

4

O aborto e os direitos humanos das mulheres

Como as Danaídas da mitologia grega, as mulheres estão carregando seus direitos em jarros furados. Elas têm seus direitos garantidos formalmente por dispositivos legais e constitucionais, mas não conseguem exercê-los em face da omissão do Estado e, por isso, têm sido vitimizadas por uma terrível história de violência, dominação e exclusão, especialmente no âmbito da expressão de sua sexualidade. É exatamente essa história de violência, construída sob a égide de uma ideologia patriarcal e sob o enfoque de uma concepção moral ultrapassada, fundada na submissão carnal e na subordinação entre os sexos, que tem determinado essa inaceitável omissão constitucional do Estado.¹⁰⁷

4.1

A justificação dos direitos humanos no mundo contemporâneo

Antes de adentrarmos na abordagem da construção política e normativa dos direitos humanos das mulheres, e como tais direitos são violados com a permanência da criminalização do aborto, uma vez que impede as mulheres de exercer a sua cidadania de forma ampliada, faz-se necessário, ainda que de forma sucinta, explanar sobre os dois principais modelos de justificação dos direitos humanos na sociedade contemporânea.

O primeiro, procedimental e universalista, é teorizado por *Jürgen Habermas*, a partir da construção de seu modelo de democracia deliberativa, onde os direitos humanos cumprem um papel de suma importância. O segundo, teorizado por *Boaventura de Souza Santos*, tem como fundamento o diálogo intercultural dos direitos humanos. Para este autor, é preciso mudar a cultura dos direitos humanos através de um diálogo intercultural e não por imposição da concepção universal dos direitos humanos das sociedades contemporâneas ocidentais.

A teoria de Habermas, procedimental e universalista, fundamenta-se no ideário da modernidade e do iluminismo e na existência de um sistema universal

¹⁰⁷ TORRES, José Henrique Rodrigues. *O aborto como um direito numa perspectiva filosófica e jurídica*. In: __ CUNHÃ COLETIVO FEMINISTA. Toques de Saúde. João Pessoa: n. 4, Cunha Coletivo Feminista, outubro de 2004.

de direitos humanos. A construção dessa teoria visa dar respostas aos problemas da sociedade contemporânea em transformação, dentro do projeto da modernidade, uma vez que para o pensador, o projeto moderno ainda não se esgotou. Assim, a base de fundamentação da referida teoria se diferencia de outros pensadores e teóricos intitulados pós-modernos. Para estes, o projeto moderno esgotou-se, havendo uma mudança de paradigma, uma vez que os problemas oriundos da modernidade somente podem ser solucionados dentro de um novo paradigma, qual seja, o da pós-modernidade.¹⁰⁸

Para entendermos a construção da teoria da democracia e a fundamentação dos direitos humanos proposta por Habermas, precisamos, antes de tudo, analisar a concepção liberal e republicana de democracia, pois é a partir delas que o autor constrói a sua teoria.

O debate entre os liberais e comunitários, ou melhor, entre liberais e republicanos, se volta para a forma como se articulam as duas concepções de democracia: a primeira, liberal com seus pressupostos de que o indivíduo é portador de direitos naturais, de liberdades negativas exercidas frente ao poder do Estado; a segunda, republicana, onde prevalecem os ideais de igualdade e soberania popular, com base em direitos positivos, onde o indivíduo é entendido enquanto sujeito pertencente e atuante nos negócios do Estado.

A liberdade e a igualdade são princípios das duas concepções de democracia, entretanto, a primazia concedida aos direitos de liberdade ou aos direitos de igualdade, dependerá, respectivamente, da concepção liberal ou republicana de governo. O modelo liberal de democracia dá primazia aos direitos de não interferência por parte do Estado, cuja maior expressão é a proteção dos

¹⁰⁸ Segundo DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. *Pós-modernidade*. In: __BARRETO, Vivente (Org.) *Verbetes. Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar/Unissinos, 2005, (prelo), “As crenças iluministas no mito do progresso inelutável, linear e cumulativo, no planejamento coerente da vida humana, numa ordem programada cedem lugar às descontinuidade e indeterminações tipicamente pós-modernas, isto é, já não há qualquer garantia de que as coisas saiam como o esperado ou de que avancem no sentido do bem geral. Não há nenhuma luz predestinada no fim do caminho. A grande aposta do espírito moderno nas conquistas econômicas e tecno-científicas, e claro, em níveis presumivelmente maiores de emancipação, integração e liberdade capitaneadas por elas, revelou-se ao fim e ao cabo uma desilusão. As promessas e utopias modernas foram originalmente concebidas tendo como pano de fundo sociedades européias relativamente diferenciadas e com baixo grau de complexidade, se comparado com as condições sociais vigente na atualidade.”

interesses privados, uma vez que sua preocupação central é assegurar a autonomia privada, através do pluralismo individualista.

Já o modelo republicano de democracia prioriza a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos, em detrimento dos direitos individuais. Em tal modelo há a primazia pela autonomia pública, ancoradas nos ideais de atuação e participação no que refere às questões sociais. Enfim, o objetivo a ser atingido é o interesse da coletividade e o bem comum, todavia, “a prioridade conferida pelos comunitários á soberania popular não se traduz em qualquer postura contrária aos direitos individuais.”¹⁰⁹

Partindo dessas duas concepções de democracia, Habermas, constrói o seu próprio modelo, buscando compatibilizar estas duas idéias, articulando as noções de autonomia individual e autonomia política para o entendimento da vida política na sociedade contemporânea. Segundo Maia:¹¹⁰

“Em geral, aqueles defensores da supremacia dos direitos humanos os compreendem dentro de uma concepção individualista, mas próxima das posições do liberalismo político, entendendo o papel do Estado como o de custodiador das liberdades individuais, garantidoras da busca privada da felicidade. Quanto aos partidários do privilégio da soberania popular, o Estado deve respeitar prioritariamente os interesses gerais – expressos através da vontade coletiva – chegando algumas vezes à desatenção de determinados direitos individuais das minorias, no desiderato de alcançar uma maior igualdade material entre os cidadãos. O destaque a um ou a outro destes princípios constitui uma das diferenças de fundo subjacentes ao debate liberais *versus* comunitarianos.”

Consciente das limitações e falhas dos dois modelos teóricos de democracia, Habermas constrói a sua teoria democrática, de natureza procedimental e universalista, fazendo críticas tanto aos liberais quanto aos comunitários. Contudo, busca elementos positivos de cada modelo para a elaboração de seu construto teórico.

Na construção de seu modelo de democracia, o autor faz uma articulação entre autonomia privada (perspectiva liberal) e autonomia pública (perspectiva republicana), indo além das duas mencionadas concepções. O filósofo na

¹⁰⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 1999, p. 131.

¹¹⁰ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direitos humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia*. In: __ MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES e Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivo de Direitos Humanos*, n. 2. Rio de Janeiro: Renovar, p. 54-55.

construção de seu modelo indica que autonomia privada e pública dos cidadãos se pressupõe mutuamente, uma vez que:

“O nexos interno, procurado entre os direitos humanos e a soberania popular, consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional. Direitos que possibilitam o exercício da soberania popular não podem ser impostos a essa práxis como limitação de fora.”¹¹¹

Dentro deste contexto, inspirado no princípio universal de direito de Kant, do maior grau possível de liberdade individual, Habermas aponta um rol de cinco direitos fundamentais¹¹² que contemplam boa parte dos direitos humanos reconhecidos na esfera internacional.¹¹³ Para a garantia desses direitos, o autor pressupõe um regime democrático regulado através do direito, onde:

“O Princípio do discurso pretende assumir a forma de um princípio da democracia por meio de uma institucionalização legal. O princípio da democracia é o que confere força legitimadora ao processo legislativo. A idéia central é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interpenetração do princípio do discurso e da forma legal. (...) Dentro do novo paradigma proposto pela teoria do discurso no campo do direito, os direitos humanos assumem uma condição diferente daquela reconhecida pela grande maioria das correntes atuais do debate jurídico. Ora como salienta Habermas, alicerçado em toda a arquitetura teórica desenvolvida em Faticidade e Validade: ‘o conceito de direitos humanos não é de origem moral, mas uma modalidade específica do conceito moderno de direito subjetivo e, portanto, de uma concepção jurídica. Os direitos do homem têm por natureza um caráter jurídico. O que lhes confere uma aparência de direitos morais

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Acerca da Legitimação com base nos Direitos Humanos*. In: __ A Constelação Pós-Nacional, Littera Mundi, 2001, p. 148.

¹¹² Tais direitos podem ser elencados da seguinte maneira: 1) direitos de iguais liberdades subjetivas; 2) os direitos de autonomia política; 3) os direitos de proteção jurídica individual; 4) os direitos de participação em igualdade com outros nos processos de formação de opinião e 5) os direitos de garantias sociais e bem-estar. Esses direitos são aqueles que o autor afirma que cada sistema democrático deve elaborar e especificar, pois são eles os pressupostos dos processos democráticos discursivos no direito e na política

¹¹³ Dissonante de Habermas, RORTY, Richard. *Direito humanos, racionalidade e sentimentalidade*. In: __ Verdade e progresso. São Paulo: Ed. Manoele, 2005, p. 213, afirma que: “Ao avaliar o respeito em relação aos agentes racionais, Kant diz que deveríamos estender o respeito que sentimos por pessoas como nós para os bípedes implumes. Essa é uma excelente sugestão, uma boa fórmula para secularizar a doutrina cristã da irmandade entre os homens. Mas isso nunca teve nem terá o suporte de um argumento baseado em premissas neutras. Fora do círculo da cultura européia pós-iluminismo, do círculo de pessoas relativamente seguras e protegidas, que têm manipulado sentimentos umas das outras por dois séculos, a maioria das pessoas é simplesmente incapaz de compreender por que o fato de alguém pertencer a determinada espécie biológica seria suficiente para que o incluíssemos em certa comunidade moral. Isso ocorre não porque essas pessoas são insuficientemente racionais, mas porque em geral elas vivem num mundo em que seria simplesmente muito arriscado e, com frequência, insanamente perigoso deixar o sentido de comunidade moral alargar-se além da família, do clã ou da tribo.”

não é o seu conteúdo, nem por razões mais fortes, sua estrutura, mas o sentido de sua validade que ultrapassa a ordem jurídica dos Estados-nações.”¹¹⁴

Em que pese todas as críticas ao modelo de democracia e a fundamentação teórica de Habermas acerca dos direitos humanos, sua notoriedade está em apresentar uma novidade face às fundamentações tradicionais dos direitos humanos: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Dentro destas duas perspectivas tradicionais, a problemática dos direitos humanos constitui um dos pontos fundamentais de discórdia. Enquanto o jusnaturalismo sustenta a natureza jurídica dos direitos humanos, com base na noção de direitos naturais, onde tais direitos são encarados como morais e não legais, o positivismo nega estatuto jurídico a esta noção, afirmando que o direito não é oriundo das regras da natureza, mas ao contrário, uma construção social.

