

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

GIORGIA JESSICA MARCILIO CAMARGO

**O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO E A
INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA
ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
CONFERÊNCIA DO CAIRO E DE PEQUIM.**

CRICIÚMA
2013

GIORGIA JESSICA MARCILIO CAMARGO

**O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO E A
INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA
ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
CONFERÊNCIA DO CAIRO E DE PEQUIM.**

Trabalho de Conclusão do Curso,
apresentado para obtenção do grau de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Dr. Fernando
Nagib Marcos Coelho.

CRICIÚMA

2013

GIORGIA JESSICA MARCILIO CAMARGO

**O DIREITO AO ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO E A
INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UMA
ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988,
CONFERÊNCIA DO CAIRO E DE PEQUIM.**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado pela Banca Examinadora para
obtenção do Grau de Bacharel, no Curso
de Direito da Universidade do Extremo
Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, _____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho – Orientador

Prof. Msc. Dr. Daniel Lena Marchiori Neto

Prof. Giovana Ilka Jacinto Salvaro

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha mãezinha, Silvia, pela vida que me proporcionou e por sempre ter me acalentado nos momentos de maior angústia. Sem você eu não seria nada.

Ao meu tio, Sérgio, grande incentivador das minhas maiores conquistas, sendo sempre meio guia e exemplo de toda a vida.

Ao meu companheiro e melhor amigo, Guilherme, por estar ao meu lado nas horas mais difíceis, sempre com uma palavra de esperança e conforto. Espero que este seja um dos primeiros passos que daremos juntos.

Ao meu Orientador, Prof. Fernando Nagib, pela orientação, pelo auxílio na pesquisa bibliográfica e por sua pronta disponibilidade sempre que solicitado.

Enfim, aos amigos e familiares que me acompanharam nessa difícil jornada.

RESUMO

O presente estudo é dirigido a demonstrar que o direito ao aborto, inerente as mulheres, equivale a direitos reprodutivos regulamentados por normas internacionais, das quais terão maior destaque à Conferência do Cairo e de Pequim. Para tanto, o presente trabalho limitar-se-á, no primeiro capítulo, a discorrer sobre os conceitos de aborto, sob a ótica jurídica, os conceitos de direitos reprodutivos e sexuais e a legislação internacional de proteção aos direitos das mulheres, com maior ênfase na Conferência do Cairo e de Pequim. No segundo capítulo, será tratado sobre a desigualdade de gênero como determinante nas questões de políticas públicas direcionadas as mulheres e, discorrendo brevemente, sobre o histórico da desigualdade de gênero como fator para inviabilizar a aplicação dos direitos humanos das mulheres. Finalizando, no terceiro capítulo será destaque o aborto sobre a perspectiva de direitos humanos.

Palavras-chave: Aborto. Direitos Reprodutivos. Conferência do Cairo e de Pequim. Desigualdade de Gênero.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEDAW Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

SUS Sistema Único de Saúde

ONU Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 Capítulo I – NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE GÊNERO, SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS E CONCEITO DE ABORTO SOB A ÓTICA JURÍDICA	9
1.1 INTRODUÇÃO.....	9
1.2 LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES	9
1.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher	10
1.2.2 Declaração de Viena	11
1.2.3 Conferência do Cairo e de Pequim.....	13
1.3 DIREITOS REPRODUTIVOS E DIREITOS SEXUAIS.....	16
1.3.1 Direitos reprodutivos.....	16
1.3.2 Direitos sexuais.....	18
1.3.3 Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.....	19
1.2 CONCEITO JURÍDICO DE ABORTO.....	20
2 Capítulo II – ASPÉCTO HISTÓRICO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO E SUA INFLUÊNCIA NAS QUESTÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCERNENTES À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES	23
2.1 INTRODUÇÃO.....	23
2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO.....	24
2.3 A DESIGUALDADE DE GÊNERO, POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À SAÚDE DA MULHER E DA NÃO APLICAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ESFERA JURÍDICA BRASILEIRA.....	31
3 CAPÍTULO III – O ABORTO SOB A PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
3.1 INTRODUÇÃO.....	36
3.2 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	37
3.3 O ABORTO E A CONFERÊNCIA DO CAIRO E DE PEQUIM.....	39
3.4 O ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO.....	41
3.5 O DIREITO AO ABORTO Oponível à atual legislação penal....	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A temática central, objeto de estudo no presente trabalho, trata de uma questão controversa para os legisladores e obreiros do Direito, no que se refere à permissividade à prática abortiva na atual legislação penal, considerando que tal benesse equivale a um direito reprodutivo, normalizado por instrumentos internacionais, dos quais se destaca a Conferência do Cairo e a de Pequim.

Atualmente, o aborto é uma prática delitiva que incorre nas penas descritas nos Artigos 124 a 126 do Código Penal, excetuado os casos do Artigo 128, incisos I e II do Código Penal. Uma série de tratados e documentos internacionais, inclusive ratificados pelo Brasil, tratam da proteção aos direitos sexuais e reprodutivos, que, por sua vez, equivalem a direitos humanos fundamentais, e transmitem aos Estados-partes a revisão das leis que impossibilitam o pleno exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Neste ínterim, surgem os seguintes problemas que serão abordados na presente monografia: a) se o direito ao aborto é um direito reprodutivo, ou seja, um fundamental; b) se a criminalização do aborto não viola os direitos fundamentais, qual seja autonomia da gestante; c) se a nossa atual legislação penal abarca a possibilidade de descriminalização do aborto.

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o direito ao aborto é um direito reprodutivo, sendo assim, um direito humano, regulamentado pelos tratados e documentos internacionais, em especial a Conferência do Cairo e de Pequim, os quais nosso país é signatário.

Nesse sentido, para melhor compreensão, o presente estudo será dividido em três itens, para elucidar o objetivo central desse estudo. Em sede introdutória, no primeiro capítulo, será tratado do direito ao aborto sendo um direito reprodutivo, assim, equivalente aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. No segundo capítulo, será objeto a desigualdade de gênero como fator para a ausência de políticas públicas na área dos direitos reprodutivos. Finalizando, no terceiro capítulo, será elucidado como o direito ao aborto é um direito humano fundamental, face à Conferência do Cairo e de Pequim, sendo assim, um direito supralegal que deve ser protegido pela nossa Constituição Federal.

1 Capítulo I – NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DE GÊNERO, SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS E CONCEITO DE ABORTO SOB A ÓTICA JURÍDICA.

1.1 INTRODUÇÃO.

Para melhor entendimento no que concerne à temática objeto do presente trabalho o seguinte capítulo se subdividirá, primeiramente, em enunciar as normas internacionais que abarcam os direitos inerentes as mulheres. No seguinte subitem será destaque brevemente os conceitos de direitos sexuais e reprodutivos, e como tais direitos equivalem a direitos humanos. Por último, será debatido o conceito de aborto sob a ótica jurídica.

1.2 LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES.

A legislação internacional no que concerne aos direitos humanos é vasta, dispersada em áreas gerais e específicas. O presente subitem limita-se à normatização dos direitos humanos do gênero feminino, norteados por instrumentos internacionais, declarações e documentos da comunidade externa, apresentados aqui em ordem cronológica, com maior ênfase à Conferência do Cairo e de Pequim.

Dentre os dispositivos internacionais que tutelam os direitos humanos femininos destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e a Convenção de Viena (1993). E, como contraponto inicial pelo reconhecimento dos direitos humanos da mulher, mencionam-se a Conferência do Cairo (1995) e o documento resultante da Plataforma de Ação de Pequim (1995).

Com a convicção de que os direitos não são privilégios e que têm direito a ter direitos, as mulheres marcharam em direção a regulamentação de suas conquistas acordadas nos eventos da ONU. (STECANELA, 2009, p.54).

De antemão, é imprescindível mencionar brevemente a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, contraponto do movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Tal Declaração fortaleceu a ideia de que a proteção dos direitos individuais não deve se restringir a jurisdição doméstica, tratando-se igualmente de interesse internacional. Ela se destina a todos os indivíduos, em respeito a suas especificidades, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, de riqueza, de nascimento, ou qualquer outra condição. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p.6).

1.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), aprovada em 1979 pelas Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 1984, fundamenta-se na busca pela eliminação da discriminação e em possibilitar à paridade de gênero, estimulando estratégias de promoção de igualdade, competindo aos Estados-membros à obrigatoriedade de adotar ações afirmativas para assegurar referida benesse. (PIOVESAN, 2010, p. 64).

Conforme preleciona Flávia Piovesan:

[A Convenção] combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo, mediante a adoção de medidas afirmativas, enquanto medidas especiais e temporárias voltadas a aliviar e remediar o padrão discriminatório que alcança as mulheres. (PIOVESAN, 2010, p. 64).

Em 1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinado em 2001 pelo governo brasileiro e ratificado pelo Congresso Nacional em 2002 por meio do Decreto Legislativo n. 107, de 6 de junho

de 2002. Tal medida possibilita a denúncia feita por particular, quando o Estado se mostrar omissivo na proteção dos direitos femininos, realizar inquirições, fazer recomendações e exigir respostas ao cumprimento destas. (PIOVESAN, 2010, p.65).

Quando a Convenção, em seu conteúdo, faz referência à conduta discriminatória contra a mulher, define tal ato como a distinção, exclusão ou restrição baseada no gênero, com vistas a prejudicar o pleno exercício, pela mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, no âmbito político, econômico, social, cultural e civil. (ONU, 1979, Artigo I).

No que concerne aos direitos sexuais e reprodutivos, declara a CEDAW que os Estados-Partes adotarão medidas para propiciar as mulheres liberdade para decidir livremente e responsabilmente sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, e, ainda, a educação e os meios que lhes permitam exercer esses direitos. (ONU, 1979, Artigo XVI).

A Recomendação do CEDAW explica que os deveres que obrigam os Estados-partes integrantes da Convenção a respeitar direitos através da não obstrução ao seu exercício, a proteger direitos tomando ações positivas contra terceiros violadores desses direitos e realizar direitos, empregando os meios governamentais para arcar com o benefício pleno dos indivíduos a seus direitos. (COOK, 2004, p.160).

