

artigo 310, §2º do Código de Processo Penal em consonância com o instituto da prisão preventiva e não como modalidade de prisão processual em continuidade automática à prisão em flagrante. Daí se tem que (ii) a reincidência, pela letra fria da lei, geraria uma presunção absoluta de *periculum libertatis*, culminando na prisão *ex lege*, o que se mostra (iii) manifestamente inconstitucional, haja vista que é vedada a prisão sem fundamentação idônea e concreta, sob pena de se ferir de morte os princípios da presunção de inocência (artigo

5º, inciso LVII da Constituição Federal), da obrigatoriedade de fundamentação dos decretos de prisão pela autoridade judiciária competente (artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal), bem como da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Por fim, observa-se que (iv) a reincidência possui forte apego ao denominado Direito Penal do autor, em frontal oposição ao Direito Penal do fato, o que culmina em violação aos princípios da legalidade e do *ne bis in idem*.

## Notas

- <sup>1</sup> Cite-se, como exemplos: (i) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, atualmente em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP; (ii) sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500256-10.2019.8.26.0257, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Ipuã, SP; (iii) decisão proferida por ocasião da realização de audiência de custódia nos autos da ação penal nº 1500095-73.2020.8.26.0383, atualmente em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Nhandeara, SP; (iv) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 0045821-66.2019.8.26.0000, em trâmite junto à 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo; e (v) acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 2089639-97.2020.8.26.000, em trâmite junto à 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.
- <sup>2</sup> Nesse sentido, remete-se o leitor à fundamentação da sentença proferida nos autos da ação penal nº 1500911-26.2019.8.26.0210, em trâmite junto à 1ª Vara da Comarca de Guaíba, SP.
- <sup>3</sup> Também, nesse sentido, BRITO *et. al* (2019; capítulo 2.2): “O chamado princípio do estado de inocência implica a exigência de observância de duas regras básicas: a primeira delas, relativa à instrução probatória, atribui à acusação o ônus de comprovar cabalmente a existência do crime e autoria; a outra diz respeito ao tratamento conferido ao acusado no curso do processo, que não pode receber punições antecipadas com fundamento na sua provável condenação.” (sem destaque no original)
- <sup>4</sup> Artigo 21 da Lei nº 10.826/03: “Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.”
- <sup>5</sup> Artigo 44 da Lei nº 11.343/06: “Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” (sem destaque no original).
- <sup>6</sup> Confira-se o posicionamento de Guilherme Nucci (2011, p. 71-72): “A prisão é um fato jurídico, que advém de um fato processual; nada se calca em pura teoria ou tese. É indispensável que o magistrado apresente, conforme as provas constantes

do inquérito ou do processo, os dados reais, que sirvam de base à decretação da prisão cautelar. Do contrário, banalizando-se a preventiva, apresentando-a sem fundamentação idônea, termina-se por inverter a ordem constitucional, que prevê a liberdade como regra e a prisão, pura exceção.”

Em sentido similar também é a posição de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.”

- <sup>7</sup> Neste sentido, destaque-se os ensinamentos de Aury Lopes Junior (2017, p. 101): “Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.”
- <sup>8</sup> Veja-se, nesse sentido, Ferrajoli (2014, p. 465-466): “A condição de reincidente (ou pré-julgado), culpabilizada desde a Antiguidade, foi duramente criticada por muitos escritores iluministas que com razão rejeçaram, por respeito ao princípio de retribuição, a hipótese de que fosse considerada como motivo para agravamento da pena. ‘A pena’, escreve Pagano, ‘cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de inocente... Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida.’ E Morelly chega, inclusive, a pedir que seja castigado quem ousar recordar publicamente as penas sofridas no passado por alguém em face dos delitos precedentes.”
- <sup>9</sup> No original: “sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (CORTEIDH, 2005, §94).

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007. Brasília: DJU, 26/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 104339*, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012. Brasília: DJU, 6/12/2012.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA; Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. E-book. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentença de 20 de junho de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Lei Anticrime e reincidência: um flerte com o

direito penal do autor. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 28, n. 330, p. 20-22, mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: CEI, 2017.

Recebido em: 11/03/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 01/07/2020

# CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | NOVEMBRO DE 2020 BOLETIM IBCCRIM N.º 336

## CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

# A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL VIOLARIA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS?

WOULD DECRIMINALIZING ABORTION IN BRAZIL VIOLATE THE INTER-AMERICAN  
HUMAN RIGHTS SYSTEM?

## Mônica de Melo

Professora Doutora de Direito Constitucional da PUC-SP. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Discriminação de Gênero e Igualdade. Defensora Pública do Estado de São Paulo.  
ORCID: 0000-0003-2311-2323  
monicademel@gmail.com

**Resumo:** O artigo busca demonstrar, através da análise de dois casos, um da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Baby Boy vs. EUA) e outro da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica), que a descriminalização do aborto no Brasil não violaria o sistema interamericano de direitos humanos. A interpretação que é dada ao artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como sua construção histórica, vão no sentido de que a vida não é protegida desde a concepção como um direito absoluto, mas se permite a proteção em outro momento entre a concepção e o nascimento, de modo a garantir o igual respeito aos direitos à vida das mulheres, saúde, saúde reprodutiva, autonomia e liberdade.

**Palavras-chave:** Descriminalização do Aborto, Direito à Vida, Direitos Humanos, Sistema Interamericano.

**Abstract:** The article seeks to demonstrate through the analysis of two cases, one from the Inter-American Commission on Human Rights (Baby Boy vs. USA) and another from the Inter-American Court of Human Rights (Artavia Murillo and others vs. Costa Rica) that the decriminalization of abortion in Brazil it would not violate the inter-American human rights system. The interpretation given to Article 4.1 of the Inter-American Convention on Human Rights, as well as its historical construction, goes in the sense that life is not protected from conception as an absolute right, but protection is allowed at another time between conception and birth in order to guarantee equal respect for women's rights to life, health, reproductive health, autonomy and freedom.

**Keywords:** Decriminalization of Abortion, Right to Life, Human Rights, Inter-american System.

### 1. Introdução

Recentemente o tema do aborto ocupou os debates em páginas de jornais, redes e mídias sociais em razão de um caso emblemático no que diz respeito à garantia do aborto nas hipóteses permitidas pela legislação penal, popularmente conhecido como "aborto legal". Uma menina de apenas 10 anos teria engravidado após ser sistematicamente estuprada, desde os 6 anos, por um parente próximo. Uma grande celeuma se instalou, com pessoas, autoridades e grupos tentando impedir que a criança pudesse realizar o aborto, enquanto outros defendiam que as vontades da menina e da representante legal, pela sua realização, fossem respeitadas. Teve seu direito negado pelo estado da federação em que morava e foi levada a outro estado para a realização do procedimento. Entrou escondida no hospital em virtude de pessoas que se aglomeravam na porta, em plena pandemia, para obstaculizar o atendimento. Gritavam que se tratava de uma assassina! A menina teve, ainda, indevidamente, sua identidade revelada causando-lhe ainda mais dor e sofrimento, revitimizando-a, o que não é nada incomum em casos de violência sexual contra meninas, jovens e mulheres.

O caso revelou as dificuldades de acesso a um direito, ao mesmo tempo que deu visibilidade à violência sexual praticada contra crianças, que ocorre, na maior parte das vezes, em âmbito familiar e doméstico, praticada por pessoas muito próximas, que delas deveriam cuidar e proteger. De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mais de 70% dos estupros vitimizam crianças e adolescentes e 70% do total de casos são cometidos por parentes, namorados, amigos ou conhecidos da vítima (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Como destaca **Silvia Pimentel** (2018, p. 150, 151): "A violência sexual doméstica e intrafamiliar tem como suas maiores vítimas as meninas. No âmbito desse tipo de violência as consequências são diversas, incluindo estresse pós-traumático, transtorno de comportamento e, de extrema seriedade, a gravidez indesejada. (...) O estupro de meninas, a gravidez forçada dele decorrente e a maternidade infantil representam uma forma de tortura, conforme reforça o sistema internacional de proteção dos direitos humanos da ONU e OEA."

Em relação às mulheres adultas, a situação não é menos dramática. Segundo **Jefferson Drezett** (2018, p. 121), "a gravidez forçada e indesejada é uma das consequências mais complexas e impactantes da violência sexual, geralmente sentida pela mulher como uma segunda violência".

No Brasil, de 2015 a 2020, foram realizados 9.796 abortos previstos em lei (se não há outro meio de salvar a vida da gestante, estupro e

anencefalia (ADPF 54), art. 128, I e II do Código Penal), o que dá em média cerca de 1.630 abortos por ano. Cerca de 33% das mulheres que acessaram os serviços de aborto legal eram negras, sendo que em 38,1% dos procedimentos não havia o registro de raça/cor, o que demonstra que é uma política pública de saúde não comprometida com a importância de se registrar o quesito raça/cor num país que vive o racismo dissimulado, que se perpetua nas estruturas sociais e nas instituições. (CATARINAS, 2020).

A magnitude dos abortos feitos fora dos permissivos legais, o "aborto inseguro" não é de tão fácil mensuração. Num cenário de carência de dados confiáveis, merece destaque a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA), de **Débora Diniz e Marcelo Medeiros** (2010, p. 959). Seus resultados indicam que, ao final da vida reprodutiva, mais de uma em cada cinco mulheres já fez aborto, ocorrendo, em geral, nas idades que compõem o centro do período reprodutivo das mulheres, isto é, entre 18 e 29 anos.

Os abortos realizados de forma clandestina, precária e insegura trazem inúmeros riscos, sequelas e até mesmo a morte. A sua criminalização impede que sejam tratados adequadamente por políticas públicas de saúde reprodutiva: "O aborto é reconhecido pela OMS como grave problema de saúde pública. A cada ano, 47 mil mulheres morrem no mundo. Além disso, cinco milhões de mulheres que escapam da morte enfrentam sequelas que comprometem sua saúde e seu futuro reprodutivo. Quase 98% dos abortos inseguros são praticados em países em desenvolvimento, os mesmo que mantêm legislações proibitivas ou restritivas ao aborto" (DREZETT, 2018, p. 121).

No Brasil, fora dos permissivos legais e jurisprudencial, o aborto é crime. Há uma luta histórica do movimento de mulheres, de feministas, de ativistas pela sua descriminalização, com mais ênfase a partir dos anos 70. Na fala de **Carla Gisele Batista** (2019, p. 19), trata-se de trazer para a esfera pública as questões dos direitos reprodutivos, que até então eram da ordem do doméstico e do privado, e garantir que as mulheres possam viver de forma autônoma e com liberdade.

O tema do aborto pode ser abordado por diferentes prismas. Aqui se privilegia aquele que o coloca no cenário da proteção internacional dos direitos humanos. Como uma questão a ser enfrentada do ponto de vista dos direitos humanos das mulheres. Mesmo essa lente permite vislumbrar uma miríade de pontos, como o de defesa dos direitos sexuais e reprodutivos, como uma questão de saúde pública, como defesa de direitos civis (liberdade, autonomia, dignidade humana, proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante). Opta-se por enfrentar, a partir de alguns casos

do sistema interamericano de direitos humanos e de normativa internacional geral, aquele que o enquadra como uma violação ao direito à vida. É relativamente comum encontrar a argumentação de que a descriminalização do aborto violaria o direito à vida em virtude da previsão contida na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (OEA, 1969, *on line*), que diz que *"toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção"* (art. 4º, 1). Os casos que são apresentados permitem situar historicamente essa cláusula, ao mesmo tempo que trazem a interpretação mais atualizada. Normativas da Organização das Nações Unidas (ONU), através de seus órgãos, trazem recomendações expressas, inclusive ao Brasil, no sentido de descriminalizar o aborto.

Responde-se negativamente à pergunta formulada no título deste artigo. Não, a descriminalização do aborto no Brasil não violaria o Sistema Internacional e Interamericano de Direitos Humanos. Muito pelo contrário, seria um passo importante na reafirmação dos direitos humanos das mulheres.

Cabe a cada uma e cada um exigir que esse sistema seja efetivamente aplicado, no Brasil, e que se realize o controle de convencionalidade, a fim de que o aborto seja descriminalizado.

## **2. Caso Baby Boy vs. Estados Unidos da América: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção**

O sistema brasileiro de direitos fundamentais constitucionais é aberto e dinâmico. Do ponto de vista da dogmática constitucional, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Há controvérsias sobre o *status* hierárquico desses tratados de direitos humanos em relação a ordem interna brasileira, mas é fato que o Brasil ao ratificá-los submete-se à controle de convencionalidade, pois compromete-se com a sua implementação internamente e perante a comunidade internacional (MELO, 2018, p. 60); de forma que se torna possível exigir, judicialmente, se preciso for, o seu cumprimento, realizando controle de conformação com os tratados de direitos humanos, manejando ações e procedimentos internos brasileiros, bem como demandar casos junto ao sistema internacional.

O Brasil é parte da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que, em seu artigo 4.1, dispõe que a vida deve ser protegida desde a concepção. Porém, o que, na disputa política sobre o tema, com frequência, se esquece é da cláusula "em geral": a vida deve ser protegida desde a concepção em geral. Logo, não seria verdadeiro que a descriminalização do aborto no Brasil estaria vedada pela referida Convenção Internacional, em decorrência de uma proteção do direito à vida desde a concepção, pois a cláusula "em geral" ali está justamente para permitir exceções à regra, para permitir que a proteção à vida desde a concepção possa ser modulada, relativizada, ponderada, matizada. Entender de outra forma significaria até mesmo que países do Sistema Regional Interamericano que permitem o aborto enfrentassem problemas, ao ratificar o Tratado que protegesse, de forma absoluta, a vida desde a concepção (MELO, 2018, p. 60).

Essa interpretação do artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi expressamente afirmada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos num caso ainda não suficientemente comentado no Brasil quando se debate a descriminalização do aborto. É um caso em que uma associação católica aciona a Comissão Interamericana contra o Estados Unidos da América com base na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, uma vez que os Estados Unidos não ratificaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 e nem se submetem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MACIEL; FERREIRA; KOERNER, 2013).

O caso, conhecido como *Baby Boy* pode ser assim resumido: *"Em janeiro de 1977, o presidente da Catholics for Christian Political Action ingressou com uma petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estados Unidos da América e o estado de Massachusetts. A pessoa que tinha seus direitos violados foi chamada de "Baby Boy", nome pelo qual ficou conhecido o caso. A gestante era uma adolescente de 17 anos. Alegava-se que a vítima (Baby Boy) tinha sido morta pelo processo de aborto realizado num hospital de Boston em violação ao direito à vida previsto na Declaração Americana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção, em geral, previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O médico que realizou o aborto foi condenado inicialmente por homicídio não premeditado e depois, em grau de recurso, teria sido absolvido pela Corte Suprema Judicial de Boston. Afirmou o peticionário que a própria decisão da Suprema Corte dos EUA (Roe v. Wade) em 1973, permitindo o aborto, violava a Declaração Americana de Direitos Humanos. Também se argumentou que o feto teria cerca de seis meses e que, portanto, de acordo com a decisão da Suprema Corte dos EUA, caberia ali uma "exceção protegível", pois haveria viabilidade extrauterina. No informe da Comissão Interamericana, explica-se exaustivamente todas as tensões entre os Estados na elaboração da redação do "direito à vida" na Declaração Americana de Direitos Humanos e que, no documento inicial, que serviu de base para discussão, havia proteção da vida do nascituro, retirada consciente e deliberadamente, uma vez que há países da região que permitem o aborto em determinadas circunstâncias (proteção da saúde e vida da gestante, violação sexual, razões econômicas), queriam manter suas legislações internas, que passariam a violar o documento internacional se o direito à vida fosse protegido com aquela extensão. A mesma discussão e com as mesmas razões ocorreu por ocasião da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, que adotou a proteção da vida desde a concepção, com a cláusula "em geral" para se permitir a convencionalidade das legislações permissivas do aborto nos seus mais variados graus. Ou seja, nunca se pretendeu com a Declaração Americana de Direitos Humanos, nem com a Convenção Americana de Direitos Humanos, proibir o aborto nos países da região ou mesmo assinalar que o direito à vida seria um direito absoluto. A decisão final no Caso Baby Boy foi que os EUA não haviam violado a Declaração Americana dos Direitos Humanos. Note-se que os EUA não ratificaram a Convenção Americana, portanto, não se obrigaram quanto a este tratado que foi afastado pela CIDH."* (OEA, 1981, tradução nossa).

Esse caso é de fundamental importância para enfrentar o argumento frequentemente utilizado de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos protege a vida desde a concepção. Esse caso relata todo o contexto histórico desde a elaboração da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que tinha como texto inicial de discussão a proteção da vida do nascituro e que foi deliberadamente retirada, a fim de que os Estados pudessem adotar legislações internas permissivas do aborto, pois o direito à vida poderia ser protegido em um momento intermediário entre a concepção e o nascimento. Teria ocorrido o mesmo debate quando da elaboração da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969. Dessa forma, os países poderiam permitir o aborto sem que houvesse violação do direito à vida, pois este está protegido desde a concepção, apenas "em geral" e que pode, portanto, ter proteção iniciada fora do momento da concepção, a fim de que possa também haver proteção da vida das mulheres, de sua saúde reprodutiva, de sua autonomia e liberdade. Fica claro que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos buscou proteger a vida também das mulheres. Trata-se de questão de ponderação do direito à vida desde a concepção e dos direitos humanos das mulheres, incluído seu direito à vida, liberdade, autonomia, saúde, saúde reprodutiva e planejamento familiar.

Outro caso que merece destaque se deu na Corte Interamericana de Direitos Humanos e é mais recente (2012). Embora se trate de um caso no qual é discutida a fertilização *in vitro* na Costa Rica, o caso

aborda e traz interpretação atualizada do artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à vida, desde a concepção, em geral. Trata-se do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

### 3. Caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*: Corte Interamericana de Direitos Humanos e o direito à vida desde a concepção

O caso se refere a alegadas violações de direitos humanos que teriam ocorrido como consequência da suposta proibição geral de realizar a fecundação *in vitro*, que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça deste país. Foi alegado que haveria violação do direito à vida e que a vida humana se inicia desde o momento da fecundação, portanto, qualquer eliminação ou destruição de embriões resultaria em sua evidente violação.

Quando se consulta a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do artigo 4.1 da Convenção Interamericana, o Digesto Themis faz referência expressa a um único caso conhecido como caso *Artavia Murillo e outros* contra a Costa Rica. Diz a Corte, que a vida humana é uma questão valorada de diversas formas: de uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e que não existe uma definição consensuada entre os tribunais nacionais e internacionais sobre o início da vida. Na análise do caso, que tratava da fertilização *in vitro*, o termo "concepção" não pode ser compreendido como um momento ou um processo apartado do corpo da mulher, dado que o embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência sem a implantação. De modo que antes deste momento, não caberia aplicar o artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, a concepção somente ocorreria no corpo da mulher e, portanto, o objeto de proteção seria a mulher gestante, dado que a defesa do nascituro se realiza essencialmente através da proteção da mulher.

A expressão "em geral" foi entendida pela Corte como cabível a partir da concepção e se relaciona com a possibilidade de exceções à regra. Neste sentido, todo o intento de proteger a vida antes do nascimento deve ser harmonizado com os direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente das gestantes. De sorte que o objeto e finalidade desta cláusula é permitir um adequado balanço e ponderação entre direitos e interesses em conflito, sem que seja possível alegar a proteção absoluta do embrião, anulando outros direitos. Para tanto, deve-se efetuar ponderação entre a proteção da vida pré-natal e outros direitos envolvidos, ou seja, o grau de afetação dos bens em jogo, determinando se a intensidade da dita afetação foi grave, intermediária ou moderada, a importância da satisfação do bem contraposto e se a satisfação deste justifica a restrição daquele ao qual se contrapõe.

Na audiência pública que foi realizada no âmbito da ADPF 442 e buscava descriminalizar o aborto no Brasil, **José Henrique Torres** (apud MAEDA, 2018) abordou expressamente o tema através da utilização do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*: "*A própria interpretação que a Corte Interamericana realiza do referido artigo é outra, admitindo-se compatível, com o artigo da Convenção, legislação permissiva do aborto. [...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do artigo 62 da Convenção Americana, [...] é o órgão jurisdicional com competência para realizar a última interpretação desse Pacto [...] e essa Corte, realizando a interpretação desse dispositivo convencional conforme o sentido corrente de seus termos*

*e de acordo com a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e mais favorável ao objeto e fim do tratado, no caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, proclamou que "o direito à vida, protegido, em geral, desde a concepção busca proteger os direitos da mulher grávida", não os direitos do embrião e, conseqüentemente, não os direitos do feto. Além disso, também decidiu a Corte Interamericana, nessa mesma sentença, que "o direito à vida desde a concepção não pode ser absoluto, mas, apenas, incremental e admite exceções" e, ainda, que "o direito à vida desde a concepção não pode ser usado para limitar outros direitos de maneira desproporcionada, nem pode gerar efeitos discriminatórios". É por isso que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com fundamento nessa jurisprudência, reconhecendo a necessidade de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais da mulher e os interesses relativos à proteção de uma vida em potencial, afirmou que a descriminalização do aborto "não viola o direito à vida, ainda que protegido pela Convenção Americana, em geral, desde a concepção, nos termos de seu artigo 4º". (grifo do autor).<sup>1</sup>*

Fica claro, não só pela forma como o artigo 4º, I, da Convenção foi redigido, mas também pela interpretação que lhe deu a Corte em caso concreto, que a inviolabilidade do direito à vida, previsto em nossa Constituição, que abrange proteção desde a concepção, não é absoluto e a cláusula "em geral" acrescida pela Convenção Americana de Direitos Humanos confirma a tese. Ou seja, a referida proteção permite gradações, pois deve ser realizada "em geral" e tendo-se em vista a proteção dos direitos das mulheres relativos à questão do aborto.

Além dos casos acima tratados, o sistema internacional geral de proteção dos direitos humanos (ONU), seja através de seus tratados internacionais, especialmente a Convenção para Eliminar todas as Formas de Discriminação contra Mulher (Convenção CEDAW, 1979), seja através de suas recomendações gerais emitidas pelo Comitê CEDAW, que monitora a aplicação da Convenção pelos países signatários, recomendam a descriminalização do aborto nos países que ainda o criminalizam. Recomendação que já foi feita ao Brasil.

### 4. Considerações Finais

O Brasil, enquanto integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, seja em âmbito regional (OEA), seja em âmbito geral (ONU), está absolutamente comprometido com a descriminalização do aborto.

Não se sustenta o argumento de que a descriminalização violaria o direito à vida, tampouco a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que não protege a vida de forma absoluta e determina igualmente a proteção da vida das mulheres.

Proteger a vida num determinado momento entre a concepção e o nascimento se compatibiliza com a proteção do direito à vida do embrião e o direito à vida das mulheres, sua saúde e sua dignidade.

A criminalização do aborto viola a dignidade humana das mulheres e os demais direitos constitucionais imbricados: liberdade, autodeterminação, diferença, privacidade, intimidade, saúde reprodutiva e planejamento familiar, sendo missão dos Poderes, em suas respectivas esferas de atuação, garantir, via controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, via controle de convencionalidade ou via legislativa e administrativa, a realização desses direitos, dando interpretação conforme a Constituição e as Convenções Internacionais.

#### NOTAS

<sup>1</sup> Sentença de 28 de novembro de 2012. Andrea Barreto (2017), em artigo que analisa o impacto do Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (que trata da proibição da fertilização *in vitro* na Costa Rica) sobre o direito ao aborto ressalta a interpretação da Corte Interamericana a respeito do direito à vida previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois se concluiu que a proteção

ao não nascido (nascituro) é diferente da proteção ao nascido e que os direitos das mulheres devem ser levados em consideração na análise desta proteção. E que a Corte se posicionou abertamente contra normas que proibem de forma absoluta o aborto, pois não fazem o juízo de ponderação entre a proteção da vida gradual e incremental e os direitos da mulher grávida.

## Referências

- BARRETO, Andrea Castilho Nami Haddad. Análise do caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* e seu impacto sobre o direito ao aborto. In: ALMEIDA, Eloísa Machado *et al* (org.). *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, n. 6. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2017. p. 129-139. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume6.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume6.aspx). Acesso em: 2 out. 2020.
- BATISTA, Carla Gisele. *Ação feminista em defesa da legalização do aborto: movimento e instituição*. São Paulo: Annablume, 2019.
- CATARINAS, Guzzo, Morgani. Disponível em <https://catarinas.info/aborto-previsto-em-lei-no-brasil/>. Acesso em 3 out. 2020.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. Brasília: Ipea, março de 2014. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf). Acesso em: 3 out. 2020.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma perspectiva domiciliar com técnica de urna. *Ciência e saúde coletiva*. Rio de Janeiro. v. 15, supl.1, p. 959-966, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.
- DREZETT, Jefferson. Violência sexual: uma grave questão de saúde pública para as mulheres. In: PIMENTEL, Sílvia (coord.); PEREIRA, Beatriz (org.); MELO, Mônica de (org.). *Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 115-133.
- MACIEL: Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOENER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 90, p. 271-295, dez. 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000300010](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300010). Acesso em: 29 set. 2020.
- MAEDA, Patrícia. A criminalização do aborto é incompatível com a garantia de assistência plena à saúde e à vida das mulheres. *Justificando*, 10 ago. 2018. Disponível em: [https://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-](https://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/)

[aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/](https://www.justificando.com/2018/08/10/a-criminalizacao-do-aborto-e-incompativel-com-a-garantia-de-assistencia-plena-a-saude-e-a-vida-das-mulheres/). Acesso em: 10 set. 2020.

MELO, Mônica de. *Direito fundamental à vida e ao aborto a partir de uma perspectiva constitucional, de gênero e da criminologia*. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/2181>. Acesso em: 3 out. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Digesto Themis*, nov. 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/index.cfm>. Acesso em 29 set. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, 28 nov. 2012. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf). Acesso em 29 set. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos da América*, 06 mar. 1981. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em 3 out. 2020.

OEА. Organização dos Estados Americanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*, 22 nov. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 2 out. 2020.

PIMENTEL, Sílvia. Quase invisíveis: o estupro de meninas e a gravidez infantil. Sinalizações sobre a perversidade desses fenômenos. In: PIMENTEL, Sílvia (coord.); PEREIRA, Beatriz (org.); MELO, Mônica de (org.). *Estupro: perspectiva de gênero, interseccionalidade e interdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 149-163.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

Autora Convidada

# JURISPRUDÊNCIA

O ementário deste mês é uma singela homenagem ao eminente Ministro Celso de Mello, que se aposentou em 13/10/2020, após 31 anos de serviços prestados perante a mais alta corte do País. Deixa como legado de sua passagem pelo Supremo Tribunal Federal não apenas o exemplo de magistrado sereno e estudioso, como também toda uma jurisprudência – notadamente no que se refere às ciências criminais – de respeito aos direitos e garantias fundamentais. Não foram poucas as ocasiões em que seus votos consolidaram precedentes a favor das liberdades.

A Constituição da República e o Ministro Celso de Mello caminharam, durante mais de três décadas, de mãos dadas, a primeira mostrando-lhe o melhor percurso em seu labor interpretativo, e o segundo a respaldando rumo à sonhada concretização do Estado Democrático de Direito. Cabe a todas e todos nós, agora – e após avanços e retrocessos –, seguirmos adiante nessa caminhada, na contínua luta por um sistema de justiça criminal democrático, humano e empático. Independentemente das críticas que eventualmente podem ser feitas, fato é que o Ministro Celso de Mello deixa um saldo democrático positivo. Sua ausência nas sessões de julgamento certamente será sentida, e talvez a luta para evitar retrocessos tenha se tornado ainda mais árdua.

A seguir, mantendo a proposta do ementário de trazer conteúdo atualizado, optamos por compilar decisões recentes, porém relevantes e até paradigmáticas, do Ministro Celso de Mello.

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**"HABEAS CORPUS" – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO**

**SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – "PACTA SUNT SERVANDA": CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

**– Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, "sem demora", à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado "sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão" e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstos no art.**