Assim, a principal inovação do filósofo é inaugurar um novo ponto de vista acerca das relações entre direito, moral e política, cujo principal objetivo é a garantia de uma fundamentação normativa da teoria crítica da sociedade, onde se aprofunda o debate racional a respeito do problema da legitimação dos direitos humanos.

O modelo de democracia deliberativa e de justificação dos direitos humanos de Habermas está preocupado com as transformações das relações mundiais, com a alteração da noção de tempo e espaço, ocorrida na sociedade contemporânea, impulsionadas, principalmente, pelo fenômeno da globalização. Desta forma,

“Assume Habermas uma atitude cautelosa, nem otimista nem excessivamente pessimista, em face da globalização, com os seus problemas e ambigüidades: entre eles o agravamento das diferenças econômicas entre os dois hemisférios, já que se consolida uma sociedade planetária estratificada. ‘Se eu falo de ‘sociedade mundial’, é porque os sistemas de comunicação e os mercados criaram uma ligação interplanetária; mas devemos, todavia, falar de uma sociedade mundial estratificada, porque o mecanismo do mercado mundial associa uma produtividade crescente a uma miséria crescente e processos de desenvolvimento a processos de subdesenvolvimento. Se a planetarização divide o mundo, ela o

¹¹⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direitos humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia*. In: __ MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES e Ricardo Lobo (Orgs.). *Arquivo de Direitos Humanos*, n. 2. Rio de Janeiro: Renovar, p. 58 passim.

obriga ao mesmo tempo a cooperar, na medida em que constitui uma comunidade que partilha seus riscos.”¹¹⁵

Para Habermas se o fenômeno da globalização parece trazer maiores problemas do que vantagens aos países do Terceiro Mundo, diminuindo a sua capacidade de manobras para enfrentar seus grandes problemas econômicos e sociais, radicalizando as dificuldades de acesso às tecnologias de ponta, tal fenômeno, por outro lado, pode vislumbrar alguns dos aspectos positivos deste processo. Pois se a globalização divide o mundo, ela o obriga ao mesmo tempo a cooperar, na medida em que constitui uma comunidade que partilha seus riscos. Isso traz como conseqüência uma consciência normativa internacional comum, ancorada na idéia dos direitos humanos, que passariam a ser entendidos como uma carta mínima de direitos.

O construto teórico de Habermas é digno de respeito diante da sua incrível capacidade de transitar pelos mais diversos campos do conhecimento na defesa dos princípios universais de autonomia, liberdade e democracia, que constituem uma das grandes conquistas da tradição ocidental. Por tal motivo deve ser objeto de estudo, debate e reflexão, devido às inovações teóricas de seu pensamento. Contudo, constata-se que, diante dos acontecimentos do 11 de setembro nos Estados Unidos, dos sucessivos ataques terroristas recentes, bem como os acontecimentos na Europa, em especial, na França e as intervenções militares americanas no Afeganistão e no Iraque, o ideário de um direito cosmopolita e da universalidade dos direitos humanos, como proposto pelo autor, parece algo cada dia mais distante.

Contrapondo-se ao construto teórico de Habermas (democracia deliberativa e universalidade dos direitos Humanos), a construção teórica de *Boaventura de Souza Santos* acerca dos direitos humanos parece-nos mais condizente com a realidade da América Latina e com a realidade do Brasil, país periférico e em desenvolvimento.

A justificação dos direitos humanos proposta por Boaventura procura identificar as condições culturais, através das quais os direitos humanos podem ser

¹¹⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti. *Direitos humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia* Maia, p. 65.

concebidos como cosmopolitismo ou globalização contra-hegemônica. Segundo este pensador, se os direitos humanos forem concebidos como universais, da forma proposta por Habermas, estaremos diante de uma forma de globalização de cima-para-baixo, onde a sua universalização se dará à custa da legitimidade local.¹¹⁶ Desta Forma:

“Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política centro-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.”¹¹⁷

Nessa perspectiva, os direitos humanos não são naturalmente universais, tendo em vista os diferentes regimes de aplicação de tais direitos, ou seja, o europeu, o americano, o africano e o asiático. Assim, cada cultura considera os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental fundamenta os direitos humanos como universais.¹¹⁸

A construção teórica acerca dos direitos humanos de Boaventura é dicotômica àquela construída por Habermas, uma vez que este pensador se assenta em pressupostos tipicamente ocidentais, onde o principal é a autonomia, que exige uma sociedade de indivíduos livres.

Desta forma, segundo Boaventura, a justificação universalista dos direitos humanos equivoca-se porque não leva em consideração a efetiva garantia dos direitos das minorias, entre elas mulheres, negros, grupos étnicos e minorias sexuais. A justificação universalista não protege os direitos humanos dos

¹¹⁶ Segundo SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, n.º. 39, 1997, p. 121, “Paradoxalmente - e contrariando o discurso hegemônico – é precisamente no campo dos direitos humanos que a cultura ocidental tem de aprender com o Sul para que a falsa universalidade atribuída aos direitos humanos no contexto imperial seja convertida, na translocalidade do cosmopolitismo, num diálogo intercultural.”

¹¹⁷ Ibid., p. 112.

¹¹⁸ Segundo SANTOS, Boaventura de Souza, Ibid., p. 118, “A hermenêutica diatópica mostra-nos que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias demasiado rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia. De igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao fato de nenhuma delas reconhecer que o sofrimento humano tem uma dimensão individual irreduzível, a qual só pode ser adequadamente considerada numa sociedade não hierarquicamente organizada. (...) O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural.”

oprimidos e vitimizados por Estados capitalistas autoritários, não dando subsídios para a construção de um discurso contra-hegemônico de direitos humanos, capaz de ampliar os diálogos interculturais. “Neste domínio, a tarefa central da política emancipatória de nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e prática dos direitos humanos de um localismo globalizado num projeto cosmopolita.”¹¹⁹ Para isso, comungando com o pensamento do autor, algumas premissa precisam ser superadas.

A primeira premissa a ser superada é o debate sobre o universalismo e relativismo dos direitos humanos, pois o mesmo é equivocado e prejudicial à concepção emancipatória dos referidos direitos, pois:

“Todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural enquanto atitude filosófica é incorreto. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas o universalismo cultural, enquanto atitude filosófica, é incorreto. Contra o universalismo há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas. Contra o relativismo há que desenvolver critérios políticos para distinguir uma política progressista de política conservadora, capacitação de desarme, emancipação de regulação.”¹²⁰

A segunda premissa é a transformação cosmopolita dos direitos humanos, uma vez que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas possuem a mesma concepção sobre o que é ou o que deva ser considerado como direitos humanos.

A terceira premissa diz respeito ao fato de que todas as culturas são incompletas na sua concepção de dignidade humana. Pois se assim não fosse, existiria apenas uma cultura completa única. “Aumentar a consciência de incompletude cultural até ao seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.”¹²¹

Por fim, a quarta premissa é que todas as culturas têm aceções diferentes de dignidade humana, umas mais amplas e abertas do que outras. Para Boaventura:¹²²

¹¹⁹ Ibid., p. 113.

¹²⁰ Ibid., pp. 113-114.

¹²¹ Ibid., p. 114.

¹²² Ibid., p. 115.

“Estas são as premissas de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode levar, eventualmente, a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em redes de referenciais normativas capacitantes.”

Depreende-se, do pensamento do autor que o mais importante não é a discussão se determinado direito faz ou não parte do rol dos direitos humanos, mas entender a natureza cultural do direito, que se transforma de acordo com os anseios e necessidades de cada sociedade, em diferentes momentos históricos.

Entender os direitos humanos na forma proposta por Boaventura, significa transformá-lo numa política cosmopolita que ligue a rede de culturas e as línguas nativas de emancipação, tornando-as inteligíveis e traduzíveis, abrangendo as minorias culturais e historicamente excluídas e desprotegidas.

O construto teórico de Habermas mostra-se contra-fático. Sua justificação universal dos direitos humanos vai de encontro às complexidades e diversidades inerentes à sociedade contemporânea, notadamente, se pensarmos a realidade dos países periféricos e em desenvolvimento, onde se inclui a América Latina e o Brasil, cuja realidade econômica, social e cultural é completamente diversa dos países centrais. Assim, parece-nos ser mais condizente e mais coerente com os países do sul, a fundamentação construída por Boaventura, uma vez que sua justificação dos direitos humanos tem como base o diálogo intercultural acerca do direito, sem imposição de uma concepção de direito, que para muitas sociedades é completamente alienígena.

Após a abordagem da construção teórica de dois grandes pensadores no que diz respeito à fundamentação e legitimação dos direitos humanos, veremos que, como em relação aos direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, a normatização desses direitos (na esfera nacional e internacional) é uma construção política estritamente relacionada com o surgimento do movimento de mulheres e a sua busca pelo direito à autotomia e a uma cidadania ampliada. Enfim, o direito de poder decidir sobre seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução sem interferência do Estado ou de qualquer outro meio de controle ou coerção.

4.2

A construção política e normativa dos direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos¹²³

4.2.1

A construção política e normativa no plano internacional

Abordar a construção política e normativa dos direitos humanos das mulheres, ou seja, na perspectiva do feminino, não é tarefa das mais fáceis, uma vez que, historicamente, as mulheres foram excluídas das pautas das decisões políticas no âmbito nacional e internacional, bem como suas demandas sempre esbarraram em uma série de preconceitos e discriminações. A tarefa se torna ainda mais complexa quando se pretende abordar a temática dos direitos sexuais e reprodutivos¹²⁴ enquanto direitos humanos, haja vista serem direitos que objetivam garantir autonomia e cidadania ampliadas às mulheres. Neste contexto, tais direitos somente foram incorporados ao rol de direitos humanos através de grande articulação, mobilização e luta do movimento de mulheres em todo o mundo.

Analisando, historicamente, a construção política e normativa dos direitos das mulheres, constatamos que os direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, são um construto recente e em transformação permanente, que somente foram reconhecidos enquanto tais nas décadas de 80 e 90 do século XX. Contudo, em torno de tais direitos ainda pairam grandes disputas ideológicas e políticas acerca de alguns conceitos e ainda quanto ao seu conteúdo, pois os grupos conservadores e fundamentalistas insistem na intervenção junto aos poderes para fazer valer as suas concepções morais e religiosas acerca da sexualidade e da reprodução.

¹²³ Importa ressaltar que o conceito de direitos sexuais e direitos reprodutivos são formulações contemporâneas, construídas a partir da década de 80 do século XX, pelas feministas e pelo movimento de mulheres que fundamentaram e reivindicaram ser tais direitos requisitos essenciais para o pleno exercício da cidadania, dentro do paradigma do Estado laico e do fortalecimento da democracia.

¹²⁴ É preciso esclarecer que no decorrer do texto apresentamos os direitos sexuais e direitos reprodutivos de forma conjunta. Contudo, apesar de tais direitos estarem estritamente relacionados, os mesmos não podem ser encarados como um só direito, pois não se pode confundir os direitos atinentes à sexualidade com os atinentes à reprodução, pois a atividade sexual não está, necessariamente, relacionada à procriação.

Diante de tal constatação, partiremos da construção teórica contemporânea dos direitos humanos. Abordaremos tais direitos enquanto construção e conquista política e social, que se intensificou, notadamente, após a segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial.

Na abordagem da temática dos direitos humanos das mulheres, faz-se necessário relacioná-los ao contexto histórico, social, econômico, cultural e religioso em que foram progressivamente conquistados. Analisando a construção de tais direitos, verifica-se que os mesmos estão estritamente relacionados à construção do conceito contemporâneo de cidadania, que vem sendo ampliado, progressivamente, nas últimas décadas, em grande parte, pela luta e reivindicação dos movimentos sociais. Tais movimentos se fortaleceram e ganharam espaço com o processo de redemocratização nos países ocidentais, principalmente nos países da América Latina que até recentemente viviam sob a ordem de regimes totalitários.

Nossa análise dos direitos humanos partirá, comungando do pensamento de Hannah Arendt,¹²⁵ da premissa de que tais direitos tem uma natureza dinâmica e, portanto, são frutos da necessidade de cada sociedade em determinado momento, isto é, que a sua construção está relacionada aos anseios e às necessidades de cada sociedade por um mundo que reconheça de forma plena a dignidade da pessoa humana. Enfim, tais direitos, são uma invenção humana, que se constrói e reconstrói historicamente, como resposta, muitas vezes, às atrocidades cometidas contra a humanidade.

Desta forma, dentro dos objetivos e limites deste trabalho, adotaremos como marco legal a noção contemporânea dos direitos humanos e o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. Assim, nosso ponto de partida será a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pelas Nações Unidas em 1948. Tal documento foi fruto da urgência de se criar mecanismos para limitar a atuação dos Estados em prol da garantia da

¹²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

humanidade, sendo imperativo, também, dar uma resposta aos horrores do nazismo e às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.¹²⁶

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada em 10 dezembro de 1948 trouxe em seu bojo a concepção contemporânea de direitos humanos enquanto direitos universais, indivisíveis e interdependentes. É no contexto da referida Declaração que se inicia a fase do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹²⁷ Através dos ideais e dos princípios enunciados na Declaração Universal é que, posteriormente, no âmbito da Organização das Nações Unidas e também a nível regional, inúmeros outros documentos internacionais de direitos humanos foram aprovados e adotados, a fim de promover e proteger os direitos humanos específicos de grupos determinados, o que permitiu a formação de um sistema normativo de proteção destes direitos.¹²⁸

Como já salientado, os direitos humanos dentro do contexto da segunda metade do século XX são concebidos pela sociedade internacional e pelos Estados nacionais como direitos universais, indivisíveis e interdependentes.¹²⁹ Universais, porque integrado pelos documentos internacionais, tais como tratados, convenções e pactos. Indivisíveis, porque fazem parte de um todo e, portanto, devem ser tratados de forma global; interdependentes porque não podem ser isolados, uma vez que todos os direitos humanos, não se excluem, mas se complementam.

¹²⁶ Para aprofundamento da questão ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

¹²⁷ Segundo BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 93, “O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (...) do estado; o terceiro, ao princípio de legitimidade de poder que cabe à nação.”

¹²⁸ Ao lado do sistema normativo global dos direitos humanos, foram criados os sistemas regionais de proteção destes direitos na Europa, na África e no continente americano. Estes sistemas se complementam, buscando interagir em benefício dos indivíduos protegidos. Enfim, ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam e devem ainda interagir com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível dos direitos humanos.

¹²⁹ *O título I, item 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993*, reafirma que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim, como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”

Em que pese a Declaração não ter um valor normativo vinculante, ou seja, que os Estados signatários não estejam obrigados legalmente a promover e respeitar o disposto na mesma, é inegável que esta se tornou uma carta de princípios morais a ser seguida por todos os Estados. Isso se faz verdade na medida em que os Estados que promulgaram novas constituições após a aprovação da Declaração, praticamente reproduziram os direitos e garantias constantes de tal documento.¹³⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representou um divisor de águas, inaugurando uma segunda fase dos Direitos Humanos, preocupada com a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto, ainda que formalmente, em sua peculiaridade e particularidade. Assim, sujeitos determinados e determinadas violações de direitos passam a exigir uma resposta específica e diferenciada por parte das organizações internacionais e dos Estados. É nesse contexto que se insere o primeiro marco legal de igualdade de direitos das minorias. E é a partir deste marco que se insere o fundamento normativo que alicerça o início da luta das mulheres pela promoção e proteção de seus direitos. A feliz redação do artigo II.1, da Declaração dispõe:

“Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, **sexo**, língua, **religião**, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.”

Como se depreende do mencionado artigo, a Declaração garante os direitos nela estabelecidos independente de qualquer condição a todos os indivíduos de todas as nações. É dentro desse contexto de garantia abstrata e formal de direitos que foram, progressivamente, aprovados e adotados, nas décadas posteriores, seja no âmbito da Organização das Nações Unidas, seja no âmbito regional, vários documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, de forma a garantir direitos específicos para sujeitos concretamente considerados.

Inúmeros documentos internacionais de direitos humanos foram adotados como forma de promover e proteger os direitos das mais diferentes minorias. Contudo, devido ao nosso objeto de trabalho, optamos por abordar somente

¹³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

aqueles que estão, direta ou indiretamente relacionados à proteção dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos. Desta forma, nos restringiremos a abordar os seguintes documentos: o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 1966, o *Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais*, de 1966, a *Declaração da I Conferência Mundial de Direitos Humanos de Teerã*, de 1968, a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*, de 1979, resultado da reivindicação do movimento de mulheres, depois da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, bem como alguns dos Relatórios do seu Comitê, a *Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos*, realizada em Viena em 1993, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará*, adotada no âmbito da OEA em 1994, o *Plano de Ação da IV Conferência Mundial de População e Desenvolvimento*, realizado no Cairo em 1994 e a *Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher*, realizada em Beijing em 1995.

Estes são os principais documentos internacionais de direitos humanos que constituem o marco legal dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, que não esqueçamos, foram reconhecidos pelo Estado Brasileiro, o que acarreta a obrigação de cumpri-los e implementá-los para a promoção e proteção substancial dos direitos humanos das mulheres.

As garantias e direitos dispostos nos supracitados documentos internacionais, de acordo com a concepção contemporânea dos direitos humanos, são um todo indivisível e interdependente. Contudo, de modo a analisar a construção do conceito de direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, abordaremos cada documento separadamente a fim de mostrarmos como tais direitos foram construídos, quais são as suas definições e conceitos, bem como o seu conteúdo.

O *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, de 1966, surgiu como uma demanda internacional pela garantia e promoção dos direitos nele estabelecidos. No referido documento, há uma gama de direitos a serem promovidos e garantidos pelos Estados Nacionais, além de algumas disposições atinentes aos direitos sexuais e direitos reprodutivos de homens e mulheres.

O referido Pacto, foi adotado pela Resolução n. 2.200 (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, trazendo em seu bojo a proteção do direito à vida, à integridade física, à liberdade, à igualdade, incluindo a igualdade no matrimônio, à vida privada, à intimidade, à segurança pessoal, dentre outros direitos de cidadania das mulheres.¹³¹ Os seus artigos 2º, parágrafo 2º, 3º, 6º, parágrafo primeiro, artigo 17, parágrafo primeiro, artigo 18, parágrafo primeiro e artigo 26 dispõe, respectivamente, sobre a garantia de direitos sem qualquer discriminação, a igualdade de gozo de todos os direitos civis e políticos aos homens e mulheres, o direito à vida como direito inerente à pessoa humana, a proibição de ingerências na vida privada e na família, a liberdade de pensamento, consciência e religião e a proteção contra qualquer forma de discriminação.

Uma das inovações do Pacto é prever em seu artigo 28, a criação de um Comitê, cuja atribuição é a avaliação dos relatórios aos quais os Estados-partes estão obrigados a apresentar, apontando os avanços, as medidas legislativas e as políticas públicas criadas, bem como as dificuldades de implementação do Pacto na esfera de cada Estado. Tal comitê tem a função de apresentar comentários sobre os relatórios, apontando orientações e recomendações a serem seguidas pelos Estados.

O referido comitê em seu *Comentário Geral 28: Igualdade de Direitos entre Homens e Mulheres (Artigo 3º) de 2000*, manifestou-se no sentido de que os Estados-partes não devem tolerar que as atitudes culturais, históricas, religiosas, etc., justifiquem a violação dos direitos humanos das mulheres ou impeçam o exercício dos direitos previstos no Pacto. Desta forma, segundo a recomendação do Comitê, os Estados partes devem relatar as medidas tomadas para ajudar a mulher evitar a gravidez indesejada e assegurar que a mesma não tenha que recorrer ao aborto clandestino que implique em ameaça de vida. Os Estados devem relatar, ainda, as medidas tomadas em relação ao acesso ao aborto às mulheres que engravidam como resultado de violência sexual, ressaltando que as

¹³¹ Ver ADVOCACI – ADVOCACIA CIDADÃ PELOS DIREITOS HUMANOS. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito*. Rio de Janeiro: ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, 2003.

leis que impõe penalidades mais severas para a mulher do que para o homem, também violam a exigência da igualdade entre homens e mulheres.¹³²

O Pacto *Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, também adotado pela Resolução n. 2.200 (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, enuncia alguns direitos estritamente relacionados aos direitos sexuais e direitos reprodutivos. Dentre os artigos mais importantes relacionados aos direitos das mulheres está o artigo 2º, parágrafo 2º, artigo 3º, artigo 4º, artigo 9º, artigo 12, que dispõem, respectivamente, sobre a igualdade de direitos sem qualquer discriminação, a garantia de igualdade de direitos entre homens e mulheres, o direito de toda pessoa desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental, o direito à vida, à proteção da privacidade, o direito à liberdade, e o direito a seguridade social.

Tal como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, previu a criação de um Comitê com atribuição de analisar e avaliar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-Partes.

Em 2000, o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu *Comentário Geral 14: O Direito ao Mais alto Padrão Disponível de Saúde*, enfatizou ser a saúde um direito humano fundamental, indispensável para o exercício de outros direitos humanos e, portanto, já reconhecidos em muitos outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Ressaltou, ainda, que a realização do direito da mulher à saúde requer a remoção de todas as barreiras que interfiram no acesso aos serviços de saúde, à educação e à informação, inclusive nas áreas de saúde sexual e reprodutiva. Desta forma, os Estados-partes estão obrigados a assegurar que práticas sociais ou tradicionais perniciosas não interfiram no acesso ao atendimento pré e pós-parto, bem como no planejamento

¹³² COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALIA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004, p. 535-543.

familiar, tendo como obrigação prioritária, assegurar a assistência à saúde reprodutiva materna e à saúde do filho.¹³³

Acompanhando os avanços dos referidos Pactos na garantia dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, realizada em Teerã em 13 de maio de 1968, através de sua Proclamação, veio a ratificar as disposições contidas nos dois Pactos de 1966. Desta Forma, os Estados-partes se comprometeram, na referida Conferência, a cumprir sua obrigação de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de qualquer espécie, afirmando a indivisibilidade dos direitos humanos. A referida Proclamação salienta, ainda, que a mulher continua sendo vítima de discriminação nas mais diversas regiões e, o fato das mulheres não gozar dos mesmos direitos do que o homem, contraria a Carta das Nações Unidas e às disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Em que pese a evolução internacional dos direitos humanos e dos direitos de igualdade entre homens e mulheres, até a década de 70 do século XX, não havia sido elaborado nenhum documento internacional para a garantia, promoção e proteção dos direitos humanos na perspectiva de Gênero. Dentro desse contexto de carência de um documento internacional específico para a promoção e proteção dos direitos das mulheres, foi adotada no âmbito das Nações Unidas, em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Tal Convenção representou um avanço significativo na conquista dos direitos de igualdade entre homens e mulheres, trazendo disposições específicas sobre os direitos sexuais e direitos reprodutivos.

A referida Convenção surgiu a partir da luta do movimento de mulheres de todo o mundo, e partir do reconhecimento internacional da situação de desigualdade (econômica, social, cultural, etc.) da mulher, sendo de extrema importância a criação de mecanismos internacionais e nacionais de proteção de direitos humanos na perspectiva do feminino, como requisito para o avanço e superação da desigualdade histórica e cultural entre homens e mulheres. Assim, os

¹³³ COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALIA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*, p. 513-534.

Estados-partes se comprometeram a tomar medidas concretas através de mudanças legislativas e criação de políticas públicas para a promoção e proteção dos direitos das mulheres, a fim de eliminar as discriminações baseadas nas relações de gênero.

Para a Convenção, discriminação contra a mulher significa toda distinção, exclusão e restrição baseada no sexo que impeça a mulher de exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em qualquer campo de sua vida. Visto isso, a Convenção traz em seu bojo uma gama de direitos a serem promovidos e assegurados às mulheres, tais como, direitos relativos à capacidade civil, à nacionalidade, à seguridade social, à habitação, às condições de vida adequadas, à liberdade de escolha de núpcias e à idade mínima para o casamento, dentre outros direitos, estabelecendo obrigações aos Estados nacionais em adotar medidas concretas para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher. Os artigos 2º e 12 são os dispositivos da Convenção estritamente relacionados ao direito à saúde, aos direitos reprodutivos e a questão do aborto, pois tratam especificamente sobre a eliminação da discriminação no acesso à saúde, ao planejamento familiar, e à gravidez. Na sua feliz redação a Convenção menciona:

Artigo 2º - “Os Estados-Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

a) (...)

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;

c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todos os atos de discriminação;

d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com essa obrigação;

e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.”

Artigo 12 - 1. “Os Estados partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de

assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e lactância.”

Com a adoção desta Convenção no âmbito da Organização das Nações Unidas, os Estados-partes reconheceram que a discriminação contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos, constituindo obstáculo para o pleno exercício dos direitos de forma equitativa em relação aos homens e que isso consistiria em violação de uma gama de direitos fundamentais tais como: direito à saúde, à educação, à igualdade na vida familiar, à liberdade, dentre outros.

O artigo 17 desta Convenção, dispõe sobre a criação de um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Comitê CEDAW. Desta forma, os Estados-Partes ficaram obrigados a submeter ao referido Comitê, um ano após a entrada em vigor da Convenção, um Relatório sobre as medidas adotadas para tornar efetivo o seu conteúdo. A cada quatro anos, esse Relatório deverá ser atualizado por cada Estado-parte, e mais uma vez, apresentado para exame do Comitê.

O referido Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, com base nas informações prestadas pelos Estados-partes emite pareceres sobre a atuação dos referidos Estados e, em seguida, faz recomendações a serem seguidas pelos mesmos. Em sua *Recomendação Geral 24: Mulheres e Saúde (art.12), de 1999*, o Comitê fez algumas recomendações para a ação governamental dos Estados. Segundo tal Recomendação, os Estados-partes tem o dever de implementar políticas públicas que garanta o acesso das mulheres à saúde em todos os ciclos de sua vida, através de intervenções preventivas a fim de melhorar as condições de saúde da mulher. Tais políticas devem incluir atendimento dos casos de violência contra a mulher, incluindo os serviços de saúde sexual e reprodutiva, além de eliminar as barreiras que impeçam ou prejudiquem o acesso aos serviços de saúde, educação, informação nas esferas sexual e reprodutiva. O Comitê ressaltou, ainda, que dentro da ação dos Estados deve ser priorizado a prevenção da gravidez indesejada através do planejamento

familiar e da educação sexual e redução das taxas de mortalidade materna através dos serviços para a maternidade segura, e **quando possível, alterar a legislação relativa ao aborto no sentido de eliminar as disposições punitivas impostas às mulheres que se submetem ao aborto**. Por fim, recomenda que todos os serviços de saúde sejam prestados por profissionais qualificados e sejam compatíveis com a garantia dos direitos humanos das mulheres, garantindo os direitos à autonomia, à privacidade, à confidencialidade e à informação.¹³⁴

Diante das observações de negligência dos Estados-partes em implementar internamente as disposições da Convenção, em 1999, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Comitê CEDAW, aprovou um Protocolo Facultativo, que dispõe sobre os mecanismos de monitoramento dos direitos enunciados na mesma, conferindo ao Comitê, competência para receber denúncias por violação de direitos humanos das mulheres, o que representou um grande avanço, pois os Estados, em caso de violação (tanto por ação quanto por omissão) de tais direitos podem ser responsabilizados perante a ordem internacional.¹³⁵

Outro documento internacional que representou um significativo avanço na conquista dos direitos humanos das mulheres foi a *Declaração e Programa de Ação de Viena, resultado da Conferência Mundial de Direitos Humanos*, realizada em Viena, em 1993, onde os direitos das mulheres foram declarados explicitamente como direitos humanos. O movimento feminista através de intensa articulação, mobilizou-se de forma expressiva onde o *slogan* “**Sem os direitos das mulheres os direitos não são humanos**”, representou a expressão máxima de luta, para que no documento da Conferência constasse um rol de direitos das mulheres, e que os mesmos fossem reconhecidos como direitos humanos, devendo ser protegidos pelos Estados-partes através da promoção de leis e de políticas públicas efetivas.

¹³⁴ COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALIA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004, p. 512-513.

¹³⁵ Ver ADVOCACI – ADVOCACIA CIDADÃ PELOS DIREITOS HUMANOS. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito*. Rio de Janeiro: ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, 2003.

Toda a articulação e mobilização do movimento de mulheres teve um resultado significativo, pois o documento da referida Convenção considerou que a negação do direito a autodeterminação constitui uma violação de direitos humanos; que a democracia deve ser promovida; que os estados devem eliminar todas as violações de direitos humanos e suas causas, bem como os obstáculos à realização de direitos, além de garantir acesso à justiça para a reparação das violações aos direitos humanos.

Estritamente relacionado aos direitos humanos das mulheres o item 18 da declaração consagrou os direitos das mulheres como direitos humanos, mencionando que:

“Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação das mulheres em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação, com base no sexo, são objetivos prioritários da comunidade internacional.(...) Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas na área de direitos humanos relacionados à mulher.”

O *Capítulo III, A igualdade de condição e os direitos humanos das mulheres*, menciona que a garantia dos direitos humanos das mulheres deve ser prioridade na agenda dos governos; que os governos devem trabalhar no sentido de eliminar a violência contra as mulheres na vida pública e privada; devem trabalhar para facilitar o acesso das mulheres aos cargos decisórios; devem facilitar as condições de acesso para o exercício dos direitos humanos plenamente, em condições de igualdade e sem discriminação; que os órgãos criados pelos governos devem incluir a questão da condição das mulheres e os seus direitos humanos.

A Declaração também menciona que o direito à saúde é um direito humano e deve ser assegurado pelos Estados-partes a todas as mulheres sem discriminação. O item 41 da referida Declaração, de forma brilhante e inovadora faz menção, inclusive a saúde reprodutiva dispondo que:

“A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece a importância do gozo de elevados padrões de saúde física e mental por parte da mulher, durante todo ciclo de vida. No contexto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, assim, como da Proclamação de

Teerã de 1968, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma com base no princípio de igualdade entre mulheres e homens, o direito da mulher a uma assistência de saúde acessível e adequada e ao leque mais amplo possível de serviços de planejamento familiar, bem como ao acesso igual à educação em todos os níveis.”

Na progressiva construção política e normativa dos direitos humanos das mulheres foi adotada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará*. Pela primeira vez, em um documento internacional foi definido o que deve ser entendido como violência contra a mulher,¹³⁶ reconhecendo, assim, que a violência contra as mulheres é uma violação de direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, segundo a referida Convenção, é direito de toda mulher viver livre da violência seja no âmbito público ou privado. Dentre os direitos que devem ser protegidos pode-se mencionar o direito à vida, à integridade física, mental e moral, à liberdade, à segurança pessoal, o direito de não ser submetida a tortura, o direito à dignidade e proteção de suas famílias, o direito a igual proteção diante da lei, o direito a professar a religião e as próprias crenças de forma eqüitativa com os homens. Enfim, reconhece que a violência contra as mulheres é um obstáculo à garantia dos direitos humanos.¹³⁷

Por fim, a Convenção de Belém do Pará estabelece os deveres dos Estados-partes em adotar medidas no sentido de eliminar e erradicar a violência contra a mulher, criando uma sistemática para apresentação de relatórios nacionais sobre as medidas adotadas para o avanço e garantia dos direitos previstos na Convenção, além da criação de mecanismos de denúncia que poderá ser apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.¹³⁸

O Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, adotado na *Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento*, realizada no Cairo em 1994, é mais um documento

¹³⁶ Artigo 1º “Para efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”

¹³⁷ Vide Artigos 3º, 4º, 5º

¹³⁸ Vide Artigos 7º, 8º, 10, 11 e 12.

internacional que representou um avanço na garantia dos direitos humanos das mulheres. Mais do que isso, o Plano de Ação representou um divisor de águas no que diz respeito à saúde de homens e mulheres, aos direitos sexuais e direitos reprodutivos, pois proporcionou uma mudança fundamental de paradigma para a criação e implementação de políticas públicas voltadas para as questões de desenvolvimento e população no âmbito de cada Estado. Tal documento significou uma mudança no que diz respeito ao debate sobre população, que até então estava adstrito à questão demográfica, para o enfoque dos direitos humanos, em especial, para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos. A abordagem do Cairo se baseia nos direitos humanos e no conceito de desenvolvimento sustentável.

As políticas públicas que até então foram criadas e implementadas sob a ótica do controle de natalidade através dos Estados, passaram, após o consenso do Cairo, a serem vistas sob a ótica da defesa dos direitos humanos, do bem-estar social, da igualdade de gênero e do planejamento familiar. Pela primeira vez chegou-se a um consenso de que os problemas populacionais e de desenvolvimento devem ser encarados como uma questão de direitos humanos, devendo não mais ser encaradas sob a perspectiva do controle estatal, mas sim, enfrentados na perspectiva do sujeito de direito, do bem-estar de homens e mulheres.

Tal documento, apesar de não criar obrigações legais aos governos dos países signatários, estabelecem conceitos e instrumentos de ação política, servindo de base para a interpretação dos direitos humanos conquistados na esfera nacional e internacional.¹³⁹

Na Conferência do Cairo (1994), ao contrário das duas Conferências anteriores, realizadas em 1974 e 1984, respectivamente, em Bucareste e no México, foi dado ênfase ao papel da mulher, especialmente na sua histórica situação de desigualdade em relação aos homens, afirmando que a eliminação da

¹³⁹ Segundo BARSTED, Leila Linhares, HERMANN, Jacqueline (Coords.). *As mulheres e os direitos civis*. Rio de Janeiro: Cepia, 1999, p 61, “Esses Planos de Ação devem ser considerados princípios gerais do direito internacional e do direito nacional, e como tal, fontes para interpretação das leis internacionais e nacionais. Assim, ações devem ser empreendidas junto aos operadores do direito, em particular junto ao poder judiciário, para que os direitos sexuais e direitos reprodutivos sejam de fato respeitados.”

violência contra a mulher e a garantia de que a mesma possa controlar a sua própria fecundidade são os alicerces dos programas de desenvolvimento relacionados à população.¹⁴⁰

O documento torna-se ainda mais importante, na medida em que há uma mudança de abordagem, ou seja, todas as conferências anteriores tinham um cunho estatizante, no sentido de se dirigirem aos Estados, ao passo que o Programa de Ação do Cairo é liberalizante, isto é, atribuem às famílias, casais e indivíduos as principais funções na esfera populacional, cabendo aos Estados a obrigação de garantir os meios para exercê-las. Neste contexto, os direitos reprodutivos devem servir de fundamento para toda ação, mostrando a indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. Com base em tais direitos, os Estados devem garantir a autonomia de mulheres e homens na tomada de decisões na esfera da saúde reprodutiva e sexual e, ao mesmo, tempo fomentar mecanismos (através da alteração e criação legislativa e de políticas públicas) para a garantia da referida autonomia.

Outro avanço do direito das mulheres no Cairo foi o consenso internacional acerca da consagração do direito de mulheres e homens de decidir quando desejam reproduzir-se, ou seja, foi consagrado o direito à autodeterminação, à privacidade, à intimidade, à liberdade e à autonomia individual, onde se clama pela não interferência do Estado. Contudo, para garantia de tais direitos faz-se necessário que os Estados se empenhem em modificar as leis que limitam tais direitos e que implementem políticas públicas visando a efetivação dos mesmos.¹⁴¹

No que diz respeito à saúde e aos direitos reprodutivos, os avanços são inquestionáveis, pois pela primeira vez a saúde reprodutiva pôde contar com uma conceituação demasiadamente abrangente e que os direitos reprodutivos foram explicitamente mencionados enquanto direitos humanos. No capítulo VII do Plano de Ação do Cairo, a saúde reprodutiva é conceituada não somente como um bem-

¹⁴⁰ Ver princípio 4 do Plano de ação da Conferência Mundial de População e desenvolvimento.

¹⁴¹ Ver ADVOCACI – ADVOCACIA CIDADÃ PELOS DIREITOS HUMANOS. *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito*. Rio de Janeiro: ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, 2003, p. 34.

estar biológico, mas em sentido amplo, inspirada no conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS). Desta forma, para o Plano do Cairo saúde reprodutiva:

“é um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo, suas funções e processos, e não a simples ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. (...) Em conformidade com a definição (...) de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo os problemas de saúde reprodutiva.”

“(...) os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como de ter informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também o direito de tomar decisões sobre reprodução, livre de discriminações, coerções ou violências, conforme expresso nos documentos de direitos humanos.”

À vista disso, os Estados que assinaram o Plano de Ação do Cairo obrigaram-se a criar/mudar a legislação que limite tais direitos, além de implementar políticas públicas no sentido de criar condições para que homens e mulheres tomem decisões voluntárias e responsáveis sobre a gravidez e os métodos de planejamento familiar; assim como fornecer todos os métodos disponíveis para a regulação da fecundidade, desde que não sejam contrários à lei.

Os Estados obrigaram-se, ainda, a remover os obstáculos de natureza legal e médica que limitem o acesso ao planejamento familiar, à informação, à educação e à saúde reprodutiva e sexual, no sentido de permitir que todas as pessoas possam tomar decisões de forma livre e consciente e evitar gestações indesejadas. Enfim, os Estados que assinaram o referido Plano, assumiram o compromisso de criar políticas públicas apropriadas para evitar que as mulheres necessitem recorrer ao aborto e, em caso de interrupção voluntária da gravidez,

assumiram o compromisso de garantir às mulheres um tratamento humanitário, de acordo com os princípios dos direitos humanos.¹⁴²

Relacionado, ainda a questão da saúde sexual e reprodutiva, o *Capítulo VIII do Plano de Ação do Cairo*, demonstrou preocupação com os altos índices de morbidade e mortalidade materna em todo o mundo, ressaltando que:

“Complicações relacionadas com a gravidez e o parto estão em muitas partes do mundo em desenvolvimento, entre as causas principais de mortalidade materna de mulheres em idade reprodutiva. No âmbito global, foi estimado que cerca de meio milhão de mulheres morrem anualmente por causas ligadas à gravidez, noventa e nove por cento delas nos países em desenvolvimento. É enorme a distância existente entre as taxas de mortalidade materna das regiões desenvolvidas e das regiões em desenvolvimento. Atualmente, cerca de noventa por cento dos países, representando noventa e seis por cento da população mundial, têm políticas que permitem o aborto, sob várias condições legais, para salvar a vida da mulher. Todavia, uma significativa proporção de abortos realizados é auto-induzida ou de alguma forma inseguro, resultando numa grande percentagem de mortes maternas ou danos irreversíveis para as mulheres envolvidas.”

Diante da constatação mundial do grande problema de saúde reprodutiva, representado pelos altos índices de morbi-mortalidade materna, onde o aborto ilegal e inseguro, contribui como uma das principais causas, os Estados foram instados a ter como principal meta, a promoção da saúde da mulher e da maternidade, especialmente, a reduzir a quantidade de mortes e morbidade decorrentes do aborto inseguro. Neste contexto, os Estados chegaram a um consenso que foi consignado no *Parágrafo 8.25 do Plano de Ação*, dispondo que:

“Em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar. Todos os governos e organizações intergovernamentais e não-governamentais relevantes são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher, **a considerar o impacto do aborto inseguro sobre a saúde como um problema de saúde pública, reduzindo o recurso ao aborto e ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar.** A prevenção das gestações indesejadas deve ter alta prioridade, e todo esforço deve ser feito

¹⁴² Segundo ALVES, Lindgren J. A. *A conferência do Cairo sobre população e desenvolvimento e o paradigma de Huntington*. Disponível em: <<http://www.abep.org.br>> Acesso em: 1 nov. 2006, p. 17 “Embora o Preâmbulo esclareça que a Conferência não cria novos tipos de direitos humanos (parágrafo 1.15), o Programa de Ação do Cairo é o primeiro documento universal que adota e explicita a expressão ‘direitos reprodutivos’ – antiga e importante postulação das mulheres, que não chegou a ser acolhida na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Implícitos no direito a liberdade de escolha do número e espaçamento de filhos, já consagrado internacionalmente desde a Proclamação de Teerã, da primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, de 1968, somente agora encontram-se eles claramente definidos e reconhecidos.”

para eliminar a necessidade do aborto. Mulheres que experimentam gestações indesejadas devem ter pronto acesso a informações confiáveis e aconselhamento compassivo. Todas as medidas ou mudanças relativas ao aborto no sistema de saúde só podem ser definidas, no âmbito nacional ou local, de acordo com o processo legislativo nacional. **Em circunstâncias em que o aborto não contrarie a lei, esse aborto deve ser seguro. Em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento de complicações decorrentes do aborto.”**

Como se depreende do mencionado acima, houve um consenso internacional de que o aborto inseguro representa um grave problema de saúde pública. Portanto, todos os países representados na Conferência reforçaram o seu compromisso com a saúde, principalmente, com a saúde reprodutiva, devendo incluir em suas políticas públicas, pautas centrais para a redução da gravidez indesejada e, conseqüentemente, eliminar a necessidade do aborto. Os estados devem ainda criar serviços para o aborto previsto em lei, bem como prestar serviços de qualidade às mulheres que precisam de tratamento por complicações decorrentes do aborto.

Por fim, ratificando as disposições do *Plano de Ação da IV Conferência de População e Desenvolvimento do Cairo*, a *IV Conferência Mundial da Mulher*, realizada em 1995, pelas Nações Unidas em Beijing na China, aprovou uma Declaração e uma Plataforma de Ação cujo principal objetivo foi avançar na garantia dos direitos da mulher. A Declaração e o Plano de Ação, resultado do consenso dos países, não tem força normativa de forma a obrigar os Estados. Todavia, seus princípios servem de fundamento e preceitos na tomada de decisões por parte dos Estados, servindo, ainda como fundamento para implementação das leis nacionais e internacionais, além da criação de políticas públicas, voltadas para a garantia substantiva dos direitos humanos de homens e mulheres.

O referido Plano de Ação, dedicou o *Capítulo IV*, intitulado *Mulher e Saúde*, à saúde sexual e à saúde reprodutiva, ratificando o conceito de saúde reprodutiva do Plano de Ação do Cairo, reconhecendo os direitos sexuais e os direitos reprodutivos de homens e mulheres enquanto direitos humanos. Portanto, mais uma vez, os Estados assumiram o compromisso de promover e assegurar tais direitos como forma de concretização e ampliação da cidadania de homens e mulheres, na perspectiva de fortalecimento dos princípios democráticos.

Neste sentido, os parágrafos 89 e 96, mencionam que:

“A mulher tem o direito de desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental. O gozo deste direito é essencial para sua vida e bem-estar, e para sua capacidade de participar em todas as esferas da vida pública e privada. A saúde não é só a ausência de enfermidade ou moléstia, mas sim um estado de pleno bem-estar físico, mental e social. A saúde da mulher inclui o seu bem-estar emocional, social e físico; contribuem para determinar sua saúde tanto fatores biológicos quanto o contexto social, político e econômico em que vive.”

“Os direitos humanos da mulher incluem o seu direito a ter controle sobre questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente com respeito a essas questões, livres de coerção, discriminação e violência. As relações igualitárias entre mulher e homem a respeito das relações sexuais e à reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade pessoal, exigem o respeito e o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade e as conseqüências do comportamento sexual.”

Mais uma vez a saúde da mulher foi conceituada não somente como a ausência de doença, mas como um amplo bem-estar, relacionado com todas as esferas sociais em que a mulher está inserida. Este novo consenso a respeito da saúde, especialmente, saúde sexual e saúde reprodutiva, está estritamente relacionado à mulher enquanto sujeito moral de direitos e, portanto, com capacidades e responsabilidades para auto-determinar a sua vida sexual e reprodutiva sem interferência injustificada do Estado ou de quaisquer outros setores da sociedade, o que por sua vez, está imbricado ao conceito moderno de cidadania.

Outro grande avanço diz respeito, especificamente, a questão do aborto e a sua criminalização. **A ordem internacional, consensualmente, reiterou que o aborto clandestino e inseguro é um grave problema de saúde pública e, portanto, deve ser encarado como um problema a ser solucionado com proposições legislativas e com políticas públicas voltadas à saúde da mulher e não como um problema polícia, a ser resolvido pelo sistema penal.** Nesta perspectiva, o Plano de Ação, em seu parágrafo 97 enuncia que: **“(...) O aborto em condições perigosas põe em perigo a vida de um grande número de mulheres e representa um grave problema de saúde pública, porquanto são as mulheres mais pobres e jovens as que correm os maiores riscos.”**

Neste contexto, levando-se em conta o grande problema de saúde pública representado pelo aborto clandestino e inseguro, os Estados assumiram o compromisso de rever as suas leis punitivas sobre o aborto, a fim de garantir a plena garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, com toda a gama de direitos a eles imbricados, tais como: o direito à autonomia, à intimidade, à privacidade, à saúde, à segurança, à vida, à garantia de direitos de forma equitativa com os homens, dentre outros.¹⁴³

Com base nos documentos internacionais analisados, que reconhecem os direitos à liberdade, à autonomia e à saúde sexual e reprodutiva, etc., a ordem internacional encoraja os Estados a conferir às mulheres, a qualidade de pleno sujeito de direito, a partir de suas convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto à interrupção da gravidez indesejada. Desta forma, deve ser assegurado à mulher, a responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou prosseguimento da gravidez não planejada, mediante a ponderação de valores envolvidos, como forma de garantir os princípios da dignidade da pessoa humana, ampliar a cidadania feminina e fortalecer os valores democráticos.

Constata-se, de acordo com as diretrizes traçadas pelos instrumentos internacionais, que os direitos sexuais e direitos reprodutivos, pelas suas especificidades e pela forma como foram construídos, demandam um conjunto de direitos básicos, relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Ao mesmo tempo, tais direitos compreendem o acesso aos serviços de saúde que assegurem informação e educação sobre saúde sexual, saúde reprodutiva, planejamento familiar, bem como o fornecimento dos meios anticoncepcionais, de forma a garantir a liberdade procriativa e sexual, isto é, garantir o exercício da sexualidade e da reprodução sem riscos para a saúde.

Além disso, baseia-se no reconhecimento do direito de todos os casais e indivíduos em decidir de forma livre e responsável, se desejam ou não ter filhos, o número de filhos que desejam e quando desejam tê-los. À vista disso, os Estados

¹⁴³ O parágrafo 106 k ressalta que “(...) à luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. (...) Considerar a Possibilidade de reformar as leis que prevêm medidas punitivas contra as mulheres que tenha sido submetidas a abortos ilegais.”

devem prestar todo tipo de informação e os meios necessários para o exercício de tais direitos, cujo principal objetivo é fazer com que todos os indivíduos alcancem o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva, sem sofrer discriminação, coação ou qualquer tipo de violência.¹⁴⁴

Diante da análise da construção política e normativa dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, enquanto direitos humanos, a partir da segunda metade do século XX, construção essa, fruto de grande articulação, mobilização, luta e reivindicações políticas, oriunda da sociedade civil organizada, principalmente, do movimento de mulheres, parece-nos inegável que, no plano internacional, muito se avançou em relação aos direitos sexuais e direitos reprodutivos.

Desta forma, comungando do pensamento de Bobbio,¹⁴⁵ acreditamos que o problema de fundamentação e justificação dos direitos humanos e, talvez, dos direitos sexuais e direitos reprodutivos, já foi resolvido. Contudo, resta a árdua tarefa de implementá-los e garanti-los efetivamente. No que diz respeito, especificamente aos direitos humanos das mulheres a tarefa parece ser ainda mais árdua, uma vez que a luta por tais direitos, esbarra, com frequência, nas regras morais, culturais, religiosas, dentre tantas outras que impede o avanço da promoção e proteção dos referidos direitos.

Assim, para que se possa avançar na implementação e garantia dos

¹⁴⁴PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 225 ressalta que “Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica de direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares: de um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Consagra-se o direito de mulheres e homens tomar decisões no campo da reprodução (o que compreende o direito de decidir livre e responsavelmente acerca da reprodução, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos). Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e não violência (dimensão típica dos direitos civis). Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, fundamental é o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Fundamental também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui é essencial a interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva (dimensão típica dos direitos sociais).”

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-26.

referidos direitos no âmbito dos Estados, será preciso enfrentar uma série de barreiras. No caso do Brasil será necessário enfrentar a nossa cultura conservadora, machista e autoritária, permeada por valores morais, culturais que resiste em aceitar os direitos sexuais e os direitos reprodutivos enquanto requisito para o exercício da cidadania de forma ampliada. Na perspectiva da dificuldade de implementar e garantir os referidos direitos que passaremos analisar os avanços normativos e políticos no contexto brasileiro.

4.2.2

Os avanços políticos e normativos na esfera nacional

A Constituição Federal de 1988 representou um avanço jamais visto na história da sociedade brasileira no que tange as garantias dos direitos humanos, reafirmando os compromissos assumidos pelo Brasil perante a ordem internacional. De forma extremamente inovadora deu status de direitos fundamentais a uma gama de direitos já reconhecidos nos documentos internacionais. Ainda mais inovador foi ter selado, de forma jamais vista, a igualdade entre homens e mulheres, passando tal igualdade a ter status de direito fundamental.

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos¹⁴⁶ foi consagrado como o princípio norteador máximo das ações dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Nesta perspectiva, é dever do Estado, dentro da agenda democrática e na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, dispostos na Constituição federal de 1988, garantir o bem-estar social, a proteção da vida e todos os direitos fundamentais.

Ressalte-se, ainda, que inovando, a Constituição Federal de 1988, incorporou em seu bojo a grande maioria das reivindicações do movimento de mulheres, inclusive a noção de direitos reprodutivos.

O artigo 1º, inciso III, da Carta Magna consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como pressuposto fundamental a liberdade e a

¹⁴⁶ Vide artigos 1º, III, 4º, II e 5º, da Constituição Federal de 1988.

autonomia da vontade dos seres humanos, onde homem e mulher devem ser responsáveis pela autodeterminação de suas ações e de suas próprias vidas. Desta forma, foi garantido a todos os indivíduos o direito de se comportar de acordo com suas consciências sem interferências do Estado e de terceiros no âmbito da vida privada, incorporando, assim, a noção contemporânea de cidadania, onde homens e mulheres, de forma equitativa, são reconhecidos como sujeitos morais de direito e, portanto, portadores de direitos e deveres.

Dentro desta concepção de liberdade e autonomia e da possibilidade do ser humano realizar escolhas sem interferências, nota-se que uma das escolhas mais significativas diz respeito às questões da reprodução e da sexualidade, principalmente, em relação à mulher poder decidir sobre ter ou não filhos ou quando tê-los, pois é através dessa escolha que a mulher traça os planos de sua vida futura, haja vista, o significado de ser ou não mãe, e as respectivas responsabilidades que tal demanda requer.

No que diz respeito aos direitos reprodutivos constata-se, também, inovações importantes pertinentes à promoção da igualdade de gênero, da liberdade e da autonomia da mulher.

O artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção. Tal dispositivo garante a todos, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, etc., como direitos invioláveis. Interpretando as garantias e direitos fundamentais dispostos no referido dispositivo da Constituição, constata-se que o direito à vida tem um sentido amplo, englobando integridade física e moral, o respeito à vida, à honra, à imagem e à intimidade.

Em que pese a Carta Maior ter reconhecido o direito à vida como direito fundamental, o legislador constituinte, conscientemente, não determinou quando se inicia a vida humana. Sobre esta árdua questão nem mesmo a academia e a ciência chegaram a um consenso. Desta forma, faz-se importante sublinhar que, em que pese o embrião ser potencialmente uma pessoa, não significa que ele já seja uma pessoa humana portadora de todos os direitos e garantias desde o momento da concepção. Isso se faz verdade na medida em que a própria

legislação ordinária (tanto penal quanto civil), tutela de forma diferenciada os direitos do feto e os direitos da pessoa humana.

A Carta Magna ainda dispôs sobre o direito à liberdade, que está imbricada à liberdade de manifestação, de pensamento, de consciência e crença religiosa, à inviolabilidade do espaço privado, em especial do domicílio.¹⁴⁷

Importante, ainda, são as garantias dos direitos sociais expressos nos artigos 6º e 7º da Constituição, que estão imbricados aos direitos reprodutivos, como a licença gestante, assistência gratuita à criança em creches e pré-escolas, direitos iguais no âmbito do trabalho. Enfim, inúmeras garantias que podem ser consideradas como avanço na conquista de direitos das mulheres.

Outro avanço foi a proteção constitucional da maternidade, da seguridade social, da assistência social, da saúde, em especial da saúde reprodutiva, bem como a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, o direito dos filhos havidos fora do casamento e dos filhos adotivos, que foram, respectivamente, contemplados pelo Poder Constituinte nos artigos 201, 203, 196, 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.

Especificamente no que diz respeito ao direito à saúde e aos direitos reprodutivos, em especial, à saúde da mulher, os avanços foram significativamente inovadoras, antecipando-se assim, os consensos das Conferências do Cairo (1994) e Beijing (1995). Da leitura do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, pode-se perceber que o conceito de saúde foi concebido não apenas como um estado biológico, mas em sentido amplo, considerando os conceitos contemporâneos de cidadania e justiça social nos mesmos parâmetros das disposições internacionais, seja da Organização Mundial de Saúde, seja de outros documentos internacionais, uma vez que, de acordo com o referido artigo, a saúde é dever do Estado e direito fundamental de todos e todas, compreendendo tanto o tratamento de doenças quanto a prevenção, ou seja, a saúde deve ser promovida e recuperada, devendo seu acesso ser prestado de

¹⁴⁷ Vide Artigo 5º incisos II, IV, VIII, XIII, XV, XI, da Constituição Federal de 1988.

forma universal e igualitária, estabelecendo um conceito amplo de saúde, que engloba o bem-estar físico, mental e social de todas as pessoas.¹⁴⁸

A Constituição não reservou um capítulo próprio para os direitos reprodutivos, o que demonstra o conservadorismo da sociedade brasileira em associar reprodução e sexualidade à esfera familiar, já que tal disposição encontra-se no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso, que no artigo 226, parágrafo 7º, dispõe que:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Da análise do dispositivo constitucional, identificamos a definição de direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, de acordo com o mesmo dispositivo, às questões ligadas à reprodução devem ser decididas por homens e mulheres de forma independente e responsável, devendo o Estado, garantir os meios para tanto, seja através educação e orientação, seja pelo fornecimento de meios contraceptivos, destacando o direito à autonomia, à privacidade e à intimidade no âmbito da reprodução.¹⁴⁹

De forma a regulamentar o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição, foi aprovada a Lei nº. 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), que apesar de inúmeros dispositivos desfavoráveis aos direitos sexuais e reprodutivos, definiu o planejamento familiar de forma satisfatória: “entende-se planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou

¹⁴⁸ No mesmo sentido ver: *Lei nº. 8.080/90*, que em seus artigos 2º e 3º, reafirma a norma constitucional de que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício.”

¹⁴⁹ Segundo SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.88 “A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de uma esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios

pelo casal.” As ações que mencionam este artigo estão enumeradas no artigo 3º da mesma lei de forma bastante ampla, dentro do conceito de saúde integral da mulher.

Outro avanço com vistas a regulamentar os dispositivos da Constituição Federal de 1988 (em que pese ainda não haver uma lei regulando a questão) e garantir o direito humanos das mulheres, foi a adoção da *Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes*, construída no âmbito do Ministério da Saúde em 1998, que prevê assistência integral à saúde nos casos de violência sexual e do aborto da gravidez resultante de estupro, o que favoreceu a ampliação dos centros de referência em todo o país.

No contexto do aborto clandestino e inseguro como um problema de saúde pública, e tendo em vista as dificuldades políticas de se aprovar no Poder Legislativo o aumento dos permissivos legais de tal prática, em 2004, por reivindicação do movimento de mulheres, foi adotado no âmbito do Ministério da Saúde, a *Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento*, que pode ser considerada o reconhecimento do governo brasileiro, na esfera nacional, de que o aborto inseguro e clandestino é um grave problema de saúde pública. Tal norma levou em consideração a dura realidade das mulheres que recorrem ao aborto clandestino em condições precárias e, que por isso, muitas vezes, tem sérias complicações pós-aborto, necessitando, assim, de atendimento médico nos serviços públicos de saúde. Desta forma, prevê a Norma Técnica que às mulheres, deve ser dada uma atenção clínica adequada ao abortamento e as suas complicações, dentro de parâmetros éticos, legais e bioéticos.

De acordo com esses parâmetros, a mulher que recorre ao tratamento dos agravos resultantes do aborto, tem direito a um tratamento humanizado. Ou seja, a mulher deve ser acolhida e orientada de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana, esculpido na Constituição e ter garantido a sua intimidade e

privacidade, estando o médico impedido de comunicar o fato a qualquer instituição policial, judicial, etc.¹⁵⁰

Na esfera nacional, como já mencionado, após a promulgação da Constituição, o avanço dos direitos das mulheres foi demasiadamente significativo e muito se avançou na construção política e normativa dos direitos sexuais e direitos reprodutivos. Contudo, é preciso observar que todas as conquistas normativas ainda não são suficientes, sem falar na distância entre o que se conquistou formalmente e o que se tem na prática. Observe-se, ainda, não obstante os grandes avanços na conquista dos direitos das mulheres, em relação ao direito ao aborto legal e seguro, os avanços foram poucos significativos.

O que se constata em relação aos direitos sexuais e direitos reprodutivos é um descompasso entre as suas conquistas formais no plano nacional e internacional e a sua efetiva implementação no âmbito dos Estados, inclusive no Brasil, onde tais direitos ainda não são garantidos de forma satisfatória pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. Neste contexto, de acordo com a proteção internacional, constitucional e infraconstitucional analisada, é preciso mencionar que a criminalização do aborto viola inúmeros direitos das mulheres, impedindo-as de exercer de forma plena os seus direitos e a sua cidadania.

À luz das garantias dispostas na legislação nacional e internacional, impedir que a mulher exerça o seu direito de interromper ou não uma gravidez não desejada, é exercer um controle injustificado e discriminatório sobre o seu corpo, sua sexualidade e sua reprodução, configurando-se uma patente violação de direitos humanos, pois toda e qualquer gestação se dá no interior do corpo da mulher e só a ela cabe decidir em levar ou não a gravidez adiante. Assim, somente a mulher poderá avaliar de forma sensata e de acordo com as suas expectativas e necessidades sobre a possibilidade de prosseguir ou não com uma gravidez indesejada. Ao Estado cabe, de acordo com a legislação pátria e com os compromissos assumidos perante a ordem internacional, através de prestações positivas e negativas, garantir o direito à livre autodeterminação.

¹⁵⁰ Para maiores esclarecimentos ver: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica, Secretaria de Atenção à Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

Desta forma, obrigar uma mulher a levar adiante uma gravidez indesejada significa limitar o exercício pleno de sua cidadania, violando os princípios do Estado democrático de direito, pois:

“As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. (...) Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.”¹⁵¹

Ressalte-se, ainda, sem a intenção de esgotar a questão, haja vista os limites e objetivos do presente trabalho, que da análise da legislação nacional e internacional, não se constata qualquer empecilho para a descriminalização do aborto no Brasil, pois diferentemente do que argumentam alguns juristas, não há qualquer impossibilidade constitucional para a mudança na legislação que pune a interrupção da gravidez, isso porque a Constituição Federal, no artigo 5º, *caput*, não protege a vida desde a concepção. No mesmo sentido tem-se o artigo 2º do Código Civil, que tutela os direitos do nascituro, mas não deu ao mesmo capacidade civil plena, protegendo apenas seus direitos patrimoniais, condicionados ao nascimento com vida. E mais: se o legislador tivesse interesse em garantir, de fato, o direito à vida desde o momento da concepção teria feito em sede constitucional e não em lei ordinária.

“Portanto, é possível afirmar com segurança que a Constituição Federal vigente no Brasil não recepcionou a doutrina da proteção da vida desde a concepção, posto que deixou de fazê-lo expressamente, como seria necessário para que assim fosse interpretada, a exemplo do que ocorre em outros países. É dizer, os legisladores constituintes enfrentaram o tema e decidiram não adotar um texto constitucional que contemplasse a proteção jurídica desde a concepção.”¹⁵²

Outro dispositivo usado como fundamento a impedir a legalização do aborto no Brasil é artigo o 4º, I, do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe

¹⁵¹DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.173.

¹⁵² LOREA, Roberto Arriada. *Aborto e direito no Brasil*. In: __ CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir -CDD, 2006, p. 174.

que “toda pessoa tem direito que se respeite a sua vida. Este direito estará protegido por lei, **em geral**, a partir do momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Como se depreende da interpretação literal do dispositivo mencionado, a proteção da vida desde a concepção se dá regra geral, o que por óbvio, comporta exceções, uma vez que tal redação foi adotada no sentido de harmonizar-se com as legislações vigentes em alguns países que admitiam o aborto em algumas hipóteses. Ressalte-se, ainda, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar o caso 2141, decidiu que o direito ao aborto não viola o artigo 4º, inciso I, do Pacto de São José, nem o artigo 1º da Declaração Americana dos Direitos Humanos.¹⁵³

Desta forma, ainda que este não seja o tema central do trabalho, faz-se necessário mencionar que não há empecilho constitucional que impeça a reforma da norma criminalizante do aborto no Brasil. Assim, uma lei com essa índole não padeceria de qualquer inconstitucionalidade. Tal reforma da legislação não viola o direito à vida como afirmam muitos, em especial alguns juristas.¹⁵⁴ Pelo contrário, a permanência da criminalização do aborto viola os direitos humanos das mulheres, pois impede as mesmas de decidirem livremente sobre sua sexualidade e sobre o rumo de suas vidas, dentro do novo papel social conquistado pelo feminino na sociedade brasileira.

Isso se faz ainda mais verdadeiro se analisada a Recomendação Geral do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, que recomenda que os Estados têm a obrigação de evitar obstruir a ação das mulheres na busca de seus objetivos de saúde e quando possível devem alterar a legislação para eliminar as disposições punitivas às mulheres que se submetem ao aborto.¹⁵⁵

¹⁵³ LOREA, Roberto Arriada. *Aborto e direito no Brasil*, p. 176.

¹⁵⁴ Um dos juristas brasileiro mais assíduo contra a legalização do aborto no Brasil é Ives Granda da Silva Martins, que possui inúmeros escritos e defesas jurídicas contra a legalização do aborto. À título de ilustração ver: MARTINS, Ives Granda da. *Aborto, uma questão constitucional*. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 5 dez.de 2005. Caderno Opinião, onde fundamenta de forma equivocada que qualquer lei que intentasse legalizar o aborto no Brasil seria manifestamente inconstitucional.

¹⁵⁵ COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALIA, Mahmoud F. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004, p. 512-513.

4.3.

Criminalização do aborto e violação de direitos humanos das mulheres

Tendo em vista a análise da construção política e normativa dos direitos sexuais e direitos reprodutivos no âmbito internacional e nacional, onde foram analisados os principais dispositivos de promoção e proteção destes direitos enquanto direitos humanos, constata-se, como já foi salientado, que do ponto de vista legislativo os avanços foram significativos. Contudo, os avanços na legislação são insuficientes, pois não são acompanhados, muitas vezes, da regulamentação necessária, e o que pior, as mudanças legislativas não são acompanhadas de ações concretas e efetivas para a garantia dos direitos humanos das mulheres. Isso se faz verdade na medida em que, apesar de todos os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante a ordem internacional e das recomendações internacionais, não há, efetivamente, um empenho do governo brasileiro (muito menos do legislativo) em descriminalizar/legalizar o aborto. Tal fato faz com que a prática do aborto permaneça tipificada como crime na legislação penal, violando os direitos humanos das mulheres. Dito isso, faz-se necessário analisar de que forma a criminalização da interrupção da gravidez viola tais direitos.

A violação dos direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais ainda é uma realidade. Isso pode ser observado na medida em que se verifica uma implementação inadequada das políticas públicas voltadas para o atendimento da saúde das mulheres dentro do conceito de saúde dos órgãos internacionais e do paradigma da proteção integral à saúde da mulher. As políticas públicas implementadas pelo sistema público de saúde, regra geral, preocupa-se com a saúde da mulher apenas no período da reprodução, e ainda assim de maneira precária. Os serviços de orientação sexual, de planejamento familiar, o fornecimento de contraceptivos, o tratamento, prevenção e detecção de doenças sexualmente transmissíveis não são satisfatórios, e não atendem a população na sua totalidade. Os serviços de pré-natal, de parto e pós-parto, e de atendimento aos casos de violência sexual, apesar dos avanços, ainda não funcionam na perspectiva do atendimento integral à saúde.

Tal situação ainda é mais agravada com a permanência da penalização do aborto, tendo como principal consequência, fazer com que grande parte das gravidezes indesejadas sejam interrompidas de forma clandestina e insegura, o que contribui em muito para o aumento da morbidade e mortalidade materna no Brasil. O aborto clandestino é a terceira causa de mortalidade materna no país e a quinta causa de internações na rede pública de saúde.¹⁵⁶

Assim, com a permanência da criminalização do aborto, no Brasil, pode-se constatar que dentro do paradigma da democracia e dos direitos humanos, inúmeros direitos humanos das mulheres são violados. Dentre tais direitos violados, abordaremos aqueles que estão imbricados de forma mais estreita com a questão da clandestinidade e ilegalidade da interrupção da gravidez. Assim, a violação dos direitos humanos das mulheres decorrentes do modelo repressivo da lei penal ao aborto, tem um peso considerável na vulnerabilidade feminina, uma vez que a mulher tem responsabilidade individual pela decisão, sofrendo violação do direito à vida, à saúde, à não-discriminação de gênero, à liberdade e a autonomia, ao direito de viver livre de tratamento desumano e degradante e à segurança pessoal, dentre outros.

As mulheres têm seu direito à vida violado, uma vez que o aborto praticado de forma clandestina e insegura põe em risco a vida das mesmas. Por sua vez, a interrupção da gravidez, apesar das dificuldades de ser quantificado, é considerada como a responsável pela terceira causa de mortalidade materna no Brasil, e a cada ano centenas de mulheres morrem por complicações pós-aborto. Entre as mulheres que morrem por complicações pós-aborto, a grande parte é oriunda das camadas pobres da sociedade: mulheres jovens, pobres, negras, com baixa escolaridade e em sua maioria legalmente solteiras, o que demonstra que quem mais sofre com os efeitos da ilegalidade do aborto são as mulheres desprovidas do acesso aos serviços públicos tais como educação, saúde, assistência

¹⁵⁶ REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê aborto: mortes previsíveis e evitáveis*. Belo Horizonte, Rede Feminista de Saúde, 2005.

social, mostrando, além da desigualdade de gênero, uma desigualdade social no que se refere aos efeitos do aborto inseguro e clandestino.¹⁵⁷

O direito à saúde também é violado na medida em que muitas mulheres que tem complicações pós-aborto clandestino e inseguro resistem em procurar um serviço público de saúde, com medo do que possa vir a acontecer, pois muitas vezes essas mulheres têm o seu direito à intimidade e privacidade violados, sendo reprovadas socialmente e, não raras vezes, acabam sendo denunciadas ao sistema penal por tal prática, chegando a serem presas, como ainda teremos oportunidade de abordar. Isso faz com que a mulher tenha violado o seu direito ao acesso à saúde na perspectiva da integralidade.

O direito à não-discriminação de gênero também é patentemente violado, uma vez que o Brasil é signatário de toda a normativa internacional de proteção dos direitos de não discriminação da mulher, além de toda legislação nacional que garante a igualdade entre homens e mulheres. Com a criminalização do aborto a mulher é tratada de forma discriminatória, uma vez que o próprio código penal tem uma definição de crime que já tem um sujeito hipotético que irá praticá-lo, a mulher. Desta forma, a criminalização do aborto consiste em discriminação contra a mulher, uma vez que restringe o exercício dos seus direitos fundamentais em pé de igualdade com os homens, o que consiste em uma forma de violência tolerada e, as vezes, perpetrada pelo próprio Estado.

Proibir que a mulher controle a sua própria sexualidade e reprodução é encará-la não como sujeito de direito, mas como objeto. Tal fato tem conseqüências expressivas no que diz respeito ao seu direito à liberdade e à autonomia. É preciso compreender que a criminalização do aborto não garante o exercício da sexualidade e da reprodução, mas sim o seu controle, o que nos faz pensar que a preocupação com o controle do corpo (em especial da sexualidade e da reprodução) da mulher ainda é uma constante na sociedade brasileira, que não esqueçamos, é histórica e culturalmente conservadora, machista e autoritária.

¹⁵⁷ Para maior aprofundamento no tema ver: REDE FEMINISTA DE SAÚDE. *Dossiê aborto: mortes previsíveis e evitáveis*. Belo Horizonte, Rede Feminista de Saúde, 2005 e ADVOCACI – ