaria a essas mulheres nem mesmo os caminhos da lei, uma vez que, no tribunal, poderiam deixar de serem as vítimas e se tornarem réis, sendo julgada, ao invés do esturador, sua conduta de mulher “emancipada” que poderia significar, aos olhos de muitos, o mesmo que desonrada ou libertina.

O caso narrado por Joseli Mendonça exemplifica a posição de alguns comentaristas dos códigos acerca desta questão: um homem, por ciúmes e por vingança, feriu a tiros a ex-namorada e matou seu então noivo. Em certo momento no tribunal passou a ser alvo de avaliação não

²⁹⁰ VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adultério, defloramento, estupro, a sedução no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. p. 108-109.

o assassino, mas sua ex-namorada e sua conduta, vista como ardilosa e sedutora, que teria deixado o réu a tal ponto perturbado que maquinara a morte de seu rival e de sua antiga amada, essa última, porém, sem sucesso.²⁹¹

Falando mais diretamente da relação entre as mulheres e a criminalidade, especialmente no crime do infanticídio, Phaelante da Camara acreditava que a mulher não está isenta dos “maus instintos” que marcam a humanidade: “Tractando-se de um crime de aspectos fugidios, como esse de que me tenho occupado, releva ponderar que sob a epiderme da mulher tambem pode ser encontrada a serie de maus instintos que são patrimonio da humanidade.”²⁹²

No parecer sobre as emendas propostas a um projeto de código de 1899, que foi aprovado na Câmara dos Deputados, mas ficou parado no Senado, a questão da relação entre mulher e criminalidade aparece de forma bastante interessante. Rodrigues Doria propôs uma emenda ao artigo que define os atenuantes de pena. A emenda foi recusada, mas a discussão que a proposta gerou vale a pena ser aqui reproduzida:

Ao art. 34 do projecto da Comissão foi offerecida, pelo Sr. Rodrigues Doria, a emenda additiva assim formulada:

“§ Pertencer o delinquente ao sexo feminino.”

A Comissão, porém, opina contra essa emenda, apesar da sympathia que á primeira vista ella desperta. Não se trata, no emtanto, aqui de mover as fibras do sentimentalismo, nem tão pouco de desconhecer o papel elevado, que a mulher desempenha na sociedade; trata-se apenas de reconhecer a verdade dos factos para fazer justiça completa.

(...)

Jamais a fragilidade da mulher foi tomada em consideração para attenuar-se-lhe o gráo da criminalidade. E parece, ao contrario, que exactamente por ser a mulher mais delicada nos seus affectos, mais alheia ás paixões que commummente abalam a vida, e mais inclinada á

²⁹¹ Esse caso é discutido nos capítulos 3 e 4 de MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007.

²⁹² CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 100.

bondade e ao amor, é que ella demonstra maior perversidade, quando esquece e suffoca todos esses nobres sentimentos para rebolear-se na sentina do crime.

Assim, a approvação da emenda additiva valeria abrir uma excepção, ou criar um certo privilegio em favor da mulher; não obstante possuir ella – como o homem – sufficiente intelligencia para discriminar o bem do mal, e comprehender todos os deveres que a lei lhe impõe.

(...)

E, demais todos sabem – que a mulher dispõe de recursos, como a seducção e outros iguaes, que collocam-na em condições de mais facilmente dar pasto á propria perversidade.

Si as estatisticas demonstram – que a criminalidade feminil é muito inferior á dos homens, as chronicas judicarias, entretanto, registram crimes, praticados por mulheres, que revelaram, ora grande crueldade, ora verdadeiro requinte de cynismo, ora, finalmente, desmedida astucia para inutilisar todas as pesquisas da policia na instrucção do respectivo processo, e todos os esforços da justiça no julgamento regular da causa.

(...)

E num tempo em que a lei civil permite – que a mulher se emancipe aos dezoito annos de idade, bem como que em certos casos exerça por direito proprio o patrio poder, e, ainda não satisfeito, a mulher *disputa ao homem na lucta pela vida o accesso a todas as carreiras*; não é logico, nem justo, - que se adopte a emenda, mandando attenuar, simplesmente pela circumstancia do sexo, os crimes que a mulher commetter.

Está na consciência de todos nós uma verdade, que a experiencia de muitos seculos confirmam. Si a mulher, quando comprehende bem a influencia e o prestigio que exerce na sociedade e no lar, quando conserva immaculada a delicadeza de seus affectos, quando, enfim, sabe salientar-se pelo espirito e pelo coração chega quase a se confundir com o anjo, tambem quando ella se deixa corromper e vilipendiado fica muito abaixo do homem na escala da degradação moral, porque

– mais do que elle – se submete a todas as vilezes, acceita – mais facilmente do que elle – as maiores abjecções.

Debaixo, pois, do ponto de vista da criminalidade não parece á Commissão que haja motivo procedente para se estabelecer a desigualdade, ou distincção que a emenda suggere.²⁹³

A recusa da emenda começa pelo argumento de que a mulher é tão capaz quanto o homem e tem o mesmo discernimento para saber o que é certo e o que é errado, o que está de acordo ou contra a lei. No entanto, o argumento toma, depois, outra direção, em uma opinião que aparece em outros comentários. Em geral, a mulher seria menos propensa ao crime, seria mais delicada, mais voltada à bondade e ao amor do que o homem; quando assume todos os papéis que a sociedade lhe impõe, preferencialmente sem contestação, é equiparável a um anjo. Mas quando uma mulher sai dos seus papéis sociais previstos, principalmente o de mãe, como nos casos dos crimes de aborto e infanticídio, ela é capaz de ser mais cruel, mais fria, mais vil do que o pior dos criminosos entre os homens. É a ideia da mulher criminoso como dupla transgressora, cara à Escola Penal Positiva, que está implícita neste argumento.

O mesmo Rodrigues Doria que propôs diminuir a imputabilidade da mulher na discussão do projeto de código supracitado, advoga pela mesma causa em obra de sua autoria mais de vinte e cinco anos depois:

São por demais senciveis as diferenças de organização entre o homem e a mulher, assim diversas as suas aptidões e destino; as diferenças mentaes entre ambos autorisam a fazer do sexo feminino uma attenuante dos crimes. Na esphera do direito civil a mulher não goza de completa igualdade ao seu companheiro de pergrinação terrestre; justo é que em direito penal se lhe reconheçam as condições para uma penalidade menor. Sem superioridade de um e inferioridade

²⁹³ MILTON, A.; BRITO, Theotonio de; PARANHOS MONTENEGRO; VAZ DE MELLO; SEABRA; BERNARDES DIAS; TRINDADE. N. 43-1899. Parecer sobre as emendas apresentadas na 3ª discussão do projecto n. 176 de 1899 (Codigo Penal da Republica). In: SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do codigo penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. p. 39-40.

da outra, são no entretanto diferentes no corpo, nas funções e no espirito. Isto nos informam os ensinamentos da anatomia, da physiologia, da pathologia, da anthropologia e da psychologia.²⁹⁴

Doria coloca homens e mulheres em esferas separadas, como se fossem seres mais diferentes do que semelhantes. Além disso, afirma que, por a mulher não ter os mesmos direitos na esfera civil, também deveria ser diferenciada no direito penal, como uma espécie de compensação. Este autor está dialogando com Código Civil, no qual as mulheres, especialmente as casadas, possuíam direitos muito limitados, estando, em muitos casos, sob a tutela de algum homem, sendo equiparadas aos menores e deficientes mentais²⁹⁵.

Em outra citação o autor insiste na diferenciação entre mulheres e homens, apresentando o instinto materno como uma das causas principais dessa diferenciação e, portanto, da necessidade de penas diferentes para cada um dos sexos:

Pelas razões expostas, e ainda pelo instinto da maternidade, transmittido por herança, e que lhes modifica grandemente para o bem as tendencias e instintos, os sentimentos e a vontade, pensamos que seria justo, e uma inovação applaudida, a condição do sexo feminino como attenuante dos crimes. CARMIGNANI, penalista moderno, diz: “E’ certo, segundo as observações dos physiologistas, que os órgãos da geração tem muita influencia sobre o intellecto. Na mulher a medulla espinhal (ou como emenda ZIINO – o systema nervoso encephalo-rachidiano) é mais debil, mais delicada do que no homem, e por isso ellas teem mais debeis as forças do espirito e mais tenros os meios de adquirir as ideias. Isto pôsto, o sexo feminino é uma causa para que o delicto seja menos imputado ao agente.”²⁹⁶

²⁹⁴ DORIA, Rodrigues. **Reforma do Codigo Penal Brasileiro e outros artigos**. Bahia: Livraria Economica, 1925. p. 15.

²⁹⁵ GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Coleção Descobrir o Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 45.

²⁹⁶ DORIA, Rodrigues. **Reforma do Codigo Penal Brasileiro e outros artigos**. Bahia: Livraria Economica, 1925. p. 17.

É interessante destacar, ainda, como Doria utiliza argumentos retirados do debate científico da época para provar que a mulher é diferente do homem, não em termos sexuais, mas na constituição de seu sistema nervoso e em seu caráter. A mulher, segundo estes argumentos, seria mais delicada, menos capaz de agir racionalmente e de conter seus impulsos e, portanto, menos imputável do que o homem. O que parece, a partir da forma como Doria defende seus argumentos, aproximando as mulheres psicologicamente e juridicamente das crianças, dos loucos e dos chamados imbecis²⁹⁷, é que ele acredita estar sendo justo ao defender um atenuante de pena em casos de crimes cometidos por mulheres.

Rodrigues Doria insiste em seus argumentos de atenuação de pena para mulheres em seu comentário ao projeto de código da Sub-Comissão Legislativa, baseado no projeto de Sá Pereira, em 1936.

Felizmente bem longe vão os tempos em que se discutiu se a mulher era a imagem e semelhança de Deus; não ha superioridade alguma do homem sobre a mulher; ambos têm o mesmo valor moral, a mesma dignidade como criaturas. Os fins a que são destinados é que são mui diversos, o que se deduz clara e evidentemente da accentuada diferença de estrutura organica e das attitudes physicas nos dois sexos.²⁹⁸

Em um discurso que se pretende igualitarista, mas fazendo uso da linguagem científica, especialmente da endocrinologia, para destacar pretensas diferenças físicas essenciais entre homens e mulheres, Doria constrói seu argumento:

²⁹⁷ O Código Penal de 1890 considerava inimputáveis, dentre outras categorias, “os menores de 9 annos completos”, “os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento”, “os que por imbecilidade nativa (...) forem absolutamente incapazes de imputação” e “os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime”. **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

²⁹⁸ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro.** Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro, Bahia: A Graphica, 1936. p. 14.

A doutrina moderna das secreções internas – os hormônios, que são os estimulantes íntimos da atividade física e psíquica no organismo, nos esclarecem acerca das origens mais profundas e mais penetrantes por toda a parte dessa diferença entre o homem e a mulher. A balança harmônica no homem e na mulher são diferentes; os fermentos generativos das glândulas endócrinas trabalham para diferentes fins, como concebeu o Professor W. Blair Bell. As qualidades masculinas e femininas são fundamental e eternamente distintas e incommensuráveis. A energia, a luta, a audácia, a iniciativa, a originalidade e a independência, ainda mesmo combinadas algumas vezes com a temeridade, a extravagância, e o defeito, parecem, segundo todas as manifestações, qualidades nas quais os homens – na média, é preciso lembrar, serão mais notáveis do que as mulheres.

- Entre nós as mulheres, o feminismo, em summa, têm conseguido todos os direitos de que é dotado o homem, só não se conformando com os deveres correlativos, o que bem mostra que reconhecem não haver igualdade completa e perfeita dos sexos. Na confecção da Constituição disputaram todos os direitos de que gozam os homens; quando chegou o momento de serem forçadas a cumprir os deveres militares refugaram e conseguiram isenção. Neste ponto estou com ellas, pois o organismo feminino e suas funções, sujeitas a periodicidade inexoráveis, não supportam os rigores das funções militares.

(...)

Não será, pois, uma inovação o nosso código considerar o sexo feminino como uma atenuante dos crimes, igualando-o aos menores de 21 annos – maiores de dezesseis.²⁹⁹

Rodrigues Doria utiliza a justificativa da “balança hormônica” para explicar as diferenças entre homens e mulheres, inclusive de

²⁹⁹ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de código criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 14-15.

temperamento. Segundo seus argumentos, os homens seriam mais enérgicos, teriam mais iniciativa e isso explicaria os lugares sociais diferenciados ocupados por homens e mulheres. Da mesma maneira, isso explicaria porque as mulheres seriam mais frágeis, menos propensas ao crime e iguais, em sua responsabilidade civil e penal, à categoria dos jovens entre 16 e 21 anos.

O argumento de Doria dialoga com a endocrinologia, especialidade médica que ganhou espaço no Brasil entre as décadas de 1930 e 1940. A endocrinologia, nesse período, também tinha uma forte relação com a criminologia, já que, a partir do desequilíbrio hormonal, explicava os comportamentos anormais e criminosos. Essa especialidade médica também se envolveu na seara das discussões sobre as diferenças entre homens e mulheres, inclusive em relação aos desvios sexuais e de personalidade chamada “invertida” – ou seja, uma mulher que detivesse características físicas ou psicológicas associadas à masculinidade, e vice-versa. Alcidesio de Oliveira Junior³⁰⁰ narra o caso de uma mulher que por sentir vontade de se vestir com roupas masculinas, possuir traços considerados masculinos e sentir atração sexual por outras mulheres, procurou a ajuda de médicos, pois achava que poderia ter prejudicado algumas moças, as quais teriam “perdido a virgindade” por sua causa e temia problemas com a polícia. A partir de uma perspectiva biodeterminista, que associava a personalidade a características físicas, os médicos que analisaram essa mulher “invertida” concluíram que sua homossexualidade e seu travestismo, ou seja, suas preferências sexuais e sua identidade de gênero, eram resultado da falta de foliculina, um hormônio feminino, em seu organismo.

Foi associando a “balança hormônica” às características consideradas femininas ou masculinas que Doria construiu sua defesa da inimputabilidade feminina. Utilizando argumentos médicos e científicos, Doria, que teve formação na área de medicina, infantilizou juridicamente as mulheres, ou seja, a partir de diferenças biológicas, instituiu diferenças sociais, marcadas pela exclusão de determinado grupo – as mulheres – a direitos e responsabilidades. É mais um

³⁰⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Alcidesio de. “As glândulas dos indesejáveis: definição científica da *periculosidade* dos indivíduos, nas décadas de 1930 e 1940.” In: **Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão**. São Paulo, 2008. Disponível em <<http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XIX/PDF/Autores%20e%20Artigos/Alcidesio%20de%20Oliveira%20Junior.pdf>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

exemplo de como a medicina e o direito, apesar de serem áreas que disputavam entre si pelo poder de controle social, em muitos casos andavam juntas, uma legitimando o discurso da outra.

Por último é importante destacar que, apesar dos argumentos a favor da inimputabilidade das mulheres aparecerem em algumas obras, não são majoritários e, como no caso do projeto de código de 1899, foram inclusive rejeitados por outros juristas. Rodrigues Doria é o maior defensor desses argumentos, pelo menos nas obras analisadas, revisitando este tema em várias de suas obras, como foi possível perceber na análise das fontes.

4.2.3 Direito ao aborto?

Um dos elogios dos juristas em relação ao artigo de aborto do Código de 1890, refere-se, diferentemente do Código anterior, à penalização da mulher que aborta ou consente no aborto. João Vieira de Araujo é o único dos juristas cujas obras foram aqui analisadas que defende a não penalização da mulher que realizasse aborto em si mesma. Além disso, é o único que afirma que, se o aborto fosse causado pelo marido, a pena deveria ser maior. É uma opinião interessante, se considerarmos as relações patriarcais do casamento neste período, em que a mulher era tutelada pelo marido, de forma semelhante aos filhos.

Para expressar sua opinião sobre o crime do aborto, João Vieira de Araujo reproduz, em um comentário ao Código de 1890, o que escreveu na exposição de motivos de seu projeto de 1893:

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

E' sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuizo para terceiro, é considerado como não constituindo um crime, e isto foi reconhecido, embora desprezado, por Lucchini e seus sabios collegas, na ultima redacção do código que nos serviu de fonte. [o Código Penal italiano] Balestrini, que escreveu um livro precioso sobre esse e outros problemas congeneres, opina que

ainda no caso contrario a sanção das leis civis é preferível á das leis penaes.

Nós, que desde 1830, alcançámos 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 sanção penal neste ponto.

A co-relação social, economica e juridica do *aborto*, *infanticidio* e *suicidio* conduz naturalmente, si não a isental-os da pena, a abaixar esta nos casos puniveis.

A penalidade no aborto consentido pela mulher não póde ser a mesma que a do aborto provocado contra sua vontade.³⁰¹

A opinião deste autor sobre aborto é muito diferente da dos outros juristas aqui analisados. Ele defende que o aborto procurado pela mulher grávida não deve ser punido, enquanto os outros juristas consideram essa mudança do Código de 1890 em relação ao anterior como um avanço. No entanto, Araujo não está defendendo um direito das mulheres ao aborto, pois pune qualquer outra pessoa que provoque o aborto, mesmo com consentimento da mulher grávida. Além disso, o aborto procurado pela mulher não deve ser punido desde que não cause “prejuizo para terceiro”. Ele não especifica o que poderia ser esse prejuízo, mas podemos imaginar que se trate de ferir o direito do marido a sua prole, o que constitui um problema de herança.

Araujo afirma, ainda, que penalizar o aborto procurado pela mulher grávida é um retrocesso, ainda mais quando, ao que parecia a ele, outros países não consideravam mais esta situação como um crime. Esta afirmação do autor é duplamente questionável. Primeiro porque não se pode dizer que é um retrocesso, pois a legislação anterior que discorria sobre os crimes no Brasil, as Ordenações Filipinas, também não considerava essa situação como um crime. Em segundo lugar, ele é o único autor que acredita que o aborto procurado pela mulher estava deixando de ser considerado crime, pois todos os outros autores, citando códigos de outros países, apresentavam esta situação como também criminalizada.

³⁰¹ ARAUJO, João Vieira de. **O código penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. p. 55-56.

Rodrigues Doria, em seu comentário ao projeto de código da Sub-Comissão Legislativa, também aborda o tema do direito ao aborto, citando uma discussão sobre esse tema na Alemanha, embora não assuma uma posição:

(...) Ali se tem discutido muito se deve ser permitido o abôrto no caso de não serem faceis as condições financeiras da mulher, tornando-se difficil ou impossivel a criação do filho. A Camara dos Medicos de Berlim discutiu ultimamente esta questão, sobre a qual houve muita divergencia, sendo rejeitada. Os medicos communistas são de opinião que deve ser permitido por motivos de ordem social.³⁰²

Mesmo as discussões alemãs citadas por Doria não estão falando do aborto como um direito de escolha da mulher, mas como uma saída para um problema social, dos casos em que a situação financeira de uma família não permite o sustento de novos filhos. Dessa maneira, para as primeiras décadas da República no Brasil, não podemos pensar em aborto como um direito das mulheres. Pelo menos na mentalidade dos juristas essa possibilidade não era contemplada.

4.3 O PAI

O pai é uma figura praticamente inexistente nos comentários aos códigos. Quando o pai é alguém que seduziu e abandonou a mulher que resolve abortar ou cometer infanticídio para ocultar sua desonra, só é mal visto moralmente, mas não se fala muito dele. A única situação em que o pai aparece com um pouco mais de destaque é quando se trata do pai legítimo, marido da mulher que comete aborto ou infanticídio, pois teria direito à sua prole. A referência a um caso citado pelo jurista alemão Von Liszt é frequente. Antonio Bento de Faria também se refere a ele:

O caso formulado por **Von Listz** atesta a negativa.

³⁰² DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 54.

Assim, deve-se admitir como punível o aborto que a viuva grávida logo depois da morte de seu marido, por obras de outrem, provocasse aos oito meses de gravidez para fazer crer que o filho é legítimo (*Dir. pen. alemão vol. 2 pag. 49*).³⁰³

O caso descrito nesta citação não é o de um aborto para matar o feto, mas para acelerar o parto, para fazer crer que a criança é filha do falecido marido. A questão levantada por este caso não é a de um atentado contra a vida, mas contra a moral. Além disso, a implicação de uma situação como esta também pode ser relativa à herança: se a mulher em questão e o marido falecido tinham outros filhos antes, a herança, caso a manobra abortiva tivesse sucesso, poderia ser dividida também com uma criança ilegítima.

Apesar de o pai ser uma figura apagada no Código Penal e nos comentários a essa legislação, no Código Civil de 1916 ele é um personagem importante. As atribuições, os direitos e deveres do marido e do pai, foram fartamente descritos naquela legislação, no Livro I da Parte Especial, denominado “Do direito de família”³⁰⁴. O tema da legitimidade e ilegitimidade dos filhos é bastante importante para este Código e dialoga com as poucas referências ao pai encontradas nos comentários ao Código Penal. A preocupação com a legitimidade e a legitimação dos filhos, presente no Código Civil, não diz respeito apenas aos direitos dessas crianças de serem reconhecidas, possuírem um lar e receberem herança. Diz respeito, também, ao direito do pai de ter suas propriedades herdadas por filhos legítimos. A relação entre pai e filhos não aparece no Código Civil somente como uma relação de afeto e de consanguinidade, mas é vista, também, como uma preocupação com a herança e com a propriedade. Um exemplo disso é a descrição da possibilidade de adoção prevista nessa legislação: “Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar”³⁰⁵. Esse artigo mostra claramente o papel principal, pelo menos

³⁰³ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações teórico-práticas ao código penal do Brasil**: de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionais e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. p. 457.

³⁰⁴ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

³⁰⁵ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

na legislação civil, da filiação: se apenas pessoas com mais de cinquenta anos e sem filhos podiam adotar, essa relação não era baseada no afeto, mas na preocupação com o destino da herança e da propriedade.

Percebemos, através das pouquíssimas referências que se fizeram à figura do pai nos comentários ao Código Penal, que, em relação aos crimes de aborto e infanticídio, este personagem não era considerado importante pelos juristas. Deve-se, porém, destacar que algumas obras historiográficas que utilizam processos-crime como fontes apontam para a participação dos companheiros das mulheres que abortam ou cometem infanticídio, seja no próprio ato ou para se desfazerem das provas do crime³⁰⁶. Os pais das crianças, companheiros das mulheres – legitimamente casados, ou não – participavam, muitas vezes, dos crimes de aborto e infanticídio.

As discussões sobre legitimidade da prole, sucessão e herança, que dialogam com as práticas de aborto e infanticídio, especialmente nos casos em que ocorriam no seio de um matrimônio “legítimo”, estiveram mais presentes do Código Civil, não sendo alvo de preocupação dos comentaristas do Código Penal. Essa ausência da figura paterna nos comentários ao Código de 1890 foi tão notável, provavelmente, pela forte associação da reprodução com a responsabilidade materna. Para a mentalidade dos juristas, era legado à mãe, e apenas a ela, a responsabilidade sobre a prole. Enquanto a figura da mãe presente e amorosa se tornava cada vez mais forte, aumentava, também, a criminalização das mulheres que fugiam a esse ideal de mãe, caracterizando o aborto e o infanticídio como crimes exclusivamente femininos. O espanto e a revolta com casos de mulheres que negavam a maternidade, que deveria ser sua função natural e principal na sociedade, era tão grande, que os juristas não deram tanta importância à figura do pai. A ausência da figura paterna nos comentários sobre o Código é, portanto, um reflexo dos papéis sociais de gênero daquela sociedade.

4.4 O MÉDICO

Outra figura que não é muito frequente nos comentários ao Código Penal de 1890 é a do médico. Apesar de não serem muito citados pelos juristas, os médicos tiveram grande influência sobre o

³⁰⁶ Um exemplo é o livro de Fabíola Rohden (2003). *Op cit.* O processo-crime de Luiza Izabel, citado no começo do capítulo 1 desta dissertação, também é um exemplo da participação masculina nesses crimes.

aborto e o infanticídio, advogando pela diminuição e extinção dessas práticas. Fabíola Rohden, em sua obra sobre contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX³⁰⁷, analisa a posição dos médicos em relação a estas práticas, a partir de teses e periódicos médicos, processos-crime e imprensa, destacando a relação apontada pelos médicos entre essas práticas e o crescimento da população. No entanto, o objetivo desta seção não é analisar o que diziam os médicos sobre o aborto e o infanticídio, até porque as fontes utilizadas neste trabalho não nos permitem isso, mas é identificar qual o papel atribuído aos médicos pelos juristas comentaristas do Código Penal de 1890.

4.4.1 O aborto legal

O Código Penal de 1890, em seu artigo 302, prevê pena para o médico ou para a parteira legalmente habilitada que, ao praticarem aborto legal necessário, causem a morte da mulher por imperícia ou negligência³⁰⁸. No entanto, o Código não especifica quais são as situações que compreendem o aborto legal ou necessário.

É em relação ao tema do aborto legal que a figura do médico mais aparece. Mesmo assim, não é com frequência. A maior discussão em relação a este tema e que mais mobilizou a figura do médico foi em decorrência do Projeto 118 A, também chamado de Projeto da Sub-Comissão Legislativa, que foi baseado na proposta de Sá Pereira, com alterações de Evaristo de Moraes e Mário Bulhões Pedreira. O texto do projeto assim discorre sobre o aborto necessário:

Aborto necessario

Art. 173. Não será passível de pena o medico diplomado que, para salvar a vida de alguma mulher, lhe causar o aborto como recurso extremo.

§ 1º Sempre que fôr possível obter o consentimento prévio, deste dependerá a isenção da pena:

§ 2º O consentimento será dado:

pela propria mulher, se o seu estado permittir;

³⁰⁷ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.*

³⁰⁸ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

por seu marido, ou companheiro de vida conjugal; por seu pae ou mãe, o parentes que, no momento, lhe prestarem assistência.

§ 3º A falta de consentimento prévio, quando impossivel de obter-se, será supprida pela affirmação do medico de haver pautado a intervenção pelos dictamos da ethica profissional.

§ 4º Se do aborto resultar a morte da mulher, por impericia, imprudencia, ou negligencia do medico que o tiver causado a este aplicar-se-á a pena de detenção por seis mezes no minimo.³⁰⁹

Segundo este projeto, o aborto necessário, a única forma prevista de aborto legal, seria aquele realizado para salvar a vida da gestante. Em um comentário a este projeto, diferenciando do aborto natural, Rodrigues Doria define o aborto legal como: “**O abôrto artificial**, ou necessario, ou therapeutico, é aquelle que o medico é induzido ou forçado a fazer para salvar a vida da mulher, considerada de mais valor do que a de um fêto de 3 ou 4 mezes.”³¹⁰ Em relação a esta modalidade de aborto, Doria, que tinha formação na área da medicina, destaca o papel do médico nesses casos e a importância da não criminalização desta modalidade de aborto. É importante ressaltar, ainda, a escala de valoração da vida proposta por Doria, na qual a mulher está acima do feto de alguns meses. Essa, no entanto, não é uma opinião consensual, como veremos mais adiante.

Outro ponto a ser destacado neste artigo do Projeto 118 A é a especificação da necessidade de ser um médico diplomado para a realização do aborto necessário. É interessante como este projeto, diferentemente do Código de 1890, retira totalmente a possibilidade da parteira de fazer um aborto não criminalizado. Isso demonstra o processo de medicalização da saúde, em especial da gravidez e da saúde da mulher, que excluiu as parteiras, os curandeiros e as práticas populares de cura através da criminalização dessas práticas. O Código Penal de 1890 teve papel importante nesse processo, uma vez que, em

³⁰⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto n. 118 A.** Crea o Codigio Criminal dos Estados Unidos do Brasil. 1935. p. 37-38.

³¹⁰ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigio criminal brasileiro.** Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 51.

seus artigos 156, 157 e 158, tornava crime as práticas de curandeirismo e magia e a prática da medicina sem habilitação³¹¹.

Rodrigues Doria também comenta sobre a obrigatoriedade do médico ser diplomado para realizar o aborto necessário:

De passagem convém observar que não temos medico sem diploma, que possa fazer esta operação para salvar a vida da mulher gravida.

Submette o Projecto a provocação do abôrto necessario ao consentimento da mulher, se o seu estado permittir, ou ao do marido, ou do amante, ou ao do pae ou da mãe, ou de parentes; e diz no parag. 3º que a falta de “consentimento prévio” póde ser supprida pela declaração do medico de haver “pautado a intervenção pelos dictames da ethica medica”. Aqui ha certa confusão. O profissional deve pautar pelos dictames da moral a decisão em intervir para salvar a vida da gestante em perigo. A intervenção será pautada pelas regras da sciencia e ensinamentos da pratica. Desde que o estado da gestante fôr tal que o medico, pelo que conhece de sua pratica, se convencer de que será fatal ou de grave perigo; em consciencia se resolverá em intervir. Se me tivesse sido dado redigir o paragrapho 3º faria do modo seguinte:

“Na impossibilidade de ser obtido o consentimento, será este supprido pela affirmação escripta de que resolver a intervenção pelos dictames da sciencia e praticas medicas e da ethica profissional.”³¹²

Além disso, Doria critica a redação do artigo do Projeto 118 A. Para este médico, na falta da possibilidade do consentimento da gestante, os familiares, o marido ou o companheiro da mulher não têm poder de decisão sobre a realização do aborto. Apenas quem tem esse poder é o médico.

³¹¹ LIZ, Pamella Amorim. “Marginalização da crença: as práticas de cura em Santa Catarina sob as diferentes óticas”. **Revista Santa Catarina em História**. Florianópolis, v.5, n.1, 2011. p. 24-31.

³¹² DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 48-49.

Foi, porém, na 1ª Conferência Brasileira de Criminologia que o tema do aborto necessário e o papel do médico nessa questão foram mais largamente discutidos. Essa Conferência ocorreu durante 16 dias, entre junho e julho de 1936, e reuniu na sede do Instituto da Ordem dos Advogados diversos juristas brasileiros. O objetivo da Conferência era discutir o projeto de código de Sá Pereira, revisto por Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, e propor sugestões de mudanças e aperfeiçoamentos na redação do texto. De fato, ao final dessa Conferência, com base nas discussões realizadas, os participantes redigiram um documento final, encaminhado à Câmara, contendo as sugestões levantadas. O projeto, assim como as alterações sugeridas pela Conferência, foram discutidos e aprovados na Câmara, encaminhados ao Senado, mas de lá não saiu. Com a chegada do Estado Novo, o projeto foi considerado insuficiente e deixado de lado, sendo substituído, pouco tempo depois, pelo projeto de Alcântara Machado, o qual se converteria no Código Penal de 1940.³¹³

A Conferência Brasileira de Criminologia de 1936 foi organizada em sessões e em cada sessão eram discutidas teses relacionadas ao Projeto de código 118 A. O conceito de aborto necessário foi discutido na última sessão, no dia 9 de julho, “com a presença de 26 delegados e numerosa assistência de advogados, médicos, estudantes e curiosos”³¹⁴, com base na tese do Dr. Carlos Alberto Lucio Bitencourt: “Os conceitos de aborto necessário (artigo 173) e sedução (artigo 257), atendem, no projecto, ás imposições da sciencia?”³¹⁵. Dessa tese, nos interessa apenas a discussão sobre o aborto. A avaliação do projeto, em relação ao aborto necessário, tinha a pretensão de ser científica, sem levar em consideração os aspectos morais. No entanto, como conseguiremos perceber, mesmo para os juristas e os médicos, a moral não estava tão afastada dos argumentos científicos quando se tratava de aborto.

³¹³ As informações sobre a 1ª Conferência Brasileira de Criminologia foram retiradas do último capítulo da biografia histórica de MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. 2007. *Op cit* e do documento elaborado pelos participantes da própria Conferência, CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

³¹⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 181.

³¹⁵ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 181.

A discussão em torno do aborto necessário foi longa na Conferência, com várias opiniões pró e contra. Apesar da extensão da discussão, é interessante reproduzi-la aqui, pois a figura do médico está presente e em destaque. O relatório do Dr. Lucio Bittencourt era favorável à figura do aborto necessário no projeto de código, embora, de forma semelhante à opinião de Rodrigues Doria discutida anteriormente nesse subtítulo, discordasse da necessidade de consentimento:

O Relator, em rápida exposição oral, fez o relatório, manifestando-se de acordo com a admissibilidade do aborto terapeutico, nos termos do artigo 178 do projecto. Não concorda, porém, com os §§ 1º, 2º e 3º desse mesmo artigo, que subordinam ao consentimento a intervenção do clinico. Para o orador, o medico, não tendo apenas o direito de curar, mas sim, e precipuamente o *dever* de curar, não pode ficar dependente da vontade do enfermo para cumprir a sua *obrigação*. Cita Leonidio Ribeiro e Goulart de Oliveira, que escreveram sobre o assumpto paginas magistraes. Relembra o facto narrado por Brisard, de uma senhora franceza, cujo estado reclamava immediata intervenção cirurgica, mas que, ao ver o facultativo, exclamou: “Je ne veux pas être operée. Je ne veux pas être operée! Laissez-moi mourir!” – Sem embargos, fez-se a operação e salvou-se a mulher. Menciona casos identicos, catalogados por L. Faure, Fauquez e Delfin Mendonza. Acha, no entanto, principalmente insustentaveis os numeros II e III do § 2º do art. 173. O n. II outorga ao marido da gestante, que pode ser interessado na morte desta, o direito de se oppôr á intervenção, armando-o, assim, para dispor livremente da vida da mulher. Deveria prevalecer entre o conselho medico, respeitavel por todos os titulos, e a vontade do marido, muitas vezes criminosa, aquelle conselho.”³¹⁶

³¹⁶ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 181.

Dessa maneira, o Dr. Lucio Bittencourt, redator daquela tese, propôs as seguintes mudanças para a redação do texto:

- 1º) merece louvores e deve ser conservado o art. 173, do projecto, que allia á forma primorosa um conceito lapidar;
- 2º) devem ser supprimidos os §§ 1º, 2º e 3º do art. 173;
- 3º) devem ser supprimidos os ns. II e II do §2º.³¹⁷

A partir da avaliação do redator, foram discutidas e votadas as sugestões de modificação do artigo referente ao aborto necessário do Projeto 118 A:

DISCUSSÃO

Falaram sobre os assumptos da these os Drs. Floriano de Lemos, Tanner de Abreu e o Relator novamente, tendo, em aparte, o Dr. José de Campos proposto a seguinte redacção ao artigo 173 do projecto: “Não será passível de pena aquelle que, *exercendo legalmente a medicina*, para salvar a vida de alguma mulher, lhe determinar o aborto como recurso extremo”. Falou, eloquentemente, sobre as criticas feitas, o Dr. Bulhões Pedreira, acolhendo algumas e impugnando outras. Procedeu-se á

Votação

- 1ª) Conclusão do relatorio, preterida pelo substituto do Dr. Tanner de Abreu, que repellia qualquer referencia a aborto, - posto a votos este substitutivo, foi unanimemente rejeitado, entendendo-se aprovada a conclusão do relatorio, em apoio do projecto.
- 2ª) Conclusão do Relator – (sobre supressão dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 173 do projecto). – Votação

³¹⁷ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 182.

nominal; rejeitada, contra o voto do Relator e o do Dr. Pinto da Rocha.

3ª) Conclusão (supressão dos ns. II e III do § 2º).
Aprovada, contra cinco votos.

O paragrapho, cujos ns. II e III a Conferencia opinou fossem suprimidos, diz o seguinte: “O consentimento será dado (para o aborto therapeutico); I – pela mulher, si o seu estado o permittir (mantido); II – por seu marido, ou companheiro de vida conjugal (repellido); III por seu pae ou mão, ou, parentes que, no momento, lhe prestarem assistencia” (repellido).”³¹⁸

Percebemos que na votação prevaleceu a opinião do relator, de que o julgamento do médico se sobrepõe ao consentimento do marido e dos familiares na realização do aborto terapêutico. Ou seja, o aborto necessário seria permitido, a mãe teria a possibilidade de consentir, ou não, se estivesse em condições de decidir, mas a palavra final seria do médico.

Apesar de esta ter sido a proposta final da Conferência, não foi consenso entre todos os juristas presentes. O Dr. Pinto da Rocha considerava o papel dos médicos nos casos de aborto necessário ainda mais importante do que a opinião geral dos conferencistas:

Declaração de voto do Dr. Pinto da Rocha sobre a these XI.

Votei contrariamente aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 173 por entender que o aborto, antes de ser consentido, por quem quer que seja, tem que ser indicado e por junta medica. Não julgo sufficiente a indicação therapeutica feita por um unico clinico. Aliás, neste particular, já o Codigo de Deontologia, attende, com muito mais segurança, ao problema em apreço.

No momento actual, o aborto ainda é pratica therapeutica de resultados positivos, mas o seu abuso, encontraria repressão mais severa, se adoptassemos as normas instituidas no Codigo de Deontologia, já referido.

³¹⁸ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões offerecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 182.

Rio de Janeiro, 9 de julho de 1936. – *Pinto da Rocha*.³¹⁹

Para este conferencista o consentimento não bastava e somente um médico não poderia decidir sobre a necessidade do aborto terapêutico. Seria preciso uma junta médica para avaliar esses casos.

Mas a opinião dissonante que mais chama a atenção é a do Dr. Tanner de Abreu. Henrique Tanner de Abreu (1870-?), médico formado pela Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro³²⁰, membro representante da Academia Nacional de Medicina na 1ª Conferência Brasileira de Criminologia. Ele propôs a retirada de qualquer possibilidade de aborto legal do projeto de código, inclusive o necessário ou terapêutico previsto no artigo 173, ao que justificou da seguinte maneira:

A symphysiotomia, nomeadamente a symphysiotomia com a technica do professor Enrique Zarate, de Buenos Aires, e, sobretudo, a operação Cesariana afastam e condemnam a embriotomia por isso que são recursos valedoiros á disposição do parteiro naquelles casos em que por vicio da bacia o canal pelviano por demais angusto não dá passagem ao fêto a termo. A embryotomia de fêto vivo é pratica de feticidio, directamente realizado.

A expulsão provocada do ovo, do embryão, ou do fêto antes da época de sua vitalidade ou viabilidade, acarreta necessariamente a morte do nascituro. O abortamento nessas condições constitue, pois, pratica de feticidio, por meio directo.

Parteiras ha, ainda hoje, que lançam mão desse recurso e sacrificam a vida do fêto para tentar beneficio em pról da mulher. E' o chamado aborto medico, aborto therapeutico, aborto necessario, aborto legal, a que se refere o Codigo Penal vigente em o art. 302.

³¹⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 183.

³²⁰ Abreu, Henrique Tanner de. **Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930)**. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/abreuhentan.htm>>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

[...]

O “Projecto do Codigo Criminal” diz no art. 173. – Não será passível de pena o medico diplomado que, para salvar a vida de alguma mulher, lhe causar o aborto como recurso extremo.

Os paragraphos 1º a 3º estabelecem a necessidade do consentimento prévio. Mas a falta desse consentimento, quando impossivel de obter-se, será supprida pela affirmação do medico de haver pautado a intervenção pelos dictames da ethica profissional. Não mui restricta era antigamente a lista das indicações propostas para o aborto medico. Tem a referida lista soffrido grande redução e hoje em dia a discussão se estabelece, de preferencia, em torno do que concerne á tuberculose pulmonar e á toxemia gravídica, nomeadamente á eclampsia e a mais particularmente aos vomitos incoerciveis.³²¹

O autor argumenta, utilizando pesquisas de outros países para reforçar seu argumento, que nem nos casos de tuberculose e toxemia gravídica³²² o aborto médico seria necessário ou recomendável, pois não faria tanta diferença para a saúde da mulher. Tanner de Abreu conclui sua justificativa da seguinte maneira: “A’ vista do exposto propõe que seja respeitada a vida do feto e que, pois, seja eliminado o dispositivo do artigo 173 sobre ‘aborto necessario’.”³²³ Ou seja, para este médico, nada, nem o risco de vida de uma mulher, justifica um aborto. A vida do feto estaria acima de tudo, inclusive daquela da mulher que o gerou.

Entre os comentários de Rodrigues Doria e as discussões da Conferência Brasileira de Criminologia, os debates sobre Projeto 118 A

³²¹ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 188-189.

³²² “A toxemia gravídica é uma complicação que evolui em duas fases: a pré-eclampsia, que se manifesta através de hipertensão arterial, edemas e proteinúria; e a eclampsia que, para além de ser acompanhada por convulsões, implica perigo de morte para o feto e para a mãe.” Toxemia gravídica: pré eclampesia e eclampsia. **Medipédia**. Disponível em <<http://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=762>>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

³²³ CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 194.

foram bastante marcados pela presença do tema da medicina e do papel do médico em relação ao aborto terapêutico e da associação desses personagens como representantes privilegiados da autoridade da ciência. A parteira, mesmo a legalizada, sai de cena e a única figura que tem a autoridade para realizar um aborto legal é o médico diplomado. Isso exemplifica a medicalização da saúde feminina, especialmente em relação à gravidez, ao parto e aos eventos relacionados a esses momentos.

Outra discussão levantada pelos comentários e discussões em relação a este projeto gira em torno do consentimento para a realização do aborto terapêutico. No projeto, no caso de a mulher não ter condições de decidir, seu cônjuge ou seus familiares poderiam decidir por ela. Já nas discussões da Conferência Brasileira de Criminologia, esta possibilidade é contestada e o consentimento aceito é apenas o da mulher, caso ela estivesse apta a decidir. A princípio parece que há certa autonomia da mulher sobre o próprio corpo. No entanto, esta autonomia não ultrapassa a autoridade do médico que tem o poder de decidir caso a mulher não possa. Levando em conta que muitos médicos consideravam o puerpério como uma espécie de loucura que incapacitava a razão das mulheres e que muitos também pensavam na gravidez como uma extensão do período puerperal, o médico poderia ter autonomia sobre o corpo da mulher, decidindo sobre a realização ou não do aborto terapêutico, mesmo que esta estivesse consciente.

No projeto de código discutido, o marido aparece como uma figura que teria possibilidade de decidir sobre a execução ou não do aborto terapêutico, situação que é refutada pela Conferência de Criminologia. É interessante como, tanto o projeto, quanto os integrantes da Conferência, discutem sobre a autoridade do “marido” e não do “pai”, ou seja, para esses juristas, as figuras de pai e marido não estavam sobrepostas. Mais uma vez percebemos a ausência da figura do pai, relativa ao aborto. Como vimos, para alguns juristas, como os que redigiram o Projeto 118 A, o marido poderia ter autoridade sobre a vida de sua esposa, mas apenas o médico possuía a autoridade, atestada pela ciência, de decidir sobre a vida e a morte do feto.

4.4.2 Contracepção

O tema da contracepção é quase ausente entre os comentaristas do Código Penal de 1890. Entre os médicos do início do século XX, porém, este era um tema muito discutido. Fabíola Rohden analisa, em conjunto com as práticas de aborto e infanticídio, como a concepção era

percebida nas primeiras décadas do século passado, especialmente pelos médicos. A autora destaca como essas três práticas, em especial o aborto e a contracepção, não eram bem vistas pela maioria dos médicos e também pelo Estado, porque se afirmava que ameaçavam o crescimento da nação.³²⁴

Dentre os comentaristas do Código de 1890 cujas obras foram analisadas, foi encontrada apenas uma referência a este tema. Provavelmente não por coincidência, na obra de um médico, Rodrigues Doria. Em seu comentário ao Projeto 118 A, quando discorre sobre aborto necessário, Doria também comenta sobre contracepção:

Os meios anticoncepcionistas, hoje espalhados e propagados, logo que forem bem conhecidos, por certo prevenirão o abôrto, em que pese as idéas religiosas catholicas que considera a prevenção da concepção tão grave e criminosa quanto o abôrto. O Rev. Paul Le Blakely, S. J., refere o Dr. W Robinson, em um artigo publicado no semanario catholico – **America**, diz: “Para expôr a materia tão claramente quanto posso, direi que no dia em que a Igreja Catholica exhortar seus filhos a mentir e roubar, e abençoar a mão do filho desnaturado que cortar a garganta de sua mãe, e elevar a seus altares o bruto que violar a pureza virginal de sua propria filha – nesse dia, ella, a quem foi dado o divino encargo de ensinar com autoridade, permitirá seus filhos a usar methodos artificiaes de restringir os nascimentos. Não antes desse dia.”

O “Medical World”, de Dezembro de 1932, escreveu: “A prevenção da concepção pertence á mesma classe de actos que o abôrto. E’ um abôrto antecipado. Esta é a verdadeira natureza de cada esforço para prevenir a concepção seguindo o acto sexual para a procreação sómente, e não para diversão, entretenimento, ou negocio. Segue-se portanto que os methodos de fraudar a natureza são damnosos, não importa quando executados. A distincção entre a prevenção da concepção e o abôrto é inteiramente artificial e consequentemente fallaz.”

Não pensamos assim para todos os casos.

³²⁴ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.*

Ninguém ou poucos se convencerão que a crueldade que envolve o infanticídio é a mesma que a do aborto nos primeiros tres mezes da concepção; assim tambem a culpa da prevenção da concepção é sem comparação menor do que a do aborto. A evolução que tem soffrido o crime do aborto já entrou na nossa legislação em parte, reconhecendo o aborto necessario, therapeutico, imprescindivel. EE para os casos em que ha necessidade de provocar o aborto, não será melhor prevenir a concepção? Affirmam os estudiosos destas questões que em casos de operações cesareas, por maiores que sejam as advertencias dos medicos sobre os perigos de segunda concepção, esta se verifica. E se as relações sexuaes não foram criadas senão para a procreação, nem por isso a Igreja aconselha a separação de casaes, um dos quaes não póde procrear, e póde-se dizer que o casamento é antes para legalizar as relações sexuaes, do que para a procreação, que não é sempre uma consequencia fatal.³²⁵

Embora sua opinião pessoal não seja desfavorável à contracepção, assim como ao aborto necessário, Rodrigues Doria traz em seu texto vários argumentos contra essa prática. Para a Igreja Católica, por exemplo, segundo o religioso citado no texto de Doria, não há diferença entre infanticídio, aborto ou contracepção, pois todas essas práticas seriam atentados contra a vida. Outra opinião dos opositores da contracepção é de que seria contrária à função do ato sexual, voltado para a reprodução e não para quaisquer outras funções, como o comércio ou o prazer. Podemos notar que esses médicos utilizam argumentos científicos, pretensamente neutros, para exercerem controle moral sobre as práticas sexuais.

A preocupação com a contracepção, porém, não foi algo frequente para os comentadores do Código de 1890. Um dos possíveis motivos dessa ausência é que o próprio Código não abordava a questão da contracepção. A discussão que Doria traz é, possivelmente, mais uma

³²⁵ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 55-56.

preocupação pessoal deste jurista, mais um diálogo deste médico com seus pares do que relacionada ao Código Penal.

4.4.3 Estupro

O Código Penal brasileiro atual, aprovado em 1940, prevê dois casos em que o aborto pode ser praticado sem constituir crime:

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.³²⁶

Além do aborto necessário, que já foi discutido, o aborto no caso de gravidez resultante de estupro também é permitido, desde que haja o consentimento da gestante e de que seja realizado por médico.

Nas primeiras décadas do século XX discutiu-se sobre a possibilidade de aborto em casos de estupro. Essa discussão desencadeou-se em decorrência dos casos de estupro de guerra por ocasião da 1ª Guerra Mundial, especialmente a partir de 1915, em razão das violências sofridas pelas mulheres francesas e belgas, causadas por soldados alemães.³²⁷ Surgiu uma grande polêmica em torno da possibilidade dessas mulheres abortarem legalmente, inicialmente na França, mas que foi bastante forte também no Brasil. Muitos médicos brasileiros eram contra, e utilizavam diferentes argumentos: por ser a gravidez resultante de estupro, ou seja, sem consentimento da mulher, sua honra não estava manchada; que o instinto materno falaria mais alto do que o ódio pelo estuprador e que, na realidade, o desejo de aborto não era da mulher, mas de seu companheiro enciumado; e que nada justificaria um aborto, a morte de um feto, apenas o risco de vida da mãe, ou seja, que uma vida só poderia ser sacrificada em nome de outra

³²⁶ Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Artigos 125 a 128. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

³²⁷ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.* p. 89.

considerada mais importante. Outra discussão levantada por essa polêmica dizia respeito à população. De quem seriam esses filhos? Qual seria a nacionalidade deles? Carregariam eles os caracteres hereditários do inimigo da nação? Fabíola Rohden, analisando as discussões dos médicos brasileiros sobre essa polêmica, conclui: “Nesse sentido, a discussão sobre o aborto na situação da guerra colocava em cena não apenas o direito das mulheres violadas, mas hereditariedade, regeneração e a relação entre população e soberania nacional.”³²⁸ Essas questões, atravessadas pelas teorias eugenistas, demonstravam, portanto, uma preocupação com a “qualidade” da população.

Essa polêmica e todas as discussões que floresceram dela tiveram frutos posteriores. O projeto de código de Alcântara Machado de 1938, que depois de discussões e alterações se tornou o Código Penal de 1940, abordava o tema do aborto em caso de gravidez resultante de estupro:

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.

Pena – detenção por 6 meses a 2 anos.

§ 1º - Se o crime fôr cometido para ocultar a deshonra própria.

Pena – detenção por 1 a 6 meses.

§ 2º - Não será punível a provocação de aborto feita pela gestante:

I – quando o aborto não se verificar;

II – quando a gravidez resultar de estupro.

(...)

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

§ 1º - Também 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.

³²⁸ *Ibidem.* p. 92.

§ 2º - Responderá, em todo o caso, pela morte ou lesão resultante da intervenção, o médico que se houver culposamente.³²⁹

É a primeira vez que o aborto em caso de gravidez resultante de estupro aparece em projetos de código. Infelizmente não sabemos o que define o crime de estupro neste projeto de código e nem se constitui crime de estupro se realizado pelo marido. O que chama a atenção neste projeto de código é que não só o aborto de gravidez resultante de estupro realizado por médico não é punido, mas se realizado pela própria gestante também não o é. No entanto, esta proposição do projeto de Alcântara Machado não se manteve na redação do Código de 1940.

Este tema foi discutido por comentaristas do projeto de código de Alcântara Machado. Enrico Altavilla, da Universidade de Nápoles, disse o seguinte sobre o tema: “Impossíveis se declaram a tentativa de abôrto cometida pela mulher em si mesma e o abôrto das mulheres que tenham concebido em consequência de estupro. Decide-se dessa maneira uma questão, que dividiu a doutrina depois da última guerra.”³³⁰ Este autor, provavelmente italiano, vinculou a proposição de Alcântara Machado com as discussões sobre aborto em caso de estupro na época da 1ª Guerra Mundial.

Outro autor que comentou essa questão foi Jorge Severiano Ribeiro:

Mantém o projeto a incriminação do **abôrto**, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o abôrto **necessário**, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender.³³¹

³²⁹ ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Código Criminal Brasileiro. [Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] p. 434-436.

³³⁰ ALTAVILLA, Enrico. Um novo projeto de código criminal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Jan-Abr de 1939, V. XXXV, Fasc. I. p. 181.

³³¹ RIBEIRO, Jorge Severiano. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado). V. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: A Noite, [1945]. p. 62-63.

É interessante como o autor fala da manutenção da incriminação do aborto como se houvesse uma possibilidade real de a legislação não ter criminalizado esta prática. Além disso, Ribeiro parece concordar com as exceções da penalização do aborto, em caso de risco de vida da mulher e em caso de estupro, destacando que existem razões tanto sociais quanto individuais para essas exceções.

4.4.4 A questão racial

O tema da raça é outra ausência nos comentários ao Código Penal de 1890. Raramente algum dos comentaristas fazia alguma referência ao tema da raça ou da eugenia e não há nenhuma discussão mais densa sobre isso. Sabemos que a questão racial era extremamente pungente na passagem do século XIX para o XX, que a mestiçagem era vista por muitos como um problema, como causa do enfraquecimento e da degeneração da população e que a manipulação racial, também conhecida como política de branqueamento da população, com a inserção de imigrantes europeus na sociedade brasileira, era vista como uma saída para os problemas da nação³³². Em uma sociedade pós-abolição, a raça era uma importante categoria de diferenciação social.

O aborto e o infanticídio são ligados ao tema da reprodução, que dialoga com questões como a da população, seu crescimento, sua “qualidade” e sua composição racial. Fabíola Rohden aponta como o aborto e o infanticídio entre os chamados “degenerados” não era visto como tão prejudicial quanto os de crianças frutos de casais saudáveis.³³³ Mesmo que a questão racial estivesse ausente dos comentários sobre o Código, esse tema provavelmente ocupou o pensamento desses juristas. Dessa maneira, chama a atenção o fato de que um tema tão presente na sociedade brasileira daquele período e que tem uma relação tangencial com o aborto e o infanticídio não aparecesse nas fontes analisadas. Lilia Moritz Schwarcz, em seu livro clássico *O espetáculo das raças*, destaca a Escola de Direito de Recife como a principal representante na área do Direito das teorias raciais³³⁴. Talvez a predominância de fontes, no presente trabalho, de juristas ligados à Faculdade de Direito de São

³³² Para saber mais: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

³³³ ROHDEN, Fabíola., 2003. *Op cit.*

³³⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz, 1993. *Op cit.*

Paulo, em detrimento da Escola de Recife, pode ter influenciado na ausência do tema da raça.

4.5 O CRIME

Além de falarem sobre os personagens que estão envolvidos nos crimes de aborto e infanticídio – a mãe, o filho, o pai e o médico –, os comentaristas aos códigos também abordaram questões gerais sobre essas práticas. O que constituía esses crimes, comparações entre eles, problemas dos códigos em relação à definição apropriada de cada um deles, quais os prejuízos que esses crimes traziam para a sociedade foram alguns dos temas abordados pelos juristas. O objetivo desta seção é elencar esses temas, analisando como os juristas se referiam a eles.

Algo frequente era a comparação entre esses dois crimes, destacando-se qual era considerado pior e por quê. Para Thomaz Alves Junior, em 1883, o aborto e o infanticídio eram crimes diferentes, sendo o infanticídio pior do que o aborto:

Desta analyse comparativa resulta, que diferentes codigos comprehendem, e definem o crime de *aborto*, já considerando o *crime contra a segurança da pessoa, já contra a ordem da familia*.

O que é certo é que os codigos estão de accôrdo em distinguir o *aborto* do *infanticidio*, considerando este mais grave do que aquelle.³³⁵

Ele considerava o aborto mais compreensível e desculpável do que o infanticídio, porque uma mulher que cometesse aborto não estaria vendo o fruto de seu ventre. Além disso, no momento do aborto, não se sabe se a criança irá viver ou não. Essa é sua opinião, concordando com os franceses Chauveau e Hélie³³⁶:

Esta distincção é evidente: a mulher pejada não é ainda mãe; não é detida pelo amor de uma criança, que não conhece: é mais escusavel quando se deixa arrastar pelo temor da deshonra: sua acção

³³⁵ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 273.

³³⁶ Provavelmente se refere à obra: CHAVEAU, Adolphe; HÉLIE, Faustin. **Théorie du code pénal**. Paris: Chez Alex Gobelet et Videcoq, [1836].

é menos atroz, por isso que tem menos repugnancia a vencer: e depois será certo que este ser que ella destroe continuará a viver ou nasceria viavel? A criminalidade pois é menos grave, os resultados menos funestos. Estes dous motivos devem collocar o aborto, para os olhos do legislador abaixo do infanticidio.³³⁷

Nota-se, ainda, a presença do paradigma da honra, uma vez que esses autores afirmam que o temor da desonra tornaria o aborto mais compreensível.

Em alguns casos, porém, os juristas consideravam o aborto como uma dupla ameaça, ao feto e à mulher. É dessa opinião Antonio Bento de Faria, concordando com o jurista alemão, Von Listz:

Na legislação moderna, diz **Von Listz** (*Dir. pen. allemão vol. 2 pag. 48*) trata-se de garantir o feto e também a vida e a saúde da mulher grávida contra attentados perigosos.

D'esta consideração resulta o duplo aspecto de abôrto nos Codigos: de um lado elle é homicidio ou periclitacão do feto e de outro periclitacão da mulher grávida.³³⁸

Nesse ponto de vista, o aborto seria um duplo atentado contra a vida: contra a do feto e contra a da mãe. Algo bastante negativo se considerarmos o paradigma da vida.

Entre as duas práticas, porém, o crime do infanticídio foi, sem dúvida, muito mais comentado do que o do aborto. Era um crime visto pelos juristas como mais cruel, mais prejudicial à sociedade e mais mal descrito no texto do Código.

Phaelante da Camara inicia seu texto sobre infanticídio abordando como essa prática está presente nos povos que ele denomina de “selvagens”.

³³⁷ ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. p. 273.

³³⁸ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. p. 456.

Entre os selvagens o infanticídio é praticado em tão larga escala que seria fastidioso fazer a enumeração dos múltiplos factos que o provam.

(...)

Uma das regras mais generalizadas é a que consiste em matar os filhos nascidos após o segundo parto, principalmente se pertencem ao sexo feminino, porque, vivendo as tribus ainda na phase militar das aventuras guerreiras, sem pouso fixo, consideram as mulheres como um entrave. D'este desgraçado uso fornece provas irrecusaveis toda a Melanesia.³³⁹

O autor apresenta esses povos como atrasados, que praticam o infanticídio por acreditarem em superstições e o fazem tão frequentemente que as crianças vítimas dessa prática ultrapassariam a metade das crianças nascidas: “Os habitantes das ilhas Sandwich, os Boscurianos, os Hottentotes, os indios da America do Norte, praticam por sua vez o infanticídio, elevando-se, segundo Letourneau, a percentagem das creanças assassinadas a dois terços dos recém-nascidos.”³⁴⁰

Dentre os povos “selvagens” e infanticidas, Phaelante da Camara destaca alguns povos africanos, pela crueldade com que supostamente lidariam com suas crianças, segundo informações das quais não cita as fontes:

Certas tribos africanas da parte meridional levam a paixão cygenetica a ponto de collocarem como isca nas armadilhas aos leões a carne tenra dos recém-nascidos; e algumas outras costumam ornar a mesa dos banquetes com a creanças reduzidas á posição obrigada das leitoas nos jantares campestres, o que, se não é propriamente um festim de Trimalcião, capaz de satisfazer o appetite de epicuristas, é, em todo caso, para

³³⁹ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticídio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 73.

³⁴⁰ CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticídio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904.p. 74.

aqueles convivas, um delicioso manjar de cannibaes.³⁴¹

Este jurista, assim como outros comentaristas do Código de 1890, fala de como o infanticídio era praticado sem punição em períodos passados. Em Roma, destaca o autor, que a vida do recém-nascido estava à mercê da aceitação paterna. Já na Grécia, notadamente em Esparta, eliminavam-se as crianças fracas, deformadas, impróprias para a guerra. Ao apresentarem essas práticas em outros tempos e em outras sociedades, vistas como atrasadas e descritas, muitas vezes, de maneira estereotipada e até irreal, o objetivo desses juristas é defender a ideia de que o infanticídio é uma prática que não cabe ao mundo civilizado, modernizado da passagem do século XIX para o XX. O infanticídio seria, desse modo, uma prática selvagem e arcaica que deveria ser extirpada da sociedade para a qual escreviam – e a legislação penal deveria ter importante papel neste cenário. Possivelmente o exemplo de alguns povos africanos utilizado por Phaelante da Camara não fosse por acaso. Marcar esses povos com essas características de atraso e selvageria seria, de certa maneira, marcar também a parcela da população brasileira descendente desses povos. Em um período em que se acreditava que cada raça tinha diferentes características, e que os descendentes de africanos não contribuiriam para o desenvolvimento eugênico na nação brasileira, esse exemplo não parece apenas circunstancial.

4.5.1 A Igreja

Atualmente, quando se discute a descriminalização do aborto, algo que sempre aparece, inclusive em discussões parlamentares, são argumentos religiosos, especialmente cristãos. Os embates entre religião e ciência, sobre quem tem o poder de decidir sobre a vida e a morte, se são os médicos, com todo o arcabouço científico que os cerca, ou se é apenas a divindade em questão, são polêmicas constantes, que estão presentes também quando se aborda a eutanásia, as pesquisas com células-tronco e a sua utilização para tratamentos médicos.

Nos comentários ao Código Penal de 1890, porém, a temática religiosa quase não apareceu no que se refere aos crimes de aborto e infanticídio. Não temos como explicar essa ausência, mas podemos

³⁴¹ CAMARA, Phaelante da. **O duelo e o infanticídio** (com um prefácio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. p. 74.

inferir alguns possíveis motivos. A separação entre a Igreja Católica e o Estado (Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890³⁴²) foi uma das primeiras ações do governo republicano no Brasil. Algumas das primeiras leis do governo provisório tinham por objetivo consolidar essa separação, inclusive no campo do direito civil: a instituição do casamento civil, a liberdade religiosa, o registro civil dos nascimentos e óbitos, a secularização dos cemitérios e a plena liberdade religiosa (Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890³⁴³) são exemplos disso.³⁴⁴ Talvez esse “zelo laicista”³⁴⁵ da Primeira República tenha influenciado a ausência do tema da religião nos comentários sobre o Código de 1890. No entanto, apesar de ser um tema ausente nos comentários dos juristas e a despeito das tentativas republicanas de separar a religião das questões de Estado, sabemos que a moral católica estava fortemente presente na mentalidade dos juristas e da sociedade brasileira, de forma geral, da passagem do Império para a República. A moral religiosa era, provavelmente, tão central na forma como esses juristas encaravam o mundo e, especificamente, as questões do aborto e do infanticídio, que não precisavam ser explicitadas.

Alfredo Balthazar da Silveira é um dos poucos comentaristas que aborda a questão religiosa. Este autor considera que o cristianismo, em especial a religião católica, teria papel importante na contenção do crescente número de abortos. Para ele, foi apenas a ascensão do cristianismo que melhorou a condição de Roma, em relação ao aborto e a outras questões:

³⁴² **Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890.** Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

³⁴³ **Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890.** Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

³⁴⁴ MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, 2007. *Op cit.* p. 474.

³⁴⁵ Expressão utilizada em RODRIGUES, Fabiana Cardoso Malha. **Idéias jurídicas, famílias e filiação na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1940.** Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008. p. 17.

Si é certo que ARISTOTELES, cognominado pelos Arabes o verdadeiro preceptor do genero humano, opinava pela absolvição da mulher que procurasse abortar nos primeiros mezes da sua gravidez, julgando-o até necessario nas populosas cidades; convem, entretanto, não varrer da memoria o egoismo requintado com que o estado antigo considerava diversos problemas, já ordenando o sacrificio das creanças defeituosas, que jamais poderiam alistar-se nas fileiras, já tolerando a escravidão do vencido e da mulher, cuja situação social só melhorou depois que Roma passou a ser governada por imperadores christãos.³⁴⁶

Silveira associa o suposto crescimento do número de abortos no Brasil a três causas: o ateísmo, a miséria e a pornografia. Para amenizar uma das causas, o ateísmo, o autor propõe a seguinte solução: “E’ preciso restaurar nas escolas o ensino do Christianismo, que ampara e conforta os homens nos dolorosos transe da vida, ensinando-lhes a resignação, inculcando-lhes no cerebro excellentes ensinamentos, irmanando-os, emfim, na dor e na alegria.”³⁴⁷

O médico Joaquim Moreira da Fonseca também utilizava argumentos cristãos para se colocar contra a prática do aborto. Ele se valia da concepção cristã de vida, algo praticamente inexistente nos comentários de juristas ao Código, para expressar sua opinião:

Outra não podia ser minha opinião a respeito, visto como, quer sob o ponto de vista biologico, quer pelo prisma cristalino e puro da moral, o embrião ou o feto não póde deixar de ser considerado um ser humano desde a sua concepção.

³⁴⁶ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 4-5.

³⁴⁷ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 10-11.

Como bem dizia o insuspeito Savigny³⁴⁸, que mais do que ninguém apontou a formidável contribuição da Moral Cristã, na formação da mentalidade jurídica moderna: “O objetivo geral do Direito emana da lei moral do homem, sob o ponto de vista cristão, porque o cristianismo não se apresenta apenas como regra de nossas ações: ele modificou, de fato, a humanidade e se encontra no fundo de todas as nossas idéas, mesmo daquelas que lhe parecem mais estranhas e hostis”.

E a moral cristã moderna todo e qualquer abôrto de fêto vivo, assim como considera o embrião um ser humano, desde a sua concepção.³⁴⁹

Rodrigues Doria, em seu comentário ao Projeto de código 118 A, também aborda a questão religiosa em relação ao aborto. Este autor destaca a posição da Igreja Católica sobre essa prática:

Convem apreciar o abôrto perante o catholicismo que é a religião dominante entre nós. O catholicismo não se oppõe a que o parto seja acelerado, desde que o fêto adquiriu uma idade viavel, mas considera um crime abominavel destruir o producto da concepção, desde que a fecundação se tenha dado, qualquer que seja o motivo. São palavras de um sacerdote catholico, Rev. Fr. Wins borough, citadas por L. A. Parry: “A alma de cada ser começa a existir quando a cellula que a natureza preparou está apta a recebel-a como seu principio de vida”. A lei natural prohiibe a destruição directa da vida innocente, e o fêto com uma alma humana tal qual um homem criado, está sob a protecção da lei. A applicação definitiva desta lei pela Egraja não padece duvida. Foi decretado pelo Tribunal do Santo Officio, em Maio de 1884 e Agosto de

³⁴⁸ Pode ser que se refira ao jurista alemão Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).

³⁴⁹ FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista juridico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 12.

1889, que não pôde ser ensinado com segurança nas escolas que é legal praticar qualquer operação cirurgica que seja directamente destruidora da vida do feto ou da mãe. Uma das disposições das leis canonicas é contraria á provocação do abôrto, mesmo para salvar a vida da mulher (...). Um bispo catholico de Boston, finado, pôz a questão nos seguintes termos: “A doutrina da Egreja Catholica, seus theologos sem excepção, ensinam constantemente têm ensinado que a destruição do feto humano no utero da mulher em qualquer mmento a partir do primeiro instante da concepção, é um crime odioso, igual ao menos, em culpa, ao do assassínio. Elle vem distinctamente condemnado desde o tempo de Tertuliano (no fim do segundo seculo, que o chama **festinatio homicidii**, um homicidio apressado. O Papa Xisto V, em uma bulla publicada em 1588, sujeita os responsaveis do crime a todas as penalidades civis e ecclesiasticas, inflingidas aos assassinos. E’ denunciado e reprovado em muitos outros canones da Igreja.³⁵⁰

Adriano Prospero faz uma longa discussão teológica sobre quando a alma entraria no corpo de uma pessoa, caracterizando o início da sacralidade da vida. Utilizando documentos da Igreja Católica do período medieval e moderno, Prospero aponta para uma falta de consenso sobre o tema, destacando posições que afirmavam que a alma entraria no corpo no período da concepção, ou cerca de quarenta dias após a concepção e até apenas após o batismo. Dessa maneira, o aborto nem sempre era considerado um pecado, caso fosse realizado antes do corpo receber a alma.³⁵¹ Já em relação aos comentários ao Código Penal de 1890 que levam em consideração a religião, percebemos que não há essa flexibilidade em relação ao aborto. Nesses comentários ele é sempre visto como um atentado contra a vida – sagrada – do feto. É mais uma faceta do paradigma da vida.

³⁵⁰ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 57.

³⁵¹ PROSPERI, Adriano, 2010. *Op cit.*

4.5.2 Uma ameaça à população

Alguns poucos relacionaram as práticas de aborto e infanticídio a uma diminuição drástica do crescimento populacional e consideraram tais crimes tão perigosos a ponto de levar uma civilização à ruína devido à falta de cidadãos para defender a pátria. Alfredo Balthazar da Silveira, em seu texto sobre aborto criminoso, de 1918, utiliza esse argumento, exemplificando com civilizações que decaíram, segundo ele, pela falta de braços fortes para defendê-las:

Crime dos que maior repugnancia infunde á consciência do homem honesto, o qual se não póde apiedar dos que o commetteram friamente, sem attender aos justos motivos que a Therapeutica estabelecer; crime, cuja gravidade é tão grande, que a sua pratica diaria póde arruinar cidades florescentes, privando-as de cerebros sadios e de braços robustos, que congregariam as suas melhores forças em seu proveito, - e a Grecia e a Roma desapareceram pela falta de cidadãos resolutos, que as defendessem com entusiasmo e vigor; crime, cujo desenvolvimento é indício seguro da debilidade da sociedade, que o não pune com o vigor adequado, o aborto, taes são os seus desastrosos resultados, bem merece ser classificado entre as pragas destinadas a castigar os dispauterios e erros das nações mal governadas. POLYBIO, o grande historiador grego, que não poude evitar a destruição de Corinthio, servindo depois de conciliador das facções que se degladiavam, affirmava que a decadencia de Athenas era devida quase que exclusivamente ao despovoamento das suas cidades e colonias. Tambem, em Roma, o numero dos nascimentos decresceu consideravelmente quando se importou do Oriente o luxo – o gerador dos vicios que embotam e aviltam a consciencia do homem; quando os romanos trocaram a quietude da vida campestre da qual colhiam magnificos fructos, augmentando a riqueza publica, pelo viver agitado dos enredos e conluios de uma côrte dissoluta, e recebendo em o seu meio e nas suas possessões perigosos malfeitores, que não tardaram em

subjugar os romanos já envilecidos, já esquecidos dos exemplos dos seus gloriosos ancestraes.³⁵²

É interessante notar, também, como o autor vincula a diminuição dos nascimentos – e, segundo seu argumento, o aumento do número de abortos – com a degeneração dos costumes e com o abandono de uma vida bucólica e a ascensão da vida de luxos e vícios da corte. Mas o autor não argumenta apenas utilizando exemplos da Antiguidade; ele utiliza também dados de sociedades contemporâneas a ele, como a França:

LACASSAGNE, o notavel professor de Medicina Legal, em uma Faculdade de Leão, avalia em 10.000 o numero de abortos que se pratica annualmente naquella cidade, emquanto que a cifra dos nascimentos, tambem annuaes, não excede de 8.000. (...) Segundo as informações obtidas pelo DR. PAULO LANDROZ, antigo presidente da Sociedade de Medicina, o numero dos nascimentos, em França, decresceu consideravelmente nestes ultimos vinte annos.³⁵³

Os números parecem exagerados, considerando-se que o número de abortos realizado anualmente é maior do que o de nascimentos. Fabíola Rohden, trabalhando com fontes médicas das primeiras décadas do século XX, percebe a preocupação com a diminuição do crescimento demográfico relacionada ao aumento de práticas contraceptivas e de aborto, especialmente entre pessoas casadas. A autora afirma que, segundo suas fontes, houve, entre 1870 e 1920, um processo de “transição demográfica”, que era alvo de preocupação entre os médicos e os Estados:

O que parece ser indiscutível é que, com o acesso a vários métodos, há por parte dos indivíduos uma tentativa mais eficaz de controle da natalidade em marcha na passagem do século XIX para o

³⁵² SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 4.

³⁵³ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 9.

seguinte. Em vários países verificou-se um aumento do uso de contraceptivos e também na prática do aborto.³⁵⁴

A autora aponta, ainda, que nas primeiras décadas do século XX o casamento não era voltado apenas para a canalização dos desejos sexuais, mas era um importante veículo de geração de filhos fortes para a pátria: “Parece que, nesse momento, a regulação da sexualidade e do casamento estava definitivamente atrelada a fins bem mais nobres que a satisfação individual. Estavam em jogo o povoamento da pátria e a sobrevivência do país.”³⁵⁵

Voltando para Alfredo Balthazar da Silveira, seguem abaixo as sugestões do autor para diminuir o problema do aborto, levando em conta o que ele considerava como as três causas principais deste problema: o ateísmo, a miséria e a pornografia. O trecho é longo, mas é muito interessante e vale ser transcrito na íntegra:

a) multar os jornaes, revistas, typographias ou emprezas jornalisticas, onde se imprimirem annuncios, reclamos e prospectos, aconselhando o aborto, ou indicando os meios de evitar a concepção; *b)* punir os pharmaceuticos e droguistas que expuzerem em seus mostruarios medicamentos para tal fim; *c)* vigiar, tanto quanto possivel, as hospedarias e casas de commodos, obrigando o encarregado de taes estabelecimentos a communicar á repartição competente os nascimentos que ali se verificarem, promovendo-se a sua responsabilidade no caso de connivencia com as mães desnaturadas; *d)* regulamentar a profissão de parteira, exigindo-se das estrangeiras folha corrida dos lugares em que moraram, antes de desembarcar no nosso porto; *e)* amparar a mulher grávida, de sorte que se lhe garanta os meios de subsistencia depois do parto, isto é, alcançar-lhe licença sem perda de tempo para aposentadoria e sem diminuição de vencimentos, quando se tornar necessario o seu descanso; *f)* prohibir a circulação postal de bilhetes obscenos, de reclamos, revistaes e jornaes contendo

³⁵⁴ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.* p. 29.

³⁵⁵ *Ibidem.* p. 27.

anuncios e indicações, que os desbriados possam aproveitar; *g*) multiplicar o numero de creches e jardins de infância, onde possam permanecer, sem perigo algum, durante o dia as creancinhas pobres, cujas mães forem empregadas; *h*) inspecionar as maternidades e casas de saude, não poucas vezes adredemente escolhidas para tão abominavel fim; *i*) recorrer ao cinema de preferencia ás conferencias, que não podem ser ouvidas e compreendidas por todos, para apontar ao publico os desastrosos efeitos que resultam da despoulação de um paiz, - tão grande é a diminuição da natalidade franceza, disse certa vez o general Moltke, que a França annualmente perde uma batalha; *j*) regulamentar o segredo medico, de modo que elle se não transforme em esconderijo legal dos que precisam de explicar-se perante as autoridades judiarias, sendo antes um auxiliar poderoso da Justiça publica na descoberta e punição dos autores e cumplices de um tão abominavel delicto; *k*) impedir a representação de peças e de films, que possam suggestionar os fracos e as levianas.³⁵⁶

A partir deste excerto, percebemos que o aborto, estava em todos os lugares: nos jornais, nas farmácias, nas maternidades, entre as parteiras, entre os médicos, nas casas de cômodos... No entanto, apesar do forte tom moralizador do autor, presente em seu texto todo, que faz uma associação direta entre o aborto e a leviandade e a obscenidade, Silveira é um dos poucos autores a fazer uma tentativa de empatia com a mulher que aborta. Ele é um dos poucos autores que vê o aborto, especialmente o perdoável, além do tema da honra e que percebe uma face social do aborto, a das mulheres pobres e trabalhadoras que abortam porque não podem criar mais filhos, propondo ações que são reivindicadas ainda atualmente, como a licença maternidade sem prejuízo para o emprego da mãe e as creches para as mães trabalhadoras poderem deixar seus filhos sem preocupação enquanto trabalham.

³⁵⁶ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. p. 15-16.

Rodrigues Doria, em seu comentário ao Projeto 118 A, também destaca o aumento do número de abortos. Ele afirma que os números crescentes no Rio de Janeiro estavam preocupando os médicos:

No Rio de Janeiro o numero dos abortos, segundo informações levadas ao seio da Academia Nacional de Medicina, tem chegado a apavorar os medicos e moralistas. Esta Associação, por meio de uma commissão da qual foi relator o então professor de Medicina Legal da Faculdade de Medicina, em 1918, formulou uma série de proposições, a fim de pedir aos poderes publicos que as tornasse lei no sentido de cohibir os abortos voluntarios, ou criminosos. As medidas propostas pela Academia Nacional de Medicina, a não ser a primeira, ou a publicação de todo annuncio, e propaganda néo-malthusiana, umas parecem innocuas, outras inexequiveis. (...)

O abôrto criminoso é difficil de descobrir, sua prova é difficil de ser feita. O Professor Brouardel disse: “o abôrto é um crime que se torna mais frequente por ser excessivamente facil sua dissimulação”. “O abôrto provocado, diz Vibert, “é extremamente frequente e vae sempre em augmente, mas é um dos crimes da maior difficuldade de pesquisa e de prova”. Só uma modificação profunda na vida das mulheres, que lhes dê uma educação solida e moralisada, de trabalho compativel com a sua condição, de independencia e garantia de vida, poderá reduzir o mal.³⁵⁷

Para este jurista, o aborto seria tão frequente porque é um crime fácil de ocultar e sua incidência só diminuiria “quando a educação, a moralidade, a garantia de subsistencia derem á mulher independencia de vida e resistencia á seducção”³⁵⁸. Além disso, este autor defendia o uso de métodos contraceptivos para a diminuição dos casos de aborto.

³⁵⁷ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 54-55.

³⁵⁸ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de codigo criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 60.

Doria faz ainda outra consideração sobre os grandes números de abortos:

A sociedade tem sua parte na produção do abôto: as dificuldades de vida, a impossibilidade de sustentar uma grande família, a ignorância que recahe sobre mulher grávida fóra do casamento, o abandono por parte do autor da obra, a perspectiva da miséria, do desprezo, tudo isto leva a infeliz a empregar todos os meios aconselhados.³⁵⁹

Neste trecho, Rodrigues Doria alivia o peso da responsabilidade das mulheres em relação aos abortos que elas mesmas procuravam e o divide com a sociedade. Acusa a moralidade da sociedade como um dos fatores causadores dos abortos e aponta como a mesma sociedade que julgava as mulheres que cometiam aborto não fazia nada para diminuir a mácula de uma gravidez indesejada.

A preocupação com o número de abortos e infanticídios como uma ameaça ao crescimento populacional pode parecer um exagero, mas ela existia. Fabíola Rohden destaca que “a reprodução e, mais particularmente, o controle da natalidade se convertem em questões de interesse público, sob o rótulo da relevância do problema da ‘população’ para o desenvolvimento nacional nas primeiras décadas do século XX”³⁶⁰ e as práticas de contracepção, aborto e infanticídio passam a ser vistas não apenas como um atentado contra a vida, mas como uma “ameaça ao crescimento da nação”.

Dessa maneira, a infância passa a ter um novo significado, a vida da criança, do recém-nascido e do feto passa a ter mais valor e a maternidade passa a ter maior importância. A mulher passa a ser vista como a mãe e seu papel na sociedade passa a ser a criação e a educação de filhos fortes e saudáveis para a nação.

Nas fontes analisadas, entre comentários e projetos de código, o paradigma da vida se evidencia quando as práticas de aborto e infanticídio passam a ser consideradas pelo prisma do atentado contra a vida, além apenas da ideia da defesa da honra. Este paradigma se consolida, porém, quando a penalização das práticas de aborto e infanticídio se torna parte de uma forma de gerenciamento da

³⁵⁹ DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de código criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. p. 56-57.

³⁶⁰ ROHDEN, Fabíola, 2003. *Op cit.* p. 19.

população, ou seja, quando a preocupação com a vida e a morte se torna uma questão biopolítica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

23 de Setembro de 1890. Distrito dos Morretes, Comarca da Villa de São Sebastião de Tijucas. Santa Catarina, Brasil.

Depois de passar o dia vendendo roscas de polvilho, a liberta Izabel, ao voltar para sua casa, encontra uma cena que, muito provavelmente, a deixou chocada: seu companheiro há cerca de 35 anos, o ex-escravo José Criolo, e a filha do casal, Luiza Izabel, encontravam-se em uma atitude que sugeria “cópula carnal”. Uma “alteração de voz” seguiu-se a este fato e a briga do casal resultou para Izabel uma vista “muito offendida” e para José Criolo e sua filha Luiza Izabel, um longo processo crime³⁶¹.

Este foi o clímax de uma história que se iniciara dois anos antes, quando a família ainda morava na casa de seu ex-senhor, Marcellino da Silva. Assim começou a história: certa noite, José Criolo entrou no cômodo onde dormia sua filha Luiza e “forçou-a tendo com ella copula carnal”. As relações secretas entre pai e filha continuaram até que, em 1890, Luiza engravidou de José Criolo. Preocupado em não ter suas relações com a filha descobertas, o ex-escravo procurou alguém que pudesse o ajudar a “faser desaparecer o fructo de sua imprudencia”. Domingos, outro ex-escravo, recomendou que José Criolo fosse até a vila procurar Pedro Rocha, natural da Costa d’África, também ex-escravo, conhecedor de remédios e beberagens. Seguindo o que lhe foi recomendado, José Criolo comprou de Pedro Rocha, pela quantia de mil réis, uma beberagem para curar “gonerhea” feita de “caroba, cardo branco, pequena quantidade de arruda, e paú para tudo, e agua”.

José Criolo deu a beberagem a sua filha, explicando que deveria ser ingerida em diferentes doses. Alguns dias depois, em 27 de julho de 1890, Luiza abortou sozinha, sem auxílio de ninguém, uma “criança de cor preta a qual era do sexo masculino não tendo ainda cabellos nem penugem nem tão pouco as unhas formadas a qual nasceo sem vida”. Ainda neste mesmo dia, Luiza sepultou o fruto da relação incestuosa em uma touceira de bananeiras e a garrafa com o resto da beberagem em

³⁶¹ Justiça Municipal do Termo de Tijucas. **Processo crime contra José Marcellino da Silva, Luiza Izabel e Pedro Rocha**. 1890. Digitalizado. Acervo: Laboratório de História Social do Trabalho e da Cultura – CFH/UFSC. As citações seguintes sobre a história de Luiza foram retiradas deste mesmo processo.

outra touceira. Depois de algum tempo após o aborto, as relações entre José Criolo e Luiza recomeçaram até serem descobertas, naquele mesmo ano, pela liberta Izabel.

José Criolo foi acusado de dois crimes, descritos nos artigos 222 e 200 do Código Criminal do Império, então vigente. Luiza foi acusada pelo crime descrito no artigo 199. Pedro Rocha, assim como José Criolo, também foi acusado pelo artigo 200. Estes são os crimes:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
 Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
 Se a violentada fôr prostituta.
 Penas - de prisão por um mez a dous annos.
 [José Criolo]

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.
 [José Criolo e Pedro Rocha]

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. [grávida]
 Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
 Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
 Penas - dobradas.
 [Luiza]³⁶²

Depois do inquérito policial, dos depoimentos das testemunhas, da exumação e da autópsia do feto, do julgamento de nossos três personagens – no qual Pedro Rocha é inocentado –, houve, ainda, a

³⁶² **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

revisão do processo. Neste momento, uma reviravolta interessante acontece: o juiz de direito da comarca e presidente do Tribunal do Júri, Antero Francisco de Assis, retira a condição de ré de Luiza Izabel, justificando seu ato da seguinte maneira:

Quanto a ré Luiza Izabel revogo a pronuncia a fl. 59 para julgar como julgo improcedente a denuncia, porquanto, a denunciada tomando a poção que lhe dera o réo José Marcelino da Silva, não incorreo nas penas do art. 199 do Cod. Crim., cuja disposição não abrange a mulher pejada, que consente ou (...) provoca o aborto em si mesma. Em face de tão expressa disposição só ha crime quando o aborto é occasionado por terceiro.

Pelo Código Criminal então vigente, Luiza, assim como qualquer outra mulher brasileira, não poderia ser presa por cometer aborto em si mesma, uma vez que não havia nenhum artigo que previsse este crime, mas apenas o crime de aborto provocado por terceiros. Luiza, então, deixou de ser ré do processo.

1923-1924. Florianópolis. Santa Catarina, Brasil.

Florencia Baptista, moça solteira de 25 anos, “typo de roceira, mulher franzina, pallida”³⁶³, trabalhava como empregada para um comerciante no bairro do Estreito. Certo dia, o comerciante esperou sua esposa sair de casa e obrigou Florencia a entregar-se a ele. Ela relutou, mas o homem era mais forte e venceu a resistência da moça.

Envergonhada do acontecido, Florencia deixou seu emprego na casa do comerciante e voltou para sua cidade de origem, Biguaçu. Passado algum tempo, surgiu a oportunidade de trabalhar na capital na casa do Sr. Abrahão Buatim. Segundo notícia veiculada no jornal *O Estado*, que contava a história da moça, Florencia foi recebida com muito carinho na casa do Sr. Buatim e estava muito feliz pela vida que levava. Até que percebeu que do seu emprego no Estreito restara não

³⁶³ Mãe desnaturada! Deixou o filhinho recém-nascido exposto á sanha dos corvos – O ESTADO ouviu Florencia Baptista. **O Estado**. Florianópolis. 10 de maio de 1924. Ano IX, Nº 2962. p. 1, colunas 4 e 5. As citações a seguir que dizem respeito à história de Florencia Baptista foram retiradas do mesmo artigo.

apenas o sentimento de vergonha que a fez voltar para Biguaçu, mas também uma criança indesejada que crescia em seu ventre.

Não era a primeira vez que passava por essa situação. Alguns anos antes, em 1916, quando era ainda mais jovem, Florencia fora iludida por falsas promessas e se entregou a um amor condenado do qual restara apenas, nas palavras do jornal, “uma amarga lembrança: um filhinho que [deu] para criar à uma família do Ribeirão”.

O que poderia fazer agora, que era mais velha, era solteira, morava em um lugar longe de sua família? Tinha muito medo de que a vida que a estava fazendo tão feliz fosse destruída. “Desesperada, aguardava o desenlace daquele triste caso”, até que chegou o dia em que sentiu aproximar-se a “hora terrível”. Sem pedir ajuda a ninguém, Florencia correu aos fundos do quintal da casa onde morava e trabalhava e deu à luz a uma criança do sexo masculino que, conforme afirmava a moça, nascera morta. Muito nervosa com o ocorrido, Florencia abandonou o corpo da criança naquele mesmo quintal e recolheu-se ao seu quarto.

Alguns dias depois, o Sr. Buatim, patrão de Florencia e dono da casa onde a moça morava, achando “estranho o movimento de corvos atrás de suas bananeiras”³⁶⁴ foi verificar o que estava acontecendo e encontrou o corpo da criança a que Florencia havia dado à luz alguns dias antes. Florencia teve que ir à Delegacia de Polícia da Capital prestar depoimento e teve que responder a um processo de infanticídio. No Código Penal então em vigência, o de 1890, o infanticídio era descrito pelo artigo 298:

Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

Paragrapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria:

³⁶⁴ SILVA, Cristiani Bereta da. Amores e dores, brigas e intrigas de Zulmas, Marizas, Florências... Processos judiciais 1900 a 1996. In: PEDRO, Joana Maria (org.). **Práticas proibidas**: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p. 60.

Pena – de prisão celllular por tres a nove annos.³⁶⁵

A partir do dia 09 de julho de 1924, Florencia Baptista não precisou mais se preocupar com o processo a que estava respondendo. Como não foi possível realizar o exame de docimásia hidrostática, não se pôde saber se a criança havia nascido viva ou morta e, portanto, se houve ou não infanticídio, a denúncia foi julgada improcedente.

O que as histórias dessas duas jovens mulheres têm em comum? Por que escolhi estas duas personagens para finalizar esta dissertação? Luiza e Florencia engravidaram indesejadamente. As duas engravidaram de homens que, pelo menos a princípio, não escolheram. Ambas se desvencilharam dessa situação incômoda. E, finalmente, tanto Luiza, quanto Florencia, acabaram passando pelas mãos da justiça, saindo de seus processos-crime sem punição formal, mas, certamente, não sem consequências. São mulheres jovens, solteiras, sozinhas, pobres e em situação de precariedade. Para essas mulheres, a perda da honra, esse bem ao mesmo tempo físico e imaterial tão prezado pela sociedade brasileira do final do século XIX e início do XX, podia estigmatizá-las de uma forma irreversível. Essas duas moças veem seus atos de desespero para se livrarem de filhos indesejados descobertos, criticados, criminalizados. Mas, ao final dos processos-crime em que se encontram enredadas, não são condenadas. As trajetórias judiciais dessas duas jovens mulheres transcorrem em um momento de transformação da legislação criminal no Brasil, entre outros aspectos, no que diz respeito às práticas do aborto e do infanticídio.

A história de Luiza, especialmente, tem uma relação interessante com a mudança da legislação criminal no início da República. Se a história do aborto de Luiza houvesse ocorrido apenas alguns meses depois, o desfecho poderia ter sido muito diferente. No mesmo ano que Luiza Izabel abortou o filho, fruto de sua relação incestuosa com seu pai, 1890, entrou em vigor o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* que, contrariamente ao Código anterior, considerava criminosa a mulher que provocasse um aborto em si mesma. Ou seja, no decorrer do

³⁶⁵ **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

processo de Luiza, duas legislações criminais diferentes estiveram em vigor no Brasil. No entanto, como o início do processo se deu antes da aprovação do Código Penal republicano, Luiza foi julgada de acordo com a legislação criminal anterior ao Código de 1890: o *Código Criminal do Império do Brasil*.

E se Luiza não houvesse abortado? E se seu pai, José Criolo, não houvesse lhe fornecido a beberagem abortiva? E se Luiza e José Criolo houvessem esperado a criança nascer para, só então, “fazer desaparecer o fructo de sua imprudencia”? Caso fosse descoberta, Luiza responderia a um processo que poderia resultar em 24 anos de prisão celular, como quase aconteceu com Florencia mais de três décadas depois da história de Luiza?

Essas perguntas nos fazem pensar sobre as incontáveis mulheres que passaram por situações semelhantes às de Luiza Izabel e Florencia durante a vigência do Código Penal de 1890. São sobre essas mulheres que as discussões dos juristas e os projetos de código projetavam novos horizontes de criminalização ou descriminalização das práticas de aborto e infanticídio. Os debates jurídicos analisados ao longo deste trabalho podem parecer, às vezes, enfadonhos e distantes da realidade, principalmente se considerarmos que os problemas apontados pelos juristas como causas que levavam as mulheres a cometerem aborto e infanticídio nem sempre correspondiam aos problemas reais dessas mulheres. Mas cada nova opinião discutida, cada novo projeto de código poderia se tornar uma lei que influenciaria na vida de muitas Luizas e Florencias.

A partir da análise e interpretação de diversos comentários ao Código Penal de 1890, projetos de códigos e avaliações desses projetos, pude perceber que o aborto e o infanticídio não eram tabus. Pelo contrário, eram questões muito discutidas. Em praticamente todos os comentários analisados havia discussões sobre essas práticas e a maioria delas eram extensas. O aborto e o infanticídio eram temas analisados sob a perspectiva da lei, da ginecologia, da obstetrícia, da psiquiatria e da medicina legal e a disputa dos médicos e juristas sobre a compreensão e o controle dessas práticas exemplifica a tensão entre essas duas áreas de conhecimento, que tinham em seu poder a discussão do futuro e dos rumos da nação nas primeiras décadas republicanas no Brasil.

Apesar de não serem bem vistos por nenhum dos juristas cujas obras foram analisadas, o aborto e o infanticídio não eram temas consensuais. As nuances implicadas nessas práticas estavam em constante disputa. Isso acontecia, provavelmente, porque o aborto e o

infanticídio dialogavam com outros temas, complexos e polêmicos, como a honra e até onde se poderia alegar sua defesa, a vida e os direitos civis do feto e do recém-nascido, os direitos da mulher de decidir sobre si mesma.

Além disso, aborto e infanticídio dizem respeito à reprodução, e não apenas ao fenômeno natural da reprodução humana, mas à reprodução social, ao crescimento populacional de uma sociedade, de uma nação. Dessa maneira, dialogam com o significado da infância, com o que se espera da maternidade e com a preocupação com a população no futuro e com o futuro do povo.

As discussões dos juristas sobre aborto e infanticídio durante a vigência do Código Penal de 1890 estiveram ligadas a dois paradigmas: o da honra e o da vida. O paradigma da honra, muito forte no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, considerava o aborto e o infanticídio justificáveis se ocorressem para a ocultação da desonra. E, como pudemos perceber, a ideia de honra era bastante flexível, podendo abranger, inclusive, os parentes da mulher desonrada. No entanto, mais perto da aprovação do Código Penal que sucedeu o republicano, o paradigma da honra passa a perder força, até que desaparece da redação do Código Penal de 1940. Já o paradigma da vida, tímido nas primeiras décadas do século XX, ganha força à medida que se adentrava o século passado. A defesa da vida do feto passava a estar acima do sentimento da desonra, o infanticídio passava a ser cada vez menos concebível, sendo atenuado apenas em caso de loucura puerperal, e a permissividade do aborto também se tornava mais limitada, ocorrendo principalmente em casos de defesa da vida, mas da vida da mãe. Ainda assim, apesar das diferenças, esses dois paradigmas coexistiram por muito tempo e, de certa maneira, dialogavam entre si. Tanto no paradigma da honra, quanto no da vida, havia a preocupação em definir e regular um conjunto de valores sociais que implicavam desde o modelo de família que se almejava, até o projeto de população e nação.

O paradigma da honra, marcado pela ideia da defesa da honra, perdeu sua força jurídica com a aprovação do Código Penal de 1940, que retirou qualquer atenuante *honoris causa* em casos de aborto e infanticídio. Mesmo assim, ele não se extinguiu totalmente. De certa forma, esse paradigma ainda existe e podemos percebê-lo, por exemplo, em casos de assassinato motivados por adultério. Apesar de a linguagem da defesa da honra não ser mais tão recorrente, a ideia de “lavar a honra”, especialmente a masculina, em certa medida, está presente nesses crimes. Os jornais diários noticiam diversos casos. Foi o que

aconteceu com Daniel Rodrigues Ferreira, na madrugada de um sábado, em 2012, no centro de Balneário Camboriú, em Santa Catarina. Após uma discussão com sua mulher, Rosana dos Santos, no apartamento do próprio casal, Daniel matou-a com uma facada no pescoço. Depois de gravar um vídeo de sua mulher morta em seu celular, entregou-se às autoridades policiais. Segundo a polícia, o motivo do crime passionai seria uma traição.³⁶⁶ Outro caso, ocorrido em uma madrugada de 2011 no município de Mafra, também em Santa Catarina, também envolve assassinato motivado por traição. Clóvis Antônio Mendes encontrou sua namorada na cama com o ex-marido desta, Célio Assis Abigaus. Tomado pela raiva, Clóvis bateu repetidas vezes com um pedaço de madeira na cabeça e no corpo de Célio, provocando sua morte.³⁶⁷ Clóvis foi preso em flagrante. Esses casos, tão atuais, lembram sobremaneira os processos de uxoricidas, narrados por Joseli Mendonça³⁶⁸, em que honra, paixão e assassinato andavam juntos.

O paradigma da vida, em relação aos crimes de aborto e infanticídio, não é recente. Apesar de ter sido consolidado mais ao final da vigência do Código de 1890, conseguimos percebê-lo, embora mais discreto, ainda durante a validade do Código Criminal de 1830. Desde a aprovação do Código Penal de 1940 ele não perdeu força e está ainda muito presente em nossa sociedade e em nossa mentalidade. Argumentos contra a descriminalização do aborto que levam em conta apenas a vida do feto, sem levar em conta a qualidade da vida dessa criança quando nascer e durante seu desenvolvimento, sem considerar o direito de escolha das mulheres, ignorando a quantidade de mulheres que morrem todo ano em decorrência de abortos clandestinos mal executados, fenômeno considerado por muitos como um problema de

³⁶⁶ “Marido mata mulher com facada no pescoço no Centro de Balneário Camboriú”. **Jornal de Santa Catarina**. Blumenau, 22 de abril de 2012. Disponível em <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2012/04/marido-mata-mulher-com-facada-no-pescoco-no-centro-de-balneario-camboriu-3734995.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

³⁶⁷ “Homem descobre traição e mata rival em Mafra”. **A Notícia**. Joinville, 18 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/noticia/2011/12/homem-descobre-traicao-e-mata-rival-em-mafra-3600361.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

³⁶⁸ MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007.

saúde pública, são muito utilizados atualmente por diferentes grupos sociais, religiosos ou não.

Um exemplo disso é o projeto de lei PL 478/2007³⁶⁹, também conhecido como Estatuto do Nascituro, que está em trâmite da Câmara dos Deputados. O objetivo deste projeto de lei, aclamado por grupos denominados “pró-vida” e muito criticado por grupos feministas, tem o objetivo de assegurar os direitos daquele que ainda não nasceu. O Estatuto do Nascituro, caso seja aprovado, estabelecerá que o feto, desde a concepção e em qualquer momento da gestação, é um cidadão de plenos direitos civis. Até o embrião, mesmo nos primeiros dias de sua formação, é igualado em direitos à criança. Qualquer manipulação de um nascituro, como seu congelamento ou sua utilização para pesquisas, se constituiria em crime, punido com detenção de um a três anos e multa. Ou seja, se este projeto de lei for aprovado, a utilização de células-tronco embrionárias, seja para pesquisa científica ou para cura de doenças, se tornaria um crime.

O aborto também é alvo de atenção do Estatuto do Nascituro. Este projeto de lei pretende transformar o aborto em crime hediondo, ou seja, incluí-lo na mesma categoria de crimes em que se encontram o estupro e o genocídio³⁷⁰. Qualquer possibilidade de aborto, segundo o Estatuto, estaria proibida, inclusive as atualmente asseguradas por lei, como a de gravidez em caso de estupro e a de gravidez de fetos anencéfalos. Também se tornaria crime “anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto” e até “fazer publicamente apologia do aborto ou de quem o praticou, ou incitar publicamente a sua prática”. Dessa maneira, até falar sobre aborto se tornaria um crime, transformando essa prática em um tabu social.

Ao mesmo tempo em que presenciamos ações progressistas, como a aprovação da opção da mãe pelo aborto em casos de anencefalia, no Supremo Tribunal Federal do Brasil, e a descriminalização do aborto no Uruguai, vemos argumentos conservadores, sob a linguagem da religião e da defesa da vida, que não levam em conta a saúde física e

³⁶⁹ **PL 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=589B7405BD16517190E9630600A95AF1.node1?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em 28 de novembro de 2012

³⁷⁰ Crimes hediondos. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/85431.html>>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

psicológica e o direito de escolha das mulheres, podendo se tornar lei. É o paradigma da vida que se reinventa, tornando as discussões e os argumentos dos juristas brasileiros das primeiras décadas republicanas cada vez mais atuais.

FONTES

- **Legislações**

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7a%091.htm>. Acesso em 19 de julho de 2012.

Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Código dos Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871. Lei do Ventre Livre. Disponível em <http://fij.tj.rs.gov.br/fij_site/docs/LEGISLACAO/LEI+DO+VENTRE+LIVRE.HTM>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em 24 de julho de 2012.

Livro de decretos 1889-1890. (Acervo: Arquivo Nacional. Série Justiça. Notação: II⁴ – 4 dez 1889 – 24 out 1890)

Ordenações Filipinas. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>>. Acesso em 05 de abril de 2012.

PL 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=589B7405BD16517190E9630600A95AF1.node1?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

- **Relatório ministerial**

BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro (Manoel Ferraz de Campos Salles). **Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 18. Disponível em <<http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000001.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

- **Projetos de legislação e pareceres**

ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Código Criminal Brasileiro. [Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

ARAÚJO, João Vieira de. **Nova Edição Oficial do Código Criminal do Império do Brasil:** ante-projecto pelo advogado Dr. João Vieira de

Araujo. Recife: 1889. (Acervo: Arquivo Nacional. Diversos códices SDH. Notação: código 810.)

ARAUJO, João Vieira de. **Nova edição oficial do Código Criminal Brasileiro de 1830**: ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto n. 118 A**. Crea o Codigo Criminal dos Estados Unidos do Brasil. 1935. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões offerecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Codigo Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Anno de 1894, V. II. (MORAES, Leite; SANTOS, Brasilio dos; MONTEIRO, João. Camara dos Deputados. Projecto N. 250-1893. Substitue o Codigo Penal publicado pelo decreto n. 847 de 11 de Outubro de 1890. Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo. p. 7-118) (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Set-Dez de 1937, V. XXXIII, Fasc. III. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Jan-Abr de 1939, V. XXXV, Fasc. I. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do código penal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana,

1913. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

- **Comentários aos códigos**

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoreticas e praticas ao codigo criminal**. Primeira parte, Tomo I, 2ª edição correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1886. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoreticas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

ARAUJO, João Vieira de. **Codigo penal commentado theoretica e praticamente**. Rio de Janeiro; São Paulo: Laemmert & C. editores, 1896. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

ARAUJO, João Vieira de. **O codigo penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

ARAUJO, João Vieira de. **O codigo penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilacqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

CRUZ, João Francisco da. **A pena em face do Código**: seus defeitos. (Dissertação apresentada á Escola de Direito da Universidade de São Paulo no concurso da 2.a cadeira do 4.o anno). São Paulo: Pociá & Comp., 1917. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

DORIA, Rodrigues. **Reforma do Código Penal Brasileiro e outros artigos**. Bahia: Livraria Economica, 1925. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de código criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Volume II (Parte Especial). 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Bello Horizonte: Francisco Alvez & Cia, 1913. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista juridico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Anno de 1894, V. II. (CARVALHO, Amancio de. Estudo medico-legal do infanticídio. p. 151-159.) (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado)**. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editôra a Noite,

[1940]. p. 25-26. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. (Acervo: Fundação Biblioteca Nacional)

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, S/D. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

SOARES, Oscar de Macedo. **Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [1910]. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adulterio, defloramento, estupro, a sedução no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897. (Acervo: Acervo pessoal de Henrique Espada Lima)

- **Periódicos**

Jornal do Commercio. Edições entre os dias 14 e 19 de outubro de 1890. (Acervo: Biblioteca Nacional. Microfilme: Jornal do Commercio. Rolo PRC-SPR 1(171). 1890. Set-Out. ANO/VOL: 68. Nº 244-304.)

Mãe desnaturada! Deixou o filhinho recém-nascido exposto á sanha dos corvos – O ESTADO ouve Florencia Baptista. **O Estado**. Florianópolis.

10 de maio de 1924. Ano IX, Nº 2962. p. 1, colunas 4 e 5. (microfilmado) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

O Estado de São Paulo. Edições entre os dias 28 de setembro e 20 de novembro de 1890. (Acervo: Biblioteca Nacional. Microfilme: O Estado de São Paulo, 1890, Janeiro a Dezembro, ANO/VOL: XVI, Nº 4.427 a 4.754.)

- **Processos-crime**

Justiça Municipal do Termo de Tijucas. **Processo crime contra José Marcellino da Silva, Luiza Izabel e Pedro Rocha.** 1890. Digitalizado. (Acervo: Laboratório de História Social do Trabalho e da Cultura – Centro de Filosofia e Ciências Humanas / Universidade Federal de Santa Catarina)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aborto em caso de anencefalia deixa de ser crime. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,aborto-em-caso-de-anencefalia-deixa-de-ser-crime,860288,0.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

Abreu, Henrique Tanner de. **Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930)**. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/abreuhentan.htm>>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

A História da Câmara dos Deputados. A 1ª República. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/a-camara/conheca/historia/historia/a1republica.html>>. Acesso em 24 de outubro de 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

Baú Migalheiro: Evaristo de Moraes. **Migalhas**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI63572,51045-Biografia+do+advogado+Evaristo+de+Moraes>>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

Biografia (Campos Salles). **Biblioteca da Presidência da República**. Disponível em < <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/campos-salles/biografia> >. Acesso em 20 de novembro de 2012.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Dicionário Bibliográfico Brasileiro**. V. III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRANCHER, Ana Lize; AREND, Silvia Maria Favero. **História de Santa Catarina no século XIX**. Florianópolis: EdUFSC, 2001.

BUTLER, Judith. **Cuerpos que importan**. Sobre los limites materiales y discursivos Del “sexo”. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

CARVALHO, Paula Torres de. Aumentam na Europa os bebês abandonados em “rodas” modernas. **Público**. 11 de junho de 2012. Disponível em <<http://www.publico.pt/Sociedade/aumentam-na-europas-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

CASSILLA, Lúcio Corrêa. Direito Penal ou Direito Criminal? **JurisWay**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1475>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

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

CASTRO ALVES. **Os escravos**. (S/D) Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Castro%20Alves-2.pdf>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. Campinas: Editora da Unicamp; Centro de Pesquisa em História Social da Cultura, 2000.

Conceito e evolução da teoria do crime. **UniversoJus**. Disponível em <<http://www.universojus.com.br/conceito-e-evolucao-da-teoria-do-crime>>. Acesso em 29 de outubro de 2012.

Congresso do Uruguai aprova descriminalização do aborto. **G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/congresso-do-uruguai-aprova-descriminalizacao-do-aborto.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2012.

Crimes hediondos. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/85431.html>>. Acesso em 28 de novembro de 2012.

Dicionário bio-bibliográfico. **Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro**. Disponível em <http://www.cdpb.org.br/dic_bio_bibliografico_pereiravirgilio.html>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

Dicionário biográfico de médicos de Sergipe. Disponível em <<http://linux.alfamaweb.com.br/asm/dicionariomedico/dicionario.php?id=31909>>. Acesso em 07 de novembro de 2012.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

Evaristo de Moraes. **Arquivo Edgard Leuenroth**. Disponível em <http://segall.ifch.unicamp.br/site_ael/index.php?option=com_content&view=article&id=126&Itemid=90>. Acesso em 06 de novembro de 2012.

Executivo promulga lei que descriminaliza aborto no Uruguai **G1**. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/10/executivo-promulga-lei-que-legalizara-aborto-no-uruguai.html>>. Acesso em 27 de novembro de 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Bernardo Mello. Funai pressiona e Câmara esvazia projeto de combate ao infanticídio. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 7 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0708201115.htm>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

FREIRE, Maria Martha de Luna. “Ser mãe é uma ciência’: mulheres, médicos e a construção da maternidade científica na década de 1920.” **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.15, supl., jun. 2008. p.153-171.

Galdino Siqueira (1874-1961). Disponível em <<http://www.penalista.pro.br/grandes-professores/brasileiros/galdino-siqueira-1874-1961>>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

Galeria de Diretores. José de Alcântara Machado D’Oliveira. Disponível em <http://www.direito.usp.br/faculdade/diretores/index_faculdade_diretor_17.php>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

GRAÇA, Victor da Silveira. **Escola Positiva**. Disponível em <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=846>>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Coleção Descobrimo o Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Histórico do Poder Judiciário de Santa Catarina. Disponível em <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/museu/historico.htm>>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos?** Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

“Homem descobre traição e mata rival em Mafra”. **A Notícia**. Joinville, 18 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/noticia/2011/12/homem->

descobre-traicao-e-mata-rival-em-mafra-3600361.html>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

Indicações literárias: Direito Penal brasileiro. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/808/990>>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

Infanticídio: aspectos médico-legais e jurídicos. Disponível em: <http://pjbrunomartins.vilabol.uol.com.br/material_de_estudo/infanticidio.htm>. Acesso em 27 de março de 2012.

Joaquim Moreira da Fonseca. **Academia Nacional de Medicina**. Disponível em <http://www.anm.org.br/membros_detalhes.asp?id=444>. Acesso em 21 de novembro de 2012.

LARA, Silvia Hunold (org.). **Ordenações Filipinas**: livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, Ana Laura Godinho. “Maternidade higiênica: natureza e ciência nos manuais de puericultura publicados no Brasil.” **História: Questões & Debates**. Curitiba, n. 47, 2007. p. 95-122.

LIZ, Pamella Amorim. “Marginalização da crença: as práticas de cura em Santa Catarina sob as diferentes óticas”. **Revista Santa Catarina em História**. Florianópolis, v.5, n.1, 2011. p. 24-31.

Manoel Ferraz de Campos Salles. **Informações Presidenciais**. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/informacoespresidenciais/campos-salles>>. Acesso em 20 de novembro de 2012.

“Marido mata mulher com facada no pescoço no Centro de Balneário Camboriú”. **Jornal de Santa Catarina**. Blumenau, 22 de abril de 2012. Disponível em <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2012/04/marido-mata-mulher-com-facada-no-pescoco-no-centro-de-balneario-camboriu-3734995.html>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

MARTINS, Ana Paula Vosne. “‘Vamos criar seu filho’: os médicos puericultores e a pedagogia materna no século XX.” **História, Ciências,**

Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.15, n.1, jan.-mar. 2008. p.135-154.

MARTINS, Fernanda. **O feminino “criminoso”**: o discurso jurídico e a ordem criminológica no infanticídio. Monografia (Graduação em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010.

Médicos ilustres da Bahia e de Sergipe. Disponível em <<http://medicosilustresdabahia.blogspot.com.br/2011/02/240-jose-rodrigues-da-costa-doria.html>>. Acesso em 07 de novembro de 2012.

MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: UNICAMP, 2007.

Ministros. Antonio Bento de Faria. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=22>>. Acesso em 09 de novembro de 2012.

MOTT, Maria Lucia de Barros. “Ser mãe: a escrava em face do aborto e do infanticídio.” **História**. São Paulo, n. 120, jan/jul. 1989. p.85-96.

NICHOLSON, Linda. “Interpretando o gênero”. **Estudos Feministas**. Florianópolis, vol.8, n.2, p. 9-41, 2000.

Noé Azevedo. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/galeria-de-presidentes/noe-azevedo/>>. Acesso em 07 de novembro de 2012.

NUBLAT, Johanna. Governo estuda adotar medidas de redução de danos para aborto ilegal. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 6 de junho de 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/47248-governo-estuda-adotar-medidas-de-reducao-de-danos-para-aborto-ilegal.shtml>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

OLIVEIRA JÚNIOR, Alcidesio de. “As glândulas dos indesejáveis: definição científica da *periculosidade* dos indivíduos, nas décadas de 1930 e 1940.” In: **Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão**. São Paulo, 2008. Disponível em <[http://www.anpuhs.org.br/sp/downloads/CD%20XIX/PDF/Autores%](http://www.anpuhs.org.br/sp/downloads/CD%20XIX/PDF/Autores%20)

20e%20Artigos/Alcidesio%20de%20Oliveira%20Junior.pdf>. Acesso em 08 de fevereiro de 2013.

PAPA PAULO VI. **Carta encíclica *Humanae Vitae* de sua santidade Papa Paulo VI aos veneráveis irmãos patriarcas, arcebispos, bispos e outros ordinários do lugar em paz e comunhão com a sé apostólica, ao clero e aos fiéis de todo o mundo católico e também a todos os homens de boa vontade.** Sobre a regulação da natalidade. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae_po.html>. Acesso em 23 de janeiro de 2013.

PEDRO, Joana Maria (org.) **Práticas proibidas:** práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

PEDRO, Joana Maria. “Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica.” **História**. São Paulo, v.24, N.1, 2005. p.77-98. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v24n1/a04v24n1.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

_____. “Relações de gênero como categoria transversal na historiografia contemporânea”. **Topoi**, v. 12, n. 22, jan.-jun. 2011, p. 270-283.

PEREIRA, Cristiana Schettini. **“Que tenhas teu corpo”:** uma história social da prostituição no Rio de Janeiro nas primeiras décadas republicanas. Tese (Doutorado em História). Universidade Estadual de Campinas: Campinas, 2002.

PEREIRA OLIVEIRA, Henrique Luiz. **Os filhos da falha:** assistência aos expostos e remodelação das condutas em Desterro (1828-1887). Dissertação (Mestrado em História). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. (orgs). **Nova História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012.

PRIORE, Mary del (org.). **História da criança no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1992.

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

_____. “A Árvore e o Fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto.” **Revista Bioética**, Brasília, v.2, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/442>. Acesso em 21 de março de 2012.

PROSPERI, Adriano. **Dar a alma**: história de um infanticídio. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

RODRIGUES, Fabiana Cardoso Malha. **Os crimes das mulheres**: aborto e infanticídio no direito na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1916. Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004.

_____. **Idéias jurídicas, famílias e filiação na passagem à modernidade no Brasil, 1890-1940**. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2008.

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

_____. Para que serve o conceito de honra, ainda hoje? **Campos**. Revista de Antropologia Social. Curitiba, V. 7, n. 2, 2006. p. 101-120.

SABBATINI, Renato M. E.. **Cesare Lombroso**: uma breve biografia. Disponível em <http://www.cerebromente.org.br/n01/frenolog/lombroso_port.htm>. Acesso em 31 de janeiro de 2013.

SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. **G1**. 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCOTT, Joan Wallach. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995.

_____. “Unanswered questions”. **The American Historical Review**. Vol. 113, nº 5, dez 2008. p. 1422-1429.

TERENA, Sandra. **Quebrando o silêncio**. Documentário, 34’37’’. 2009. Disponível em <<http://vimeo.com/6757780>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

THOMPSON, E. P. **Senhores e caçadores: a origem da lei negra**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Toxemia gravídica: pré eclampsia e eclampsia. **Medipédia**. Disponível em <<http://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=762>>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

VAILATI, Luiz Lima. **A morte menina: infância e morte infantil no Brasil dos oitocentos** (Rio de Janeiro e São Paulo). São Paulo: Alameda, 2010.

VAINFAS, Ronaldo (org.). **História e sexualidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.

VELHO SOBRINHO, J. F. **Dicionário Bio-Bibliográfico Brasileiro**. V. II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1940.

VENANCIO, Renato Pinto (org.). **Uma história social do abandono de crianças: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII a XX**. São Paulo: Alameda; Editora PUC Minas, 2010.

VENERA, Raquel Alvarenga Sena. **Cortina de Ferro: quando o estereótipo é a lei e a transgressão feminina** (processos crime de mulheres, em Itajaí – décadas de 1960 a 1999). Dissertação (Mestrado

em História). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003.

APÊNDICES

APÊNDICE A

**Lista das obras analisadas na Parte II – “Nas palavras dos juristas”
– em ordem cronológica de publicação**

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Livraria de B. L. Garnier, 1883. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Anno de 1894, V. II. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

ARAUJO, João Vieira de. **Codigo penal commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro; São Paulo: Laemmert & C. editores, 1896. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. **Os delictos contra a honra da mulher**: adulterio, defloramento, estupro, a sedução no direito civil. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897.

ARAUJO, João Vieira de. **O codigo penal interpretado**: segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Parte especial. V. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil**: de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CAMARA, Phaelante da. **O duello e o infanticidio** (com um prefacio pelo Dr. Clovis Bevilaqua). Bahia: Livraria Magalhães, 1904. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

SENADO FEDERAL. **Trabalhos preparatorios para a revisão do código penal.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

ARAÚJO, João Vieira de. **Nova edição oficial do Código Criminal Brasileiro de 1830:** ante-projecto seguido do parecer sobre elle por uma comissão especial (e refutação do mesmo parecer), elaborado em 1889. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil commentado.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, [1910]. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

FARIA, Antonio Bento de. **Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil:** de accordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudencia, nacionaes e estrangeiras. Volume II (Parte Especial). 2ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Bello Horizonte: Francisco Alvez & Cia, 1913. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de Código Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CRUZ, João Francisco da. **A pena em face do Código:** seus defeitos. (Dissertação apresentada á Escola de Direito da Universidade de São Paulo no concurso da 2.a cadeira do 4.o anno). São Paulo: Pocaí & Comp., 1917. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O aborto criminoso, suas causas, seus remedios.** Rio de Janeiro: Officinas Graphicas da Livraria Francisco Alves, 1918. (Acervo: Fundação Biblioteca Nacional)

DORIA, Rodrigues. **Reforma do Código Penal Brasileiro e outros artigos.** Bahia: Livraria Economica, 1925. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

COSTA E SILVA, Antonio José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, S/D. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932. (obra fac-similar) (Acervo: Biblioteca Universitária – Universidade Federal de Santa Catarina)

FONSECA, Joaquim Moreira da. **O nascituro sob o ponto de vista jurídico**. Comunicação feita a Academia de Medicina. Separata do volume 6º, de Fevereiro de 1933, dos “Arquivos de Medicina Legal e Identificação”. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto n. 118 A**. Crea o Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil. 1935. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

DORIA, Rodrigues (José Rodrigues da Costa Doria). **O projecto de código criminal brasileiro**. Artigos publicanos no “Jornal do Commercio” do Rio de Janeiro. Bahia: A Graphica, 1936. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Sugestões oferecidas ao Projecto n. 118 A, de 1935 Código Criminal pela 1ª Conferencia Brasileira de Criminologia (1936)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. (Acervo: Fundação Casa de Rui Barbosa)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Set-Dez de 1937, V. XXXIII, Fasc. III. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

ALCÂNTARA MACHADO. Projeto do Código Criminal Brasileiro. [**Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.** Mai-Ago de 1938, V. XXXIV. Fasc. II.] (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo, Jan-Abr de 1939, V. XXXV, Fasc. I. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

RIBEIRO, Jorge Severiano. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (comentado).** V. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: A Noite, [1945]. (Acervo: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

ANEXOS

ANEXO A

Crimes de aborto e infanticídio, conforme descritos nos seguintes códigos:

<i>Código Criminal do Império do Brasil</i> ³⁷¹ (1830)	<i>Código Penal dos Estados Unidos do Brasil</i> ³⁷² (1890)	<i>Código Penal</i> ³⁷³ (1940)
<p>SEÇÃO II Infanticídio</p> <p>Art. 197. Matar algum recém-nascido. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo. Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido</p>	<p>CAPITULO II DO INFANTICIDIO</p> <p>Art. 298. Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte: Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.</p>	<p>Infanticídio Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis annos.</p> <p>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si</p>

³⁷¹ **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

³⁷² **Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

³⁷³ **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Artigos 125 a 128. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/del2848.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2010.

<p>para occultar a sua deshonra. Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos. 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</p>	<p>Parapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria: Pena – de prisão celllar por tres a nove annos.</p> <p>CAPITULO IV DO ABÔRTO</p> <p>Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão celllar por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão celllar 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 celllar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e</p>	<p>mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três annos.</p> <p>Aborto provocado por terceiro Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez annos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro annos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze annos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência</p> <p>Forma qualificada Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em</p>
---	---	---

<p>trabalho por dous a seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes. Penas - dobradas.</p>	<p>accordo da gestante: Pena – de prissão cellular por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação.</p>	<p>conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.</p>
--	--	---