Na esfera da saúde, os Estados-membros devem assegurar, em condições de igualdade entre gêneros, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar, garantindo de igual modo assistência apropriada na gestação, no parto e puerpério, proporcionando assistência gratuita se necessário, assegurando uma nutrição adequada durante a gravidez e lactação. (ONU, 1998, Artigo XII e XVI).

1.2.2 Declaração de Viena.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que resultou na Declaração e Programa de Ação de Viena, ocorrida em 1993, afirma os direitos humanos das mulheres e crianças como direitos inalienáveis, constituindo parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. (VIENA, 1993, Artigo XVIII).

A Declaração de Viena recomenda aos Estados membros intensificarem os esforços na proteção e promoção dos direitos inerentes as mulheres e meninas, com vistas a eliminar, em maior parte, as violações no campo da exploração sexual, e da erradicação de quaisquer conflitos que possam surgir entre os direitos das mulheres e os efeitos nocivos de certas práticas tradicionais ou consuetudinárias, preconceitos culturais e extremismos religiosos. (VIENA, 1993, Artigo XXVIII).

Concebe a Declaração de Viena que a extirpação de qualquer ato incompatível com a dignidade humana, tal como a exploração sexual, pode ser alcançada através de medidas de caráter legiferante e da ação nacional e cooperação internacional. Reafirma como prioridade para os governos e para as Nações Unidas ofertar condições de igualdade de todos os direitos humanos pelas mulheres, sendo questões que devem ser tratadas de forma regular e sistemática em todos os órgãos e mecanismos pertinentes das Nações Unidas. Ainda, destaca a importância na integração e participação das mulheres não apenas como agentes, mas igualmente como destinatárias no processo de desenvolvimento. (VIENA, 1993, Artigo XXXVI, Artigo XXXVII e Artigo LV).

No que se refere ao direito à saúde, a Conferência ressalta a importância de todas as mulheres e crianças usufruírem o mais elevado padrão de saúde física e mental, e aos cuidados de saúde adequados e acessíveis. No cenário dos direitos reprodutivos, assevera, com base na igualdade entre homens e mulheres, o direito da mulher do mais vasto leque possível de serviços de planejamento familiar, igualmente no que concerne ao acesso ao ensino em todos os níveis. (VIENA, 1993, Artigo XLI).

O Programa ressalta dentre seus artigos a importância de fortalecer à implementação dos direitos humanos das mulheres, e de introduzir o direito de petição, mediante um protocolo optativo à CEDAW, na medida em que tal mecanismo constitui o sistema mais eficiente de monitoramento dos direitos humanos internacionalmente enunciados. (VIENA, 1993, Artigo XL).

Assim, tal Conferência assentou o conceito contemporâneo de direitos reprodutivos, bem como a necessidade de velar para que tal direito seja protegido pelos Estados-partes, por meio de políticas públicas assistenciais, educacionais, preventivas, etc.

1.2.3 A Conferência do Cairo e de Pequim

A promoção de direitos relativos à saúde sexual e reprodutiva ganhou notoriedade nos últimos anos, em grande parte, com a Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, e a IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre as Mulheres, realizada em Pequim, em 1995. (COOK, 2004, p.152).

Essas duas conferências levaram ao reconhecimento de que a proteção a saúde sexual e reprodutiva é uma questão de justiça social e que a promoção deste campo da saúde pode se concretizada através da aplicação qualificada dos direitos humanos contido nas constituições nacionais e tratados regionais e internacionais de direitos humanos existentes. (COOK, 2004, p.152).

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, reunida no Cairo, no período de 5 a 13 de setembro de 1994, aprovando o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, consagrou o conceito de direitos reprodutivos e, como consequência, desloca o eixo da regulação da fecundidade da esfera do controle populacional para os direitos individuais de homens e mulheres. (VENTURA, 2009, p.11).

O processo do Cairo introduziu um novo foco ao ir de encontro às necessidades e preferências de saúde reprodutiva de mulheres e homens, como indivíduos, em vez de atingir alvos demográficos ou populacionais, como se fazia anteriormente. (COOK, 2004, p.159).

O Programa ressalta a importância de preservar a igualdade entre os sexos, reservando um capítulo para delimitar os objetivos e ações que descrevem como os direitos humanos poderão ser preservados nos Estados-membros. (CAIRO, 1994, Capítulo IV).

Conforme o Plano de Ação do Cairo, os indivíduos que deverão ser alcançados pelos programas e políticas públicas e pelas normas que garantem os direitos reprodutivos constituem-se de casais, adolescentes, mulheres solteiras, homens e pessoas idosas. Assim, a Conferência do Cairo tornou-se um avanço na conquista de direitos desses segmentos da sociedade. (VENTURA, 2009, p.21).

No entendimento formulado por Miriam Ventura, os indivíduos que não estivessem na estrutura de casal eram negligenciados pelas políticas públicas

relacionadas à sexualidade e à reprodução, resultando na restrição aos meios para exercer amplamente esses direitos. (2009, p.21).

Com efeito, a Conferência do Cairo estabeleceu relevantes princípios concernentes aos direitos reprodutivos, afirmando o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, com *animus* de direito fundamental. (VENTURA, 2009, p.22).

Nesse sentido, destaque-se o Princípio 4 da Conferência:

O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena e igual participação da mulher na vida civil, cultural, econômica, política e social, nos âmbitos nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional. (CAIRO, 1995).

Ainda, a Conferência ressalta o dever dos Estados-membros de proporcionar aos indivíduos o acesso universal aos serviços de saúde, inclusive relacionados à saúde reprodutiva, como no caso do planejamento familiar e saúde sexual. Tais programas devem prestar a mais ampla variedade de serviços, proporcionando aos casais o direito básico de decidir livremente sobre o número e o espaçamento de seus filhos, e ter informação, educação e meios de fazê-lo. (CAIRO, 1995, Princípio 8).

Na IV Conferência Mundial da Mulher, do qual resultou o documento de Pequim, ressaltam os princípios expostos na Conferência do Cairo, enfatizando a importância de garantir direitos de autodeterminação, igualdade, segurança sexual e reprodutiva das mulheres, determinantes para afirmação dos direitos reprodutivos. (VENTURA, 2009, p. 22).

O documento de Pequim recomenda aos países a revisão de leis que punem mulheres que praticam o abortamento ilegal, tratando o tema como grave problema de saúde pública em face dos abortos clandestinos e da mortalidade materna. (VENTURA, 2009, p. 22).

Dentre seus itens, determina-se:

Assegurar a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de mulheres e homens na educação e saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação.

Intensificar os esforços para garantir o exercício, em igualdade de condições, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as mulheres e meninas que enfrentam múltiplas barreiras para seu fortalecimento e avanços, em virtude de fatores como raça, idade, língua, origem étnica, cultura, religião, incapacidade/deficiência, ou por integrar comunidades indígenas. (PEQUIM, 1995, Itens 30 e 32).

Em Pequim, a afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos e, ainda, os direitos sexuais são direitos humanos amplia o conteúdo dos direitos afirmados no Cairo, estabelecendo uma nova concepção global sobre a sexualidade. (VENTURA, 2009, p. 22).

Os documentos resultantes nas Conferências do Cairo e de Pequim tiveram imensa importância no reconhecimento da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos que demandam proteção dos Estados, afirmando o dever da comunidade internacional de promover a saúde sexual, independente da saúde reprodutiva, integrante não só do direito a saúde, mas como direitos individuais e sociais essenciais a vida humana. (VENTURA, 2009, p. 22).

Para Míriam Ventura, a Conferência do Cairo e o documento resultante da IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em Pequim, legitimaram o conceito de direitos reprodutivos na sua concepção atual e estabeleceram novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva, comprometidos com os princípios dos direitos humanos. (2009, p. 21).

Assim, tais Conferências e Documentos internacionais, ao mesmo tempo em que promoveram a autenticidade de direitos no campo da sexualidade e da reprodução, aumentaram a visibilidade das violações de direitos humanos no campo da saúde sexual e da saúde reprodutiva, em especial no que concerne à problemática da gravidez não desejada, mortalidade materna e do tráfico internacional para exploração sexual.

1.3 DIREITOS REPRODUTIVOS E DIREITOS SEXUAIS

O presente subitem demonstra a importância do reconhecimento jurídico dos direitos reprodutivos e sexuais, em atenção especial às mulheres. Há necessidade de diferir os dois institutos visto que, anteriormente, a reprodução e sexualidade se confundiam.

Ainda, do mesmo modo, é indispensável à discussão acerca dos direitos reprodutivos e sexuais visto que tais direitos são direitos humanos, reconhecidos pela comunidade internacional e seus diversos dispositivos anteriormente mencionados.

Para tanto, o presente capítulo será dividido na conceituação dos direitos reprodutivos, seguindo com o breve conceito de direitos sexuais e, finalizando, os direitos reprodutivos e direitos sexuais como direitos humanos.

1.3.1 Direitos reprodutivos

Como anteriormente mencionado, os direitos reprodutivos equivalem a direitos humanos, admitidos por leis internacionais e princípios fundamentais. Tais regramentos possuem a função de estabelecer obrigações aos Estados em relação à proteção do exercício da reprodução, inclusive no que se refere a programas de saúde reprodutiva, promoção de igualdade de gênero, erradicação da exploração sexual, dentre outros.

Conforme preleciona Laura Davis Mattar, a concepção contemporânea dos direitos reprodutivos não se limita a simples proteção da reprodução. Abrangente, defende um conjunto de direitos individuais e sociais que devem interagir na busca pelo exercício pleno da sexualidade e reprodução humana. (2008, p.63).

O conceito de saúde reprodutiva evidencia a ideia de que a saúde reprodutiva é um conjunto. O indivíduo não pode ser considerado saudável se possui somente um dos elementos de saúde e os outros em defasagem. Além disso, os vários elementos da saúde reprodutiva são fortemente interligados. A melhoria de um elemento do grupo pode resultar numa potencial melhora de outros. Igualmente,

a falta de melhorias em um elemento pode impedir o progresso de outros. (COOK, 2004, p.48).

O direito a saúde reprodutiva, como direitos humanos, são universais, devendo ser concebidos no âmbito internacional de forma equitativa, levando em consideração as particularidades internas, históricas e socioculturais da comunidade internacional.

