



ADRIANE OLIVEIRA

# CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

A inconvençãoalidade do Código Penal Brasileiro à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

- Direitos autorais exclusivos para o Brasil na língua portuguesa.
- Copyright © 2023 by EDITORA CEI.
- www.editoracei.com
- Diagramação: Luciana Aparecida Ribeiro
- Capa: Viviani Barbosa Costa
- Data de fechamento: 22/05/2023

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Oliveira, Adriane de Souza

Criminalização do aborto : a inconveniência do Código Penal Brasileiro à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos / Adriane de Souza Oliveira. -- Boa Esperança, MG : Ed. da Autora, 2023.

Trabalho de conclusão (Pós-graduação) - Círculo de Estudos pela Internet - CEI.

ISBN 978-65-00-60983-7 1. Aborto - Leis e legislação 2. Criminalização 3. Direitos humanos (Direito internacional) 4. Direito penal I. Título.

23-163326

CDU-343.621

---

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Aborto : Direito penal 343.621 Eliane de Freitas Leite -  
Bibliotecária - CRB 8/8415

*Em memória de minha avó, Ana Maximiano, que fez do seu legado uma demonstração de resistência ao sistema patriarcal: mulher negra, jovem, periférica e mãe solo de dez filhos. Sob a indiferença do Estado, viveu a maternidade durante quase toda a sua vida enquanto trabalhava arduamente para sustentar a prole. Muito deste trabalho se deve à sua existência.*

*“Nada muda instantaneamente: numa ba-  
nheira que se aquece gradualmente, você seria  
fervida até a morte antes de se dar conta. Havia  
matérias nos jornais, é claro. Corpos encontrados  
em valas ou na floresta, mortos a cacetadas ou  
mutilados, que haviam sido submetidos a degra-  
dações, como costumavam dizer, mas essas ma-  
térias eram a respeito de outras mulheres, e os  
homens que faziam aquele tipo de coisa eram ou-  
tros homens. Nenhum deles eram os homens que  
conhecíamos. As matérias de jornais eram como  
sonhos para nós, sonhos ruins sonhados por ou-  
tros. (...) Éramos as pessoas que não estavam nos  
jornais. Vivíamos nos espaços brancos não pre-  
enchidos nas margens da matéria impressa. Isso  
nos dava mais liberdade. Vivíamos nas lacunas  
entre as matérias.”*

*(O conto da Aya – Margaret Atwood – 1985)*

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade

**ADPF** – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**CADH** – Convenção Americana de Direitos Humanos

**CEDAW** – Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (sigla em inglês)

**CF** – Constituição Federal

**CIDH** – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

**CIPD** – Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento

**Corte IDH** – Corte Interamericana de Direitos Humanos

**DUDH** – Declaração Universal dos Direitos Humanos

**FIV** – fecundação *in vitro*

**OEA** – Organização dos Estados Americanos

**OMS** – Organização Mundial da Saúde

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**OPS** – Organização Pan-Americana da Saúde

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**TEDH** – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

## 1. INTRODUÇÃO

Por muito anos o parto era uma função atribuída essencialmente às mulheres, mais especificamente as denominadas “apartadeiras” ou “comadres”. Com a institucionalização da medicina na Europa nos séculos XVII e XVIII e no Brasil no século XIX, a realização do parto passou a ser incorporada pelos “médicos-parteiros” com formação em medicina. (BRENES, 1991)

Surge então, do ponto de vista masculino, um novo saber e uma nova prática obstétrica voltada ao corpo feminino, associado à reprodução e ao fomento do discurso operante no século XIX sobre a figura frágil da mulher em sociedade e a patologização daquelas consideradas histéricas, transgressoras do sistema patriarcal. A sexualidade e a moral eram valores que, juntos, circundavam o estereótipo da mulher submissa e comprometida com a maternidade. (BRENES, 1991)

Se antes o aborto era tradicionalmente realizado pelas “apartadeiras” sem grandes comoções e reprimendas sociais, com o advento da medicina obstétrica, o procedimento de interrupção da gravidez era executado por médicos somente nos casos em que a gravidez representava um risco à saúde da mulher até culminar na supressão total da permissão para a prática do aborto e sua consequente criminalização prevista em lei. (BRENES, 1991)

O tratamento legal dado à prática da interrupção voluntária da gravidez tanto à gestante quanto a terceiros é a resposta consolidada pela lógica do controle do corpo feminino e de sua sexualidade gerando, assim, a penalização daquelas que não desejam assumir o papel da maternidade.

Nesse contexto, a questão do aborto no Brasil, muito cara à vida de parcela significativa de mulheres, sobretudo mulheres negras e de baixa renda, ainda é alvo de silêncio por inúmeros operadores do direito porque evidentemente se trata de um tema controverso socialmente. Não raro, posicionamentos quanto ao assunto, provenientes de autoridades de tradição religiosa prevalecem so-

bre argumentos jurídicos, filosóficos, políticos e científicos em manifesta violação ao Estado Democrático de Direito baseado em uma concepção de laicidade.

A criminalização do aborto amparada pelo Código Penal brasileiro de 1940 se insere nessa dinâmica de dominação dos corpos femininos por uma cultura essencialmente patriarcal e heteronormativa à medida que, a pretexto da defesa do direito absoluto à vida pré-natal, institucionaliza práticas atentatórias à dignidade da mulher, que, além de correr o risco de sofrer as sequelas do aborto clandestino, se sujeita às consequências da exposição e estigmatização social de um processo criminal.

Segundo o relatório apresentado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis (2019, p.1) ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442, na faixa etária de 18 anos a 39 anos, 4,7 milhões de mulheres – 1 em cada 5 mulheres –, já fizeram aborto no Brasil, sendo que, 88% tem religião e 67% tem filhos. Isso demonstra que a lei penal em nada coaduna para diminuir a realização do aborto, pelo contrário, fecha os olhos para os índices elevados de mortalidade materna decorrente de abortos inseguros e clandestinos.

Nesse sentido, ganha corpo à discussão o embate entre o direito absoluto à vida do feto e o direito sexual e reprodutivo da mulher. Nessa mesma linha de debate, a diferenciação entre vida biológica e humana e a consequente delimitação do momento em que a vida humana se inicia contribui para a discussão envolvendo o tema do aborto e a sua criminalização.

A Constituição Federal de 1988 além de consagrar como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana em seu art. 5º, caput, prevê a inviolabilidade do direito à vida dentre o rol de direitos e garantias fundamentais sem fazer, contudo, distinção sobre a natureza da vida intrauterina e extrauterina, tendo em vista que não menciona expressamente quanto ao momento em que a vida humana se inicia tampouco se sua proteção deve ser absoluta face a outros direitos.

Por seu turno, a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 4.1 estatui que, o direito à vida deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Embora o dispositivo mencionado pareça em primeiro plano determinar o momento da concepção como o marco inicial da vida e, portanto, ensejando a proibição do aborto em qualquer hipótese, a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso “Baby Boy vs. Estados Unidos da América” e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Artavia Murillo e Outros vs. Costa Rica” emitiu interpretações diversas da adoção da teoria concepcionista suscitando até mesmo discussões acerca da problemática da criminalização do aborto nos países americanos.

O julgamento dos casos supramencionados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uma ponderação entre os direitos da mulher grávida e o direito à vida pré-natal retirando deste o seu caráter absoluto, a partir da compreensão de que a vida, no seu estágio de desenvolvimento, merece proteção gradual, de acordo com o seu tempo de formação. Logo, a proteção do nascituro deve ser diferente do nascido.

Nesse contexto, o estudo se propõe a analisar a criminalização do aborto no Brasil relativamente aos artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro de 1940 sob a luz interpretação feita à Convenção Americana de Direitos Humanos e, sobretudo, a partir dos casos “Baby Boy vs. Estados Unidos da América” e “Artavia Murillo e Outros vs. Costa Rica” julgados, respectivamente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja função é promover a observância e a defesa dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Saliente-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado internacional entre países-membros da Organização dos Estados Americanos ratificado e aprovado pelo Brasil em 1992. Isso implica afirmar que, o Estado brasileiro ao reconhecer a com-

petência contenciosa e consultiva da Corte Interamericana deve respeitar suas decisões e interpretações de tratados internacionais de direitos humanos.

Aliás, a própria Constituição Federal em seu art. 5º, §2º aduz que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Ainda, conforme será demonstrado no estudo, partindo-se do pressuposto consagrado pela jurisprudência nacional e internacional de que tratados internacionais de direitos humanos são superiores às normas do direito interno é possível afirmar que, a Convenção Americana de Direitos Humanos e sua interpretação feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos está acima do Código Penal brasileiro. E mais, vincula o judiciário brasileiro.

Logo, é possível afirmar que, a criminalização do aborto no Brasil viola a Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, os artigos 124 e 126 do Código Penal devem ser objeto de controle de convencionalidade pelo judiciário brasileiro como medida de justiça necessária à compatibilização da legislação nacional com os preceitos do tratado internacional de direitos humanos.

Assim, a partir da revisão bibliográfica no que tange ao tema, bem como em consulta ao sistema de casos e petições no site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o estudo se utilizou de uma metodologia qualitativa na análise dos *leading cases* supramencionados com foco em instrumentos legais internacionais e nacionais, sendo dividido em quatro capítulos. Vejamos:

O capítulo 2 versa sobre questões atinentes ao direito à vida compreendido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana fazendo-se referência às teorias jurídicas que demarcam o seu início, bem como a previsão deste direito tanto na ordem interna por meio da Constituição Federal como na ordem internacional no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No capítulo 3, a abordagem dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres será um ponto crucial neste trabalho, a partir de um viés centrado na dignidade da gestante. Pretende-se neste estudo, tecer considerações históricas de como esse direito foi reconhecido em âmbito nacional e internacional e sua importância como um direito fundamental da mulher à autodeterminação e à proteção.

O Capítulo 4, objetiva analisar a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso “Baby Boy vs. Estados Unidos da América” e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Artavia Murillo e Outros vs. Costa Rica” relativamente à interpretação dada ao art. 4.1 da Convenção Americana acerca da proteção do direito à vida não de forma absoluta, mas gradual e incremental conforme o seu estágio de desenvolvimento, bem como outros direitos envolvendo a autonomia, ao projeto de vida e a integridade pessoal da gestante.

Apenas à título de compreensão, o capítulo 4 aborda ainda sobre variados casos envolvendo o direito das mulheres à autodeterminação e o direito de decidir sobre o próprio corpo julgados na CIDH e na Corte IDH são eles: o caso “Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto vs. México”; a Medida Cautelar “Amelia”; o caso “Gelman v. Uruguay”; o caso “Atala Riffo e Crianças vs. Chile”; o caso “Manuela vs. El Salvador” e o caso “Beatriz e outros vs. El Salvador.

Por fim, a partir da ponderação entre os direitos explanados nos capítulos 2 e 3, bem como da análise dos *leading cases* que suscitam a discussão sobre o direito ao aborto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o capítulo 5 objetiva analisar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos quando incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro destacando a adoção da tese de supralegalidade pelo Supremo Tribunal Federal e a natureza materialmente constitucional defendida pelos juristas Valerio de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan para, finalmente, defender o argumento de incompatibilidade da criminalização do aborto no Brasil com a Convenção Americana de Direitos Humanos

sendo, portanto, passível de controle difuso de convencionalidade pelo judiciário brasileiro.

Para além das discussões acerca da imposição da maternidade apta a reforçar estereótipos de gênero violando direitos constitucionais das mulheres como à saúde, à liberdade, à igualdade e à dignidade será o ponto crucial deste trabalho para fins de argumentação quanto à obrigatoriedade do controle de convencionalidade para o crime de aborto, o estudo sobre a teoria do duplo controle e o diálogo das cortes como expressão máxima do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, cujo objetivo é a internacionalização do direito constitucional.

Diante de todas as considerações expostas, busca-se no presente trabalho, sustentar a tese de que, mais do que um dever de ordem ética e moral, existe um dever legal de todo o judiciário brasileiro de, diante de um caso concreto em um processo penal de criminalização do aborto, realizar o controle difuso de convencionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, em respeito aos enunciados do Pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência consolidada no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos acerca do tema. Pensar de outro modo seria violar um compromisso internacional assumido pelo Brasil de defesa e respeito aos direitos humanos em território nacional.