Com esse entendimento, Rebecca Cook afirma que um sistema de saúde que funcione bem deve responder, de forma adequada, às necessidades de saúde da população, inclusive tocante à saúde reprodutiva. Apesar dos avanços na área da saúde, os sistemas de saúde têm sido ineficazes para atender a demanda da população, nos diversos segmentos da população mundial. (2004, p.42).

Segundo Laura Davis Mattar, o termo *direitos reprodutivos* aclamou-se no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado na Holanda, em 1984. Houve um consenso mundial de que esta terminologia associava um conceito mais amplo e compatível do que saúde da mulher para a vasta pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres. (2008, p.63).

Menciona Rebecca Cook:

A saúde reprodutiva é um elemento importante na saúde das mulheres e dos homens, mas ela apenas faz crítica para as mulheres. Um grande número de doenças que afetam as mulheres está relacionado às suas funções e ao seu potencial reprodutivo e ao modo como as sociedades, influenciadas por questões de gênero, cuidam ou deixam de cuidar delas. (2004, p.9).

Um dos grandes desafios para a afirmação do conceito contemporâneo de direitos reprodutivos é não permitir sua restrição às questões exclusivas da esfera de saúde, mas sim discuti-los no âmbito da cidadania, tratando como prerrogativa de autonomia e liberdade dos indivíduos nas esferas da sexualidade e reprodução. (VENTURA, 2009, p.21).

Portanto, os direitos reprodutivos, como direitos humanos, afirmados pela comunidade internacional, devem ser protegidos pelos Estados, cabendo a estes criar mecanismos para proporcionar aos indivíduos os meios para desfrutar da saúde reprodutiva plena.

1.3.2 Direitos sexuais

Os direitos sexuais foram discutidos com ênfase nos direitos humanos na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, revelando-se um fundamento ético que constitui um aspecto essencial dos direitos da pessoa humana, traduzido na melhoria da qualidade de vida das populações. Assevera a Conferência que cabe aos Estados assegurar que os direitos e liberdades individuais em matéria de saúde sexual devem ser efetivados aos indivíduos e aos casais de toda a esfera social. (MATTAR, 2008, p.64).

Consoante previsto no parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências. (PEQUIM, 1995).

No entendimento de Rebecca Cook, a definição de saúde sexual deve abranger para além do estado de bem-estar físico, mental e social pleno e não apenas a ausência de enfermidade, para a capacidade de satisfação mútua nas relações sexuais, proteção contra o abuso sexual, coerção e assédio, proteção contra doenças sexualmente transmissíveis e sucesso no alcance ou prevenção do estado gravídico. A definição de direito sexual encontra-se fortemente vinculada à finalidade negativa, ou seja, enunciando o direito de não ser objeto de abuso ou exploração, com ênfase no combate a tais violações. (2004, p. 14).

Em respeito aos direitos sexuais, é indispensável englobar ações afirmativas no que se refere a usufruir do próprio corpo, sendo que, do contrário, não poder gozar livremente de sua sexualidade o indivíduo estaria sendo submetido a abusos. (MATTAR, 2008, p.65).

Nesse sentido

As leis sobre igualdade de tratamento não produzem por si só resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Muitas vezes acontece precisamente o contrário, isto é, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos

desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente. (DAHL, 1993, p.05).

Na formulação contemporânea dos direitos reprodutivos e sexuais, necessário uma análise do reconhecimento jurídico de tais direitos como direitos humanos na comunidade internacional. (MATTAR, 2008, p.65).

Destarte, pode-se afirmar que os direitos reprodutivos abrangem os direitos sexuais. Ou seja, sem a efetiva proteção à saúde sexual é impossibilitado ao indivíduo exercer com plenitude seus direitos reprodutivos.

1.3.3 Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos

Desde o início da construção contemporânea dos direitos humanos, houve o reconhecimento jurídico de um grande leque de direitos. Apesar de ter evoluído bastante, esse ramo do direito ainda tem, nos direitos humanos das mulheres, um de seus pontos cegos. (MATTAR, 2008, p.73).

Sem direitos humanos exclusivos de seu gênero, os direitos humanos fundamentais das mulheres ficaram por longo tempo sem regulação estatal, como é o caso dos direitos reprodutivos e sexuais. (MATTAR, 2008, p.77).

O entendimento dos direitos sexuais e reprodutivos visa à integração dos direitos individuais e sociais, como os direitos à saúde, à educação e ao trabalho, com os direitos individuais à vida, à igualdade, à liberdade e à inviolabilidade da intimidade. O mais importante princípio, que consolida os direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais, é que tais direitos são direitos humanos. (VENTURA, 2009, p.20).

Os direitos humanos objetivam reduzir as violações à autonomia, integridade física e mental que atingem a coletividade, garantindo meios necessários para que o indivíduo alcance o bem-estar sexual e reprodutivo. (VENTURA, 2009, p.21).

Para Miriam Ventura, os direitos humanos são direitos históricos que atendem as necessidades de cada época, concebidos de forma a atenderem as reivindicações éticas e políticas em que todo o ser humano tem perante a sociedade,

gerando novas categorias de direitos, formalizadas por intermédio de acordos internacionais e do consenso da comunidade política. (2009, p.20).

A intervenção proposta pelos direitos humanos deve se materializar por meio de ações afirmativas, que permitam a efetividade dos direitos consagrados e o acolhimento das novas reivindicações nascidas das condições sociais, em constante alteração. (VENTURA, 2009, p.20).

Nesse mesmo íterim, consoante o entendimento da Cartilha do Ministério da Saúde, concebe-se por direitos humanos, direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. São considerados fundamentais porque, sem eles, a pessoa não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. O direito à vida, à alimentação, à saúde, à moradia, à educação, o direito ao afeto e à livre expressão da sexualidade estão entre os direitos humanos fundamentais. (2006, p. 10).

A declaração dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos é indispensável para a reconstrução do discurso de direitos. Assim, as diferenças de gênero, geração, classe, cultura e outras passaram a ser consideradas e reconhecidas como necessidades sociais. Deste modo, serão gerados mecanismos político-normativos com a função de amenizar o quadro de desigualdades, permitindo o acesso igualitário os direitos reconhecidos por todos. (VENTURA, 2009, p.20).

1.4 CONCEITO JURÍDICO DE ABORTO

Sintetizar sobre o aborto constitui tarefa árdua, visto que nesse tema se entrelaçam vertentes jurídicas, sociais, médicas, bioéticas, religiosas e, qualquer que seja a perspectiva escolhida, as diferentes vertentes se infiltram e se fazem presentes. (FRANCO, 2006, p.19).

Do ponto de vista jurídico-penal, o aborto consiste em dar morte ao embrião ou feto humanos, seja no claustro materno, seja provocando sua expulsão prematura, sendo que na última hipótese requer-se a falta de viabilidade e de maturidade do feto expulso. (PRADO, 2011, p.132).

Dentro desse enquadramento legal, o aborto punível é, portanto resultante da vontade de um autor interrompendo uma

gravidez, com a conseqüente morte do feto, em qualquer momento do desenvolvimento anatomofisiológico deste feto. (BARSTED, 2007, p.60).

A legislação não faz menção entre a diferença do óvulo fecundado, embrião ou feto, considerando em qualquer fase da gestação a configuração do delito de aborto, observado o período compreendido entre a concepção e o início do parto. (COLNAGO, 2007, p.69).

O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano em formação, ou seja, embrião ou feto. É de se notar, contudo, que no Direito Penal, o embrião ou feto não são considerados pessoas, tampouco titulares de direito, mas não são coisas. Nesse entendimento, para o Direito Penal, o feto ou embrião devem ser reconhecidos como uma condição de vida própria e independente. (PRADO, 2011, p.133).

Na legislação penal brasileira, há uma clara separação entre a vida pós-natal e a vida pré-natal na medida em que se atribui do ponto de vista de cominação punitiva, um valor menor à vida do nascituro em confronto com a vida do nascido. (FRANCO, 2006, p.25).

Nossa legislação penal autoriza o abortamento nos casos elencados nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal. No primeiro inciso consta o aborto terapêutico, ou seja, a intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvaguardar a vida da gestante. Nesse caso, é dispensável a autorização da gestante, visto que tal intervenção se baseia no estado de necessidade e, nesse caso, o consentimento é condição incompatível com o estado de necessidade. Cabe exclusivamente ao médico decidir pela necessidade do aborto, devendo essa ser a única alternativa viável a salvar a vida da gestante. (PRADO, 2011, p.144).

No inciso II, configura-se o aborto sentimental, nos casos de gravidez resultante de estupro, precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. O fundamento da indicação ética no caso de aborto sentimental reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente no que se referem às cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade. (PRADO, 2011, p146).

Tocante ao artigo 128, II, do Código Penal, alguns autores julgam haver incompatibilidade entre esse inciso e a proteção constitucional à vida. Observe-se, no entanto, que o direito a vida não é absoluto, podendo ser relativizado, como no caso do artigo 23 do Código Penal, e deve ser analisada quando se trata do aborto sentimental, em consonância com os dispositivos constitucionais que tutelam a liberdade e a dignidade humana, gravemente ofendida quando a mulher vem engravidar devido a ato de violência. (PIOVESAN, 2003, p.262).

Como se verá adiante, o conceito de aborto em termos penais não se traduz num círculo fechado no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere, pelo contrário, trata-se de uma figura típica que comporta alargamentos ou restrições, conforme aferição que se da ao momento em que se reconhece a presença, na gestação, de vida humana individualizada. (FRANCO, 2006, p.84).

2 Capítulo II – ASPÉCTO HISTÓRICO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO E SUA INFLUÊNCIA NAS QUESTÕES DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCERNENTES À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES.

2.1 INTRODUÇÃO.

Para melhor compreensão no que concerne o objeto de estudo da presente monografia, indispensável relatar sobre a desigualdade de gênero e sua influencia na aplicação de políticas públicas dirigidas ao sexo feminino. Para tanto, o presente capítulo será dividido, primeiramente, no breve histórico sobre a desigualdade de gênero e, finalizado, a inaplicação dos direitos reprodutivos na esfera jurídica brasileira, face á desigualdade dirigida ao sexo feminino.

2.2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

Mesmo após a universalização dos direitos de liberdade e igualdade estabelecida pelo Direito Constitucional e pelos Direitos Humanos, os direitos das mulheres estão submetidos a uma limitação ideológica que tem origem muito anterior às declarações de Direitos. Isto porque estes direitos, quando projetados às mulheres, esbarram na naturalização do papel da mulher na sociedade, principalmente no que toca a função dada às mulheres no entendimento firmado por filósofos em diversos tempos.

Ensina Dahl que

A discriminação contra as mulheres vai muito mais fundo do que as violações a uma lei idealista sobre discriminação sexual. As relações entre Direito e sociedade, Direito e vida, são frequentemente muito mais complicadas e cheias de contradições do que supõe os promotores da legislação sobre discriminação sexual. (...). O Direito não tem um papel claro, nem como reflexo automático das normas na sociedade, nem como construção socialmente útil. O Direito tanto pode seguir os desenvolvimentos na sociedade e na opinião pública como os precedes. Melhorar a situação das mulheres com a ajuda do Direito implica necessariamente o desenvolvimento do Direito das Mulheres com uma fundamentação mais ampla e diferente daquela em que se baseia a legislação sobre discriminação sexual e seus possíveis reflexos em leis especiais. (1993, p.64-65).

Para melhor entendimento no que tange ao estigma da desigualdade de gênero e a implementação de políticas públicas direcionadas as mulheres, é necessário tecer um breve histórico.

Em sucinto conceito no que tange ao vocábulo *gênero*, este pode ser interpretado para distinguir características femininas e masculinas socialmente construídas a partir daquelas determinadas pela biologia. (COOK, 2004, p.50).

Por conta disso, gênero é uma categoria que se presta ao estudo das questões da identidade e da subjetividade formada pelos padrões sociais e que se propõe, entre outros, a examinar a oposição binária. (CAMARGO, 2008, p. 42).

O conceito de gênero pode ser igualmente entendido como construção social do masculino e do feminino e como categoria de análise das relações entre homens e mulheres. (STECANELA, 2009, p.39).

Percebe-se, portanto, que esta divisão binária que se estabelece a partir de pares que contemplam características que atribuem distintos valores para o feminino e masculino, determinando não apenas papéis, mas o exercício do poder das relações sociais na dinâmica entre esferas pública e privada. (CAMARGO, 2008, p. 43).

Tocante ao histórico da desigualdade de gênero, inicialmente cabe mencionar o pensamento do filósofo grego Platão no que toca ao papel social da mulher. Em “A República”, o ilustre filósofo entendia os papéis de gênero numa perspectiva muito mais igualitária do que o entendimento à época em que vivia. Na sua visão de cidade ideal, Platão rompe com o tradicional núcleo familiar e cria uma ideia de comunidade de guerreiros (*sic*). (CAROLA, 2006, p.26).

Essa classe seria responsável pela proteção da cidade, sem a constituição de pais individuais e nem marido. As mulheres seriam de todos, os filhos seriam comuns e os pais não conheceriam seus filhos; haveria uma comunidade de mulheres. (CAROLA, 2006, p.25).

Contudo, Platão cita em sua obra uma *diferença natural* entre homens e mulheres, sendo essas naturalmente mais fracas fisicamente que os homens. (CAROLA, 2006, p.26).

Em contrapartida ao pensamento do filósofo supramencionado, seu aluno Aristóteles fortaleceu a ideia de naturalidade da desigualdade entre os sexos.

Primeiramente, Aristóteles reconhece um estado 'natural' de dependência entre o homem e a mulher, pois a espécie humana tanto quanto as demais espécies têm um impulso instintivo para continuar a existência e propagar-se. Entretanto, ele também acredita numa divisão 'natural' pré-definida de papéis sociais. Aquele que nasce com a habilidade para prever as coisas, ou seja aquele que nasce com o 'dom' da inteligência, é senhor e mestre por natureza; os que nascem apenas com a força do corpo para executar as atividades, são escravos por natureza. Neste sentido, a mulher poderia ser considerada 'naturalmente' uma escrava. (...) no processo de formação do estado ou de qualquer sociedade. (CAROLA, 2006, p. 27).

Aristóteles ressalta ainda que a família é a primeira organização a se considerar; ela 'é a associação por natureza para suprir as necessidades diárias dos homens'. O filósofo evoca em sua tese três elementos que constituem a harmonia conjugal e, conseqüentemente, do Estado: o lar, a esposa e um boi. '(CAROLA, 2006, p.27).

No que se refere diferenciação dos gêneros, afirma ainda o filósofo Aristóteles que o homem é naturalmente mais apto ao poder, mais apto para comandar, governar e dominar. Ainda, aduz que o homem é naturalmente mais inteligente e mais racional. (CAROLA, 2006, p.27).

A mulher, todavia, na concepção do supramencionado filósofo, é inferior, é frágil, mais apta à inveja, à lamentação, a injúria, tem menos pudor e não é confiável, remetendo ao gênero feminino os adjetivos menos admiráveis e aos homens os mais notáveis. (CAROLA, 2006, p.27).

Jean Jacques Rousseau, filósofo iluminista do século XVIII, apresentou um tratado sobre a educação ideal do homem em suas fases de crescimento. Em seu estudo, revela uma função essencial à mulher-mãe, que é a pessoa mais importante na educação do homem na primeira infância. A mulher cabe ser educada

para proporcionar ao homem felicidade segundo os preceitos da natureza. (CAROLA, 2006, p.28).

Contudo, Rosseau revela virtudes e poderes a mulher que, por traz da aparente fragilidade, configura-se uma mulher inteligente, criativa, esperta, astuta, sedutora, hábil, muito diferente da tradicional moral cristã que destaca somente as qualidades da boa mãe e da boa esposa.(CAROLA, 2006, p.29-31).

John Stuart Mill, filósofo liberal do século XIX, discorreu sobre a submissão feminina no livro “sujeição das mulheres”, publicado em 1869, onde expôs que a subordinação de um sexo a outro é errado em si mesmo, sendo um dos principais obstáculos ao progresso humano, devendo ser substituído por um princípio de igualdade, onde não se reconhecesse poder ou privilégio de um lado nem inferioridade do outro. (MILL, 2013, p.02).

John Stuart Mill, em contraste com as posições acadêmicas tradicionais da filosofia política liberal, foi um dos primeiros arautos da igualdade de direitos para as mulheres no século XIX e os seus argumentos foram amplamente utilizados na luta pelos direitos das mulheres na viragem do século. (DAHL, 1992, p.15).

Em sua obra, afirma Mill que, apesar de abolida a escravidão entre os homens, todavia ainda padecem as mulheres de uma escravidão mais branda, uma dependência abarcada pela legislação vigente a época. (MILL, 2013, p.06).

Mas essa dependência, tal como existe hoje em dia, não é uma instituição original, que se tenha iniciado a partir de considerações de justiça e utilidade social – é a condição primitiva de escravidão que perdura após sucessivos abrandamentos e modificações ocasionados pelas mesmas causas que suavizaram os costumes gerais, e que colocaram todas as relações humanas progressivamente sob um maior controle da justiça e da influência da humanidade. Ela não perdeu a nódoa de sua origem cruel. Não se pode, portanto, concluir nada a seu favor a partir do fato de sua existência. A única conclusão a favor que se poderia ter seria aquela baseada na sua duração até os dias de hoje, quando tantas outras coisas que se originaram da mesma fonte odiosa foram descartadas. E é isto, na verdade, o que torna estranho, para a maioria das pessoas, ouvir a afirmação de que a desigualdade de direitos entre homens e mulheres não tem outra origem que não a lei do mais forte. (MILL, 2013, p.02).

Mill critica em sua obra a argumentação de que a inferioridade feminina decorre na natureza, ou seja, a mulher nasce determinada a ser dominável e o homem, por sua vez, advém com o poder de dominar. Ainda, Mill faz críticas a religião, que impôs ao sexo feminino o dever de ser mãe e esposa e obedecer as ordens do homem, sem livre arbítrio. (MILL, 2013, p.02).

Mill aduz ainda que as leis e os sistemas sociais reconheçam as relações já existentes entre os indivíduos, convertendo o que era simples fato físico em um direito legal, dão-lhe sanção da sociedade e principalmente visam a substituição dos conflitos de força física que não conhecem regra ou lei, por meios públicos e organizados de afirmar e proteger esses direitos. (MILL, 2013, p.02).

No seu estudo, Mill concluiu que a origem da desigualdade de gênero advém da lei do mais forte. Assim, aos indivíduos não coube discordar, cabendo as mulheres, em minoria, reivindicarem em vão ou, silenciosamente, concordar. Mill destaca que nenhuma categoria de escravos exigiu a liberdade de pronto. Ainda, revela que o fato das mulheres aceitarem a sujeição masculina decorre da escravidão intelectual. (MILL, 2013, p.02).

Contrário ao que ocorria com os escravos, em que a manipulação se fazia pela força física e pelo temor ao senhor de escravos, a mulher, na concepção formulada pelas ideias de Mill, era manipulada mentalmente a acreditar na sua fragilidade emocional e natural dependência. (MILL, 2013, p.02).

Ao homem, afirma Mill, não agrada ter uma mulher que fique ao seu lado forçosamente, e sim que seus sentimentos sejam vinculados aos seus. Para isso, a mulher é educada desde a primeira infância a crer na falácia de que não deve ter vontade própria, e se submeter e sujeitar a vontade dos homens. (MILL, 2013, p.02).

Mill concluiu em sua tese que é inútil a vedação a certos atos da vida as mulheres com a justificativa naturalista, o que explica que cedo ou tarde cairia por terra. O que lhe são vedados fazer, e que as mulheres poderiam fazer mais não com a mesma presteza do homem, a competição seria suficiente para excluí-las, já que, em seu estudo, não se reivindica medidas protecionistas a favor das mulheres, o que se requer, contudo é que as subvenções a favor dos homens sejam anuladas. (MILL, 2013, p.02).

Se as mulheres têm mais inclinação natural para algumas coisas do que para outras, há necessidade de leis ou de persuasão social para fazer com que a maioria delas prefira as primeiras às últimas. Sejam quais forem os serviços para os quais a participação das mulheres é mais desejada, o livre jogo da competição assegurará os mais fortes incentivos para que elas os realizem. E como as palavras sugerem, elas são mais solicitadas para as coisas as quais melhor se adaptam; ao atribuir-lhes tais atividades, as faculdades coletivas dos dois sexos podem ser aplicadas de modo geral com maior soma de resultados positivos. (MILL, 2013, p.20).

Adentrando no século XXI, ainda vige o discurso de inferioridade e fragilidade natural das mulheres, cabendo as mulheres a função de mãe e esposa, visto que tais funções decorrem da própria existência feminina. Qualquer mulher que não cumpre suas funções naturais é considerada incompleta. (CAROLA, 2006, p.31).

Em pleno século XXI, o mundo que se considera civilizado não alberga mais parcela de argumentos que, há bem pouco tempo, justificavam grandes e variadas desigualdades jurídicas entre homens e mulheres. Mesmo no que diz respeito à área da sexualidade e da reprodução, existem avanços notáveis retratados, inclusive, em decisões de Cortes Nacionais e Internacionais. (PIMENTEL, 2007, p.161).

Com o advento do século, as mulheres adentraram ao mercado de trabalho, e com o passar dos anos cumprindo idênticas funções que anteriormente cabiam exclusivamente aos indivíduos do sexo masculino, principalmente no que se refere ao trabalho intelectual.

Contudo, apesar do mercado de trabalho ter abarcado as mulheres, coube a elas executar diversas funções, como mãe, esposa e profissional, as quais muitas cumprem brilhantemente. Todavia, a desigualdade de gênero é um câncer que advém dos conceitos pré-estabelecidos no século passado, baseado na questão biológica. (CAROLA, 2006, p.32).

Mesmo diante do extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico consolidada de no sec. XX começamos o sec. XXI sob o império da intolerância, da fome e com diversas formas de desigualdade. A desigualdade de gênero, portanto, é apenas uma entre tantas. Como todo o tipo de desigualdade é prejudicial ao conjunto majoritário da humanidade, é

fundamentalmente ético e justo lutar contra ela. (...) de um modo geral, pode-se dizer que até o presente momento toda a sociedade humana, independente do seu grau de desenvolvimento da cultura material, definiu uma escala de valores e um conjunto de atribuições sociais para o homem e para a mulher. Infelizmente para a humanidade e, particularmente, para a mulher, essas atribuições foram definidas tomando como referência as diferenças biológicas para justificar a superioridade de um em detrimento do outro. (CAROLA, 2006, p.38).

Outro obstáculo ao reconhecimento e a positivação dos direitos sexuais impostos pela moral devem ser discutidos sob o ponto de vista religioso. Tal postura vê no exercício da sexualidade um tabu, visto que, para a maioria da população brasileira declarada cristã, a sexualidade só deve ser exercida para fins de reprodução e, mesmo assim, dentro do matrimônio. (MATTAR, 2008, p.70).

A vida sexual dos indivíduos, na concepção da Igreja, não é um fim em si, senão um instrumento de procriação. Assim, a crença católica naturaliza os papéis de gênero, e que a instituição se esforça para que estes sejam mantidos pela cultura. (MATTAR, 2008, p.70).

Neste contexto, parte-se do ponto de vista que a negativa de direitos somada ao tradicionalismo do *status quo* é mantenedora e fomentadora das formas mais evidentes de violência física e é em si mesma uma ofensa ao regime democrático de iguais liberdades, não é de se admirar sua conclusão de que sob o silêncio do sistema jurídico se cultive a intolerância. (MATTAR, 2008, p.77).

Assim, percebe-se pelo que foi dito até o momento que a questão da desigualdade de gênero está enraizada no conceito de que, biologicamente, as mulheres ainda compadecem com a rotulagem de frágeis, passíveis de submeter-se a autoridade masculina, e que sua função para o bem comum é a proliferação da espécie.

2.3 A DESIGUALDADE DE GÊNERO, POLÍTICAS PÚBLICAS DIRECIONADAS À SAÚDE DA MULHER E DA NÃO APLICAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ESFERA JURÍDICA BRASILEIRA.

Há uma cultura de desigualdade que atinge as mulheres, indiferentemente de etnia e classe social, mais especialmente no que toca a reprodução. Pode-se observar que, culturalmente, a mulher assume um papel deveras importante na proliferação da espécie, e sendo assim, vários direitos lhe são negligenciados com o intuito de garantir a continuidade da humanidade.

Nesse sentido, conforme já destacado, somente na década de 1990, com a Conferência do Cairo (1995) e a Conferência de Pequim (1995), reconheceu-se, no âmbito internacional, que as restrições legais e políticas impostas à autonomia reprodutiva violavam os direitos humanos, *in particulari*, os direitos das mulheres. (VENTURA, 2009, pg.306).

A Conferência do Cairo promoveu um notável avanço, ao introduzir um novo paradigma no debate sobre a população e desenvolvimento, de forma a contemplar a preocupação com as violações no campo da reprodução. (PIOVESAN, 2007, p.60).

A Conferência do Cairo deslocou o enfoque sobre a reprodução, anteriormente centralizado no controle da sexualidade das mulheres em idade reprodutiva, ao reconhecimento da liberdade de autodeterminação feminina, mais especificamente para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos como direitos humanos. (PIOVESAN, 2007, p.61).

A existência de um instrumental internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres, conforme mencionado traduzem um consenso da comunidade internacional acerca da urgência em se eliminar a discriminação e violência contra as mulheres, e, ainda, promover a igualdade. Tal consenso transcende a diversidade cultural dos povos, que passam a compartilhar de uma

mesma gramática, quando o assunto for relativo a discriminação e violência contra a mulher.(PIOVESAN, 2003, p.205).

Em contrapartida, apesar de, atualmente, haver uma diversidade de tratados e normas que abarcam a proteção da reprodução e sexualidade feminina, tais normas são de difícil aplicação, visto que o cultivo na proteção o claustro materno, em detrimento da liberdade feminina, está arraigado nas normas e condutas políticas e sociais. (COOK, 2004, p.33).

Historicamente, a posição reservada às mulheres nas normas sexuais e reprodutivas constitui um dos pontos de maior tensão no momento de elaboração e aplicação de leis e políticas. Em geral, as leis e políticas estabelecem mais restrições à liberdade sexual e reprodutiva feminina, justificadas como necessárias para a reprodução e desenvolvimento saudável da população. Ainda hoje, com maior ou menor intensidade aspectos fundamentais da posição das mulheres como titulares de direitos sexuais e reprodutivos são negligenciados no dia a dia. (VENTURA, 2009, pg.306).

Em que pese os avanços concernentes à legislação internacional, há ainda muitas dificuldades na incorporação dos direitos sexuais e reprodutivos nas leis e políticas públicas nacionais. Essas dificuldades decorrem dos valores patriarcais que ainda assombram a sociedade contemporânea, principalmente quando há em voga temas sensíveis como a liberalidade do aborto. (PIMENTEL, 2007, p.162).

No âmbito político, há grande dificuldade de se estabelecer consensos necessários para a formulação de leis e políticas que acolham as novas reivindicações sobre temas tão sensíveis. Além das dificuldades relacionadas a escassez de recursos para a realização de políticas sociais e de saúde mais amplas. (VENTURA, 2009, p.309).

Tal realidade mostra-se como desafio aos gestores das políticas públicas dirigidas as mulheres, tendo em vista que, nesses anos todos, as desigualdades de gênero e as questões de discriminação da mulher permanecem presentes na maior parte dos países. (STECANELA, 2009, p.21).

Os avanços constitucionais e internacionais que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres. (PIOVESAN, 2003, p, 226)

Contribui para esse retrocesso o fato de a ordem jurídica brasileira ser integrada por um complexo normativo que conjuga diplomas legais editados no início do século. As combinações de dispositivos legais tão ultrapassados com os contemporâneos relevam-se tensões e conflitos valorativos, objeto da atividade do interprete do Direito. (PIOVESAN, 2003, p.222).

Tocante às mulheres, a Constituição Federal e os tratados internacionais de proteção às mulheres consagram o direito a igualdade e da não discriminação. Entretanto os diplomas infraconstitucionais adotam uma perspectiva discriminatória com relação à mulher, *v.g*, o Código Penal de 1940 que estabelece relação hierárquica entre homens e mulheres em seus dispositivos. (PIOVESAN, 2003, p.223).

É tangível que a lei protege os costumes sociais, religiosos e econômicos de uma sociedade, o que, em tese, justificaria as discriminações contra as mulheres e os direitos a estas inerentes. Estas questões sociais e legais afetam a condição e a autonomia das mulheres, gerando, conseqüentemente, impactos negativos em sua saúde sexual e reprodutiva. (COOK, 2004, p. 19).

O comportamento social de considerar a mulher como um meio de gerar filhos e não como um fim em si é ainda mais difuso. Muitas vezes, a qualidade dos serviços disponibilizados as mulheres lembram a de serviços 'veterinários'. Alguns defendem a educação das meninas, como um meio de aumentar as chances que os seus futuros filhos terão de sobreviver e de desfrutar de uma vida saudável, e o impacto que a educação terá na redução das taxas de natalidade. A preocupação com a alimentação das mulheres se justifica pelas necessidades do feto e da criança ao ser amamentada. Mesmo diante da tragédia da mortalidade materna, a justificativa utilizada para os investimentos que garantem a sobrevivência das mães passa pelo papel crucial que estas desempenham na sobrevivência de seus filhos. (COOK, 2004, p.48).

Cabe aos Estados reformular as leis discriminatórias em seu teor, ou em seus efeitos. Igualmente, devem também remediar os efeitos da discriminação de leis que são aparentemente igualitárias em seus textos, mas que colocam, desproporcionalmente, um grupo em desvantagem. (COOK, 2004, p. 201).

Nos lugares em que as leis e políticas tratam homens e mulheres diferentemente com relação as suas necessidades de saúde, seja no texto de tais leis ou políticas ou em seus efeitos, os Estados são obrigados a fornecer as razões, e muitas vezes justificativas convincentes, para tais tratamentos diferenciados, uma vez que as desvantagens em função de diferenças no tratamento ou efeitos diferenciados levam a discriminação. (COOK, 2004, p. 201).

Os Estados são obrigados a eliminar não somente suas próprias práticas discriminatórias, mas também as práticas discriminatórias de indivíduos, em todas as esferas. Por exemplo, as cortes têm defendido o uso da autoridade governamental para licenciar os profissionais de saúde a um desempenho a serviço dos interesses da justiça social, como, por exemplo, obrigá-los a atender, durante um tempo especificado, em hospitais públicos ou clínicas, aos grupos que tenham historicamente sido vítimas de discriminações. (COOK, 2004, p. 202).

Vale ressaltar que 'o que os dispositivos garantidores da proteção das Constituições dos Estados democráticos estão a ordenar ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais econômicas, sociais e políticas para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal'. (VENTURA, 2009, p.125).

Para tanto, ensina Flávia Piovesan, faz-se necessário dar maior visibilidade a construção, conceitual de direitos reprodutivos que, em sua complexidade, envolvem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto, como elementos interligados, onde a impossibilidade de se enfrentar a cultura que, permeada por elementos de cunho cultural, moral e religioso, resiste em aceitar os direitos reprodutivos como direitos, insistindo na ideia de deveres reprodutivos e não de direitos reprodutivos. (2003, p.14).

Faz-se emergencial promover avanços normativos que incluam e garantam, efetivamente, o exercício da sexualidade e reprodução, na perspectiva de gênero, em todos os âmbitos da produção legiferante no país. (PIOVESAN, 2003, p.14).

Há urgente necessidade de saneamento da ordem jurídica brasileira, com imediata eliminação das normas discriminatórias que esvaziam e restringem o alcance de dispositivos normativos avançados. (PIOVESAN, 2003, p.224).

A prevalência da Constituição Federal e dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres impõem a revogação de toda a normatividade com ela incompatível. (PIOVESAN, 2003, p.224).

A implementação dos direitos reprodutivos na esfera judiciária brasileira dos direitos reprodutivos, sob a ótica dos direitos humanos, requer uma ação político judiciária que enfrente os tabus consolidados no percurso temporal histórico, assegurando aos indivíduos, em especial atenção às mulheres, o pleno exercício da sexualidade e capacidade reprodutiva, com autonomia, liberdade e dignidade.

3 CAPÍTULO III – O ABORTO SOB A PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS.

3.1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a permissividade da interrupção voluntária da gestação tem por base uma premissa universal: que os direitos humanos são indivisíveis e implicam o usufruto da liberdade, da igualdade, da autodeterminação, da saúde, do acesso ao avanço do conhecimento científico e do reconhecimento pleno de direitos individuais e sociais. (BARSTED, 2007, p.93).

Defender e articular o direito de uma mulher a escolha individual e pessoal e a liberdade em suas decisões no que se referem a seu claustro individual e a suas opções reprodutivas são aspectos importantes do que aparece como um movimento para definir e proteger os direitos reprodutivos das mulheres. (COOK, 2004, p.160).

No plano jurídico, como anteriormente mencionado, a criminalização do aborto viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, amparados pela Conferencia do Cairo e de Pequim. A criminalização do aborto resulta, assim, como uma violação aos direitos humanos internacionalmente protegidos, em particular nas esferas da sexualidade e reprodução. (PIOVESAN, 2007, p.66).

Para melhor compreensão no que concerne ao tema central objeto de estudo no presente capítulo, o mesmo será tripartido entre o entendimento formulado na Constituição Federal no que toca a interrupção voluntária da gravidez, no primeiro tópico. No segundo tópico será analisado o que as Conferências do Cairo e de Pequim, instrumentos internacionais norteadores da proteção aos direitos humanos das mulheres. Finalizando, será explicado como a interrupção voluntária da gestação pode ser entendida como direitos reprodutivos, face à colisão de direitos fundamentais.

3.2 O ABORTO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal simboliza o marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos, após o período de regime militar instaurado no Brasil, assegurando aos indivíduos a proteção de seus direitos mais sensíveis. Trata-se de uma Constituição com características muito singulares, que apresenta como sua marca mais notável, a preocupação central com os direitos humanos. (SARMENTO, 2007, p.24).

Após vinte e um anos de regime autoritário, a Constituição objetivou resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional. A Carta de 1988 significou um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil. (SARMENTO, 2007, p.62).

A Constituição Federal, como norte na proteção dos direitos humanos, fora igualmente um marco na conquista dos direitos humanos das mulheres. Tal instrumento norteador expressou diversas conquistas fundamentais da igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres (art.5º, I), até então, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

A nova Constituição, denominada Constituição Cidadã, aprofunda e cria novos direitos para os sujeitos, e novas obrigações do Estado para com os indivíduos e a coletividade. (VENTURA, 2010, p.20).

Apesar de grandes mudanças introduzidas em benefício da melhoria do status da mulher, a Constituição foi reveladora também nos limites dos direitos da mulher e de sua cidadania, ao não registrar a demanda de autonomia no âmbito da reprodução. (BARSTED, 2007, p.31).

O artigo 226, §7º, da Constituição Federal, acolheu o planejamento familiar e estabelece que o Estado propicie recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Mas não avançou a ponto de permitir o aborto, como em algumas legislações adiantadas. (CUNHA, 1989, pg.147).

Contudo, é fundamental salientar que os constituintes rejeitaram a inclusão, na Constituição Federal, do direito à vida desde a concepção, uma proposta que tinha por objetivo garantir a proibição absoluta do aborto. (VENTURA, 2007, p.311).

Na verdade, a Constituição de 88 não só hospedou em se texto um generoso catálogo de direitos fundamentais, incorporando direitos individuais, políticos, sociais e difusos, como também atribuiu a eles aplicabilidade imediata (artigo 5 §1), e protegeu-os, ainda, diante de o próprio poder constituinte derivado (artigo 60 §4). (SARMENTO, 2007, p.66).

No que tange a aplicação dos tratados internacionais na Constituição Federal, a fim de explicar o procedimento de internalização da norma decorrente do pacto, além da sua posição hierárquica no ordenamento interno, surgiram as teorias monista e dualista.(DUARTE, 2013).

Quanto à teoria monista, esta aceita que o ordenamento jurídico é uno, ou seja, só existe uma ordem jurídica, que engloba o direito interno e o externo. A teoria monista com predominância do Direito Internacional foi criação de Kelsen logo após a segunda guerra mundial, quando se iniciou a era da globalização, a criação da ONU e a reconstituição das relações entre Estados.(DUARTE, 2013).

Para a teoria dualista, elaborada pelos juristas Carl Heinrich Triepel e Dionísio Anzilotti, o direito internacional e o direito interno são sistemas independentes e distintos, de modo que a norma de direito internacional só produza efeitos quando o Estado tenha demonstrado anteriormente aquiescência por meio de procedimento próprio estruturado pelo direito interno, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, pelo crivo do Congresso Nacional.

Nesse sentido, importa salientar que

por força do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual reza que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, os tratados internacionais de direitos humanos teriam aplicação automática, produzindo efeitos no ordenamento jurídico logo após a ratificação pelo Chefe do Poder Executivo, enquanto que os tratados internacionais que não versam sobre matéria de direitos humanos, para que produzam efeitos, necessitam passar pelo crivo do Congresso Nacional, ou seja, pela edição do decreto de execução. (DUARTE, 2013).

Flávia Piovesan possui igual entendimento, reafirmando que a Constituição brasileira de 1988 nos termos do art. 5º, § 2º, consagrou *‘um sistema jurídico misto, na medida em que para os tratados de direitos humanos acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática’*. (PIOVESAN, 2003, p. 110).

Antes do novo movimento constitucionalista, notadamente, com o normativismo de Kelsen, a nossa pirâmide normativa compreendia a Constituição no topo e as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal logo abaixo, buscando na primeira, fundamento direto de validade. (BARROSO, 2008, p.306)

Entretanto o Supremo Tribunal Federal atribuiu o status de norma supralegal aos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal.(BARROSO, 2008, p.306)

Ainda ressalta Duarte (2013) que a Constituição é norma que deve ser respeitada e aplicada. Nesse sentido, há que se respeitar a sistemática sobre os tratados de direitos humanos, prevista no art. 5, §§ 2º e 3º e art. 49, I, todos da Constituição Federal.

Nesse contexto, parece evidente que é na Constituição Federal que deve ser buscado o norte para o equacionamento jurídico a ser conferido á questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. (SARMENTO, 2007, p.25).

3.3 O ABORTO E A CONFERÊNCIA DO CAIRO E DE PEQUIM.

A II Conferencia Internacional Sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo em 1994, trouxe à tona, com enfoque central os direitos sexuais e reprodutivos, um capítulo do documento resultante da Conferência dedicado exclusivamente a igualdade entre os sexos. (VENTURA, 2009, p.22).

Nesta Conferência [do Cairo], reconheceu-se o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública. Um dos objetivos do Programa de Ações da Conferencia do Cairo é “Alcançar a igualdade e a justiça, com base numa parceria harmoniosa

entre homens e mulheres, capacitando as mulheres para realizarem todo o seu potencial". (VENTURA, 2009, p.10).

A Conferência do Cairo realça ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito a informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas. (PIOVESAN, 2007, p.10).

Nesse sentido, o Ministério da Saúde afirma que

Com relação ao aborto, o Governo brasileiro é signatário de documentos de Conferências das Nações Unidas que o considera grave problema de saúde pública (Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994) e recomendam que os países revisem as leis que penalizam a prática do aborto considerado inseguro, isto é, que traz riscos para a vida e saúde da mulher. (p.22).

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher – Igualdade, Desenvolvimento e Paz, realizada em Pequim, amplia a pressão para que os compromissos políticos assumidos pelos governos nas conferências internacionais sejam efetivados por meio da implantação de políticas públicas.(VENTURA, 2009, p.15).

A Plataforma de Ação Mundial dessa Conferência propõe objetivos estratégicos e medidas a serem adotadas visando à superação da situação de discriminação, marginalização e opressão vivenciadas pelas mulheres. (VENTURA, 2009, p.17).

Especificamente no que toca à interrupção voluntária da gravidez, o Plano de Ação aprovado recomendou que os países revisassem as leis punitivas sobre a questão. (VENTURA, 2009, p.17).

Ainda, o documento de Pequim, recomenda aos países a revisão de leis que punem as mulheres que praticam abortos ilegais, considerando o grave problema de saúde pública representado pelos abortamentos ilegais. (VENTURA, 2009, p.15).

A importância dos documentos formulados nas Conferências supramencionadas para a agenda de direitos humanos, alcançou o reconhecimento

da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos merecedores de proteção e promoção específicas, em prol da dignidade e do livre desenvolvimento dos seres humanos. (VENTURA, 2009, p.15).

A declaração de Pequim adiciona a ideia de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, ao afirmar que na maior parte dos países, a violação aos direitos reprodutivos das mulheres limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso a educação e o pleno exercício dos demais direitos. (PIOVESAN, 2007, p.11).

Ambos os instrumentos internacionais debruçaram-se sobre a dramática situação do aborto inseguro considerando-o um grave problema de saúde pública. Por isso, recomendações foram dirigidas aos Estados-Partes para que avaliem a possibilidade de reformar suas legislações punitivas contra as mulheres que fazem abortos ilegais, garantindo-lhes, além disso, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para tratar as complicações derivadas de abortos. (BARSTED, 2007, p.101).

Essas Conferências ao mesmo tempo em que promoveram o reconhecimento de direitos no campo da sexualidade e da reprodução, aumentaram a visibilidade das violações de direitos humanos no campo da saúde sexual e da saúde reprodutiva, em especial no que concerne à problemática da gravidez não desejada. (BARSTED, 2007, p.101).

Nesse sentido, é fácil visualizar que a grande preocupação das normas internacionais é a proteção dos direitos das mulheres, tendo em vista as condições de desigualdade que certas normas de caráter interno demonstram às mulheres, mais precisamente no que se refere à autonomia reprodutiva.

Todavia, observa-se que a legislação brasileira ignorou a existência de normas supra-legais de proteção ao gênero feminino, implantando em diversos dispositivos normas discriminatórias. Contudo, percebe-se que, gradativamente, a posição do legislador em modificar certas normatividades, em respeito ao que foi destacado no presente subitem.

3.4 O ABORTO COMO UM DIREITO REPRODUTIVO

Conforme ilustrado, os direitos reprodutivos, mais precisamente das mulheres, são direitos humanos protegidos internacionalmente por diversos tratados e convenções, com maior destaque à Conferência do Cairo e de Pequim.

Todavia, no que toca a temática da interrupção voluntária da gestação, o assunto traz em si controversas opiniões, principalmente no que se refere ao direito à vida do nascituro, considerado valor absoluto por diversos segmentos contra-aborto, e o direito à saúde e autonomia da gestante, levantada pela bandeira pró-aborto.

No que se refere ao direito à vida, não há dúvidas que se trata de um dos direitos fundamentais reconhecidos pelo texto da Constituição Federal, mais precisamente no *caput* do artigo 5º. Tal princípio apresenta a característica de ser inviolável, tal como os demais princípios elencados no artigo 5º da Constituição Federal. (FRANCO, 2006, p.20).

Contudo, há uma intensa discussão sobre se a proteção do direito à vida é destinada com exclusividade a vida humana após o nascimento ou é dirigida também ao nascituro, cuja vida encontra-se em processo de formação. (FRANCO, 2006, p.23).

Nesse sentido, Alberto Silva Franco preceitua que, embora o texto constitucional nada diga a respeito do não nascido, tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição Federal se obriga a tutelar de forma que não sofra violação. (2006, p.25).

Entretanto, a proteção constitucional á vida humana em formação não significa a necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente. (FRANCO, 2006, p.26).

Nesse sentido, pode-se observar que o objeto que a legislação preocupa-se em proteger é a vida do nascido, mas protege os direitos inerentes à vida humana em formação.

Portanto, conclui-se que o ordenamento constitucional protege a vida intra-uterina, mas esta proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, mediante uma ponderação de interesses, diante de direitos fundamentais da gestante, como, *v.g.*, princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. (SARMENTO, 2007, p.37).

No que tange ao direito à saúde, em especial a da gestante, cabe destacar que, quando se fala em direito a saúde nos casos de interrupção voluntária da gestação, fala-se de direitos reprodutivos que, como anteriormente mencionado, equivale a certos direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, Cook preleciona que

A saúde é definida como sendo o estado de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. Com base nessa definição, a saúde reprodutiva deveria ser compreendida como sendo a possibilidade de as pessoas manterem uma vida sexual satisfatória e segura, com condições de reproduzirem e o direito a liberdade de decidir se, quando e com que frequência serão mantidas as relações sexuais. (COOK, 2004, p.08).

Nesse sentido, a saúde reprodutiva, igualmente, não é uma preocupação exclusiva de saúde. Ela também deve ser tratada como uma questão de desenvolvimento e de direitos humanos. (COOK, 2004, p.13).

Os tratados de direitos humanos e documentos internacionais, como, *v.g.*, o Plano de Ação do Cairo e Plataforma de Pequim, deixam à escolha de cada país estabelecer o modo pelo qual se dará a intervenção na saúde reprodutiva. Contudo, recomendam que as leis sanitárias internacionais que tais intervenções devam ser compatíveis com os outros direitos reconhecidos no plano nacional e internacional. (VENTURA, 2009, p.23).

Historicamente, o abortamento era considerado uma questão de saúde pública. Contudo, perpetuar tal entendimento dá margem à intervenção inadequada do Estado no gerenciamento do problema, como, conforme apertada discussão, a sua criminalização. (VENTURA, 2009, p.20).

Ao não reconhecer as violações de direito individual que contribuem para o aumento de casos de aborto, as políticas de saúde reprodutiva comprometem a prevenção e não reduzem a vulnerabilidade das mulheres ao aborto inseguro e a possibilidade de mortalidade materna. (VENTURA, 2009, p.22).

A conclusão que se dá é que, não só o sistema jurídico deve se adequar aos princípios de direitos humanos que baseiam os documentos internacionais, mas igualmente os modelos de intervenção na saúde pública, em especial o Sistema Único de Saúde. (VENTURA, 2009, p.23).

Para além disso, verifica-se igualmente uma lesão coletiva ao direito de saúde das mulheres em idade fértil, decorrente do principal efeito prático das normas repressivas em vigor. (VENTURA, 2009, p.37).

Se estas têm eficácia preventiva mínima, e quase não evitam os abortos, produzem um efeito colateral amplamente conhecido e absolutamente desastroso: levam todo ano centenas de milhares de gestantes à se submeterem a procedimentos clandestinos, realizados no mais das vezes sem as mínimas condições de segurança e higiene, com graves riscos para suas vidas. (VENTURA, 2009, p.37).

A evolução inicial de uma abordagem criminal e punitiva de questões ligadas à saúde reprodutiva, para uma abordagem de aplicação da lei sobre saúde e bem-estar, está incompleta em nível internacional, e a evolução seguinte de empregar leis de direitos humanos permanece em seus estágios iniciais. (COOK, 2004, p.109).

A abordagem comum agora é de que as escolhas sobre práticas de saúde reprodutiva, incluindo a maternidade, são decisões privadas entre parceiros, com seu livre e pleno consentimento, e não decisões democráticas ou governamentais, em total consonância com a autonomia do casal. (COOK, 2004, p.178).

Consequentemente, as mulheres podem, em princípio, proteger sua saúde reprodutiva determinando se querem e quando querem planejar suas gravidezes. (COOK, 2004, p.180).

Os governos podem influenciar nas escolhas reprodutivas, através de incentivos ou desincentivos moderados, mas não podem aliciar por meios compulsórios ou coercitivos, tais como punições ou imposições de danos pelo gozo individual de suas vidas, o que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. (COOK, 2004, p.181).

Por todas essas razões, é de se concluir que a proteção ao direito constitucional a saúde da mulher recomenda a urgente reforma da legislação brasileira, em consonância com a normatividade internacional, visando à legalização e realização pelo SUS dos procedimentos de interrupção voluntária da gravidez na fase inicial da gestação. (SARMENTO, 2007, p.42).

No que se refere à autonomia da mulher, tocante aos direitos reprodutivos, vê-se na legislação brasileira uma série de limitações, as quais não se visualizam quando se trata do sexo masculino.

Exemplo disso é o caso de laqueadura. A norma médica impõe as mulheres que, nos casos em que requer o procedimento, elas tenham idade superior a 25 (vinte e cinco) anos, e dois ou mais filhos. Desta feita, resta visível o desvalor aos direitos inerentes as mulheres no que tange ao controle do próprio corpo, ficando as mulheres a mercê de normas discriminatórias.(COOK, 2004, p.180).

Atualmente, os direitos humanos reagem contra a obrigatoriedade de se manter uma gravidez contra a vontade da mulher, e a introdução de novas barreiras para o direito de escolha na reprodução vão de encontro a esse valor. A insistência sobre os direitos das mulheres a decisão sobre a continuação ou interrupção da gravidez diz respeito aos direitos de fundar uma família conforme suas preferências, a informação e aos benefícios dos avanços científicos. (COOK, 2004, p.375).

As violações de direitos humanos as quais as mulheres estão expostas quando buscam assistência médica para problemas causados por abortos inseguros derivam principalmente do caráter repressivo das leis de aborto de natureza restritiva. (COOK, 2004, p.388)

Ainda, vigora o argumento de que as mulheres não estariam sujeitas a violações de direitos humanos se obedecessem à lei e não recorressem a abortos

ilegais. Tal argumento ignora a realidade tão comum de violações de direitos humanos associadas a casos de continuidade de gravidez indesejada. (COOK, 2004, p.387).

A proteção dos direitos humanos das mulheres oferece pouca margem para o cumprimento das leis restritivas do aborto. Isto ocorre mesmo quando elas não estão sujeitas a perseguições e encarceramento por envolvimento com o aborto ilegal, quando agem em prol de seus próprios interesses decidindo se, quando e em que circunstâncias desejam dar luz a filhos. (COOK, 2004, p.388).

É de suma importância a revisão de leis que criminalizam a interrupção voluntária da gestação indesejada. As legislações que criminalizam o aborto dão maior valor à vida em formação, visto que ainda vige o pensamento de que a mulher deve cumprir sua função de reprodutora, em detrimento da autonomia e saúde reprodutiva da gestante.

Desta feita, verte-se de inconstitucionalidade a criminalização do aborto, constante na legislação penal brasileira, visto que tal disposição é contrária aos direitos reprodutivos das mulheres, as quais, equivalentes a direitos humanos, são equiparadas a normas supra-legais, conforme preceitua o artigo 5º §2º e 3º da Constituição Federal, *in fine*:

§2º - “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.”

§3º - “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

A interpretação dada aos mencionados incisos por alguns doutrinadores, dentre eles Flavia Piovesan, os Tratados Internacionais que versarem sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil seja parte, gozam de supremacia diante das demais leis, atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. (PIOVESAN, 2007, p.106).

De acordo com o seu entendimento:

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos, constitucionalmente consagrados. (PIOVESAN, 2007, p.100).

Desta feita, resta evidente a necessidade de alterar a legislação criminalizadora da prática abortiva, para que se enquadre na normatização internacional, em respeito aos direitos reprodutivos das mulheres.

3.5 DIREITO AO ABORTO OPONIVEL À ATUAL LEGISLAÇÃO PENAL

Dos direitos reprodutivos, o que traz maior controvérsia jurídica e política no âmbito nacional e internacional é o direito ao aborto. Tal benesse esbarra em direitos individuais do nascituro e nas reivindicações de certos segmentos da sociedade, principalmente religioso, que elevam o direito do nascituro em detrimento do direito da gestante e/ou do casal.

No que tange ao aborto, o Governo brasileiro é signatário de documentos de Conferências das Nações Unidas que o considera grave problema de saúde pública, e que propõem aos Estados-membros a revisão das leis que penalizam a prática do aborto considerado inseguro, isto é, que traz riscos para vida e a saúde da mulher. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 21).

Nesse sentido a Cartilha do Ministério da Saúde ressalta que, com relação ao abortamento, é necessário garantir a qualidade e a ampliação dos serviços de referência para realização do aborto previsto em lei e assegurar que as mulheres que chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento sejam atendidas de forma humanizada e com tecnologia adequada, evitando assim o risco de adoecimento e morte. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 22).

As discussões acerca da liberalidade do aborto devem nortear-se pelo fato dos direitos humanos serem indivisíveis e implicam no gozo da liberdade, da igualdade, da autodeterminação, da saúde, do acesso ao avanço científico e do reconhecimento dos direitos individuais e sociais. (BARSTED, p.95).

Deste modo, resta claramente que a vinculação dos direitos reprodutivos e sexuais com o direito a saúde viabilizou a positivação de tais direitos.

Em países em desenvolvimento a vinculação com o direito à saúde ainda é muito importante. É por meio de um serviço público de saúde eficiente que mulheres, gays e lésbicas “conseguem” exercer plenamente sua cidadania, desde que protegidas sua liberdade e autonomia. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 23).

A Constituição Federal adotou integralmente todos os princípios dos tratados internacionais de direitos humanos, assegurando alguns como definidores da ordem constitucional, como o princípio da cidadania e dignidade da pessoa humana, o princípio da convivência livre, justa e solidária e o princípio da promoção do bem de todos sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 22).

Após o reconhecimento de certos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federativa atribuiu aos direitos humanos reconhecidos no âmbito externo a hierarquia de norma constitucional de aplicação imediata, nos moldes do artigo 5º § 1º da Constituição Federal. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 10).

Ainda, consolidando o entendimento aplicado na Constituição Federativa no que se refere aos direitos reprodutivos, seja:

Os direitos reprodutivos são constituídos por direitos humanos reconhecidos na esfera internacional, assim, no momento de sua aplicação, quer seja no âmbito do legislativo, administrativo ou judiciário, deve-se recorrer aos tratados internacionais, como fonte formal autorizada pela Constituição Federal, à jurisprudência internacional, e aos documentos produzidos pelas Conferências e Comitês Internacionais, como fonte material. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 22).

Nesse sentido, os tratados internacionais de direitos humanos, de aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro, são hierarquicamente superiores à legislação ordinária, em especial o Código Penal. Em caso de conflitos de normas de hierarquias diversas, resta evidente que a de maior relevância jurídica deverá ser levada em consideração. Sendo assim, a aplicação do Artigo 124 à 126 e seguintes do Código Penal reveste-se de inconstitucionalidade, pela lógica anteriormente apresentada. (BARROSO, 2008, p.236).

Dessa forma, entende-se que a Constituição Federal pode ser interpretada de maneira a aplicar as leis e políticas públicas em respeito aos direitos humanos, como a posituação dos direitos reprodutivos, mais especificamente sobre a anticonvencionalidade do crime de aborto.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como consideração final que o direito ao aborto, regulamentado pelas normas e documentos internacionais, é um direito reprodutivo. Nesse sentido, o direito ao aborto, como direito reprodutivo, equivale a direitos humanos, protegidos pela Constituição de 1988. Conforme os artigos 2º e 5º da Constituição Federal, tratados internacionais de direitos humanos tem aplicação imediata e equivalem a normas supralegais no ordenamento jurídico brasileiro.

Para atingir tal conclusão, foram necessárias as seguintes hipóteses: (a) o direito ao aborto é um direito reprodutivo, sendo igualmente um direito inerente ao indivíduo, com proteção constitucional; (b) a criminalização do aborto viola os direitos humanos, em face dos tratados e documentos internacionais ratificados pelo Brasil, mais precisamente a Conferência do Cairo e de Pequim; (c) o direito ao aborto é protegido constitucionalmente, visto que equivalente a direitos humanos.

Questionou-se no presente estudo a ausência de políticas públicas dirigidas as mulheres e conclui-se que a discriminação de gênero, impediu avanços normativos para a proteção a autonomia da mulher, mais precisamente no que toca a reprodução.

A respeito da primeira hipótese, conclui-se que o direito ao aborto é um direito reprodutivo, visto que, conceituado brevemente, remete-se que os direitos reprodutivos são direitos individuais inerentes aos indivíduos que garantem aos mesmos proteção do exercício da reprodução. Aferiu-se do presente estudo que, sendo os direitos reprodutivos direitos humanos, são protegidos constitucionalmente.

No que toca a segunda hipótese, vê-se que a criminalização do aborto vai em contrário do que dispõe às Conferências do Cairo e de Pequim, que explanam a necessidade de revisão das normas incriminadoras do abortamento aos países que penalizam a prática. Ainda, afirmam as seguintes conferências que o aborto inseguro é um grave problema de saúde pública, devendo os Estados-parte tomarem medidas que assegurem as mulheres plena autonomia reprodutiva, com informação e meio de fazê-la.

No que se refere a ultima hipótese, resta confirmada visto que, conforme discorreu-se no terceiro capítulo, as normas internacionais de direitos humanos,

nesse caso a parte no que toca aos direitos reprodutivos, equivalem a normas supralegais de aplicação imediata no ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, são hierarquicamente superiores as normas ordinárias brasileiras, restando prejudicada a aplicabilidade da norma penal no que tange a prática do aborto.

REFERÊNCIAS

3ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE POLITICAS PARA AS MULHERES. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher-CNDM. Realizada de 12 a 15 dezembro 2011. Disponível em: <http://sepm.gov.br/3a-conferencia-de-politicas-para-as-mulheres/3a-conferencia-nacional-de-politicas-para-as-mulheres/>

ARDAILLONI, Danielle. **A insustentável ilicitude do aborto.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: 1997.

BARSTED, Leila Linhares. **Direitos Humanos e Descriminalização do Aborto.** - In: PIOVESAN, Flávia. SARMENTO, Daniel. **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro. Ed. Saraiva, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação da mulher.** 4ª ed. 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br>

CAROLA, Carlos Renato. **Pandora, Eva e Sofia:** a naturalização da desigualdade de gênero na história do pensamento ocidental - In: Gênero e trabalho infantil na pequena mineração. Rio de Janeiro: Cetem/CNPQ, 2006.

COLNAGO, Rodrigo. **Direito Penal:** Parte Especial I. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Plataforma do Cairo. Cairo, Egito, 5- 13 de setembro de 1994.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER - Nova York, 1979.

COOK, Rebecca. BERNARD, M. Dickens. MAHMOUD, F. Fathalia. **Saúde reprodutiva e direitos humanos:** integrando medicina, ética e direito. Rio de Janeiro, CEPIA: 2004.

CUNHA, Roberto Salles. **Os novos direitos da mulher.** São Paulo: Atlas, 1989.

DAHL, Tove Stang. **O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista.** Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1993.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14 a 25 de Junho de 1993.

DUARTE, Hugo Garcez .OLIVEIRA, Erivelton Telino Silva. **O Supremo Tribunal Federal e a norma supralegal: apontamentos frente à estrutura hierarquico-normativa brasileira.** Acessado em: 01/06/2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1208

FRANCO, Alberto Silva. **Algumas questões sobre o aborto.** Revista do Instituto de Ciências Penais. ICP, v. I. Belo Horizonte: 2006.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais:** Uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE - Secretaria de Atenção à Saúde - Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos:** Uma prioridade do Governo. Brasília-DF, 2005.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Justiça penal e violência contra as mulheres na perspectiva da Convenção de Belém do Pará e da Lei Maria da Penha: reflexões sobre um modelo aproximado de justiça no contexto das medidas protetivas.** In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Monica Ovinski de. (Org.). Estudos contemporâneos de direitos fundamentais. Visões Interdisciplinares. 1ª ed. Curitiba: Multidéia, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro.** 10 ed. São Paulo: RT, 2011.

SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flavia. **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007.

STECANELA, Nilda. MOURA FERREIRA, Pedro. **Mulheres e Direitos Humanos:** desfazendo imagens, (re) construindo identidades. Caxias do Sul: Ed. São Miguel, 2009.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** Edição do Autor. UNFPA. Brasília, 2009.

MILL. John, Stuart. **Sujeição das mulheres**. Publicado em: 1869. Disponível em:
<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/351/263>.

Acessado em: 10/01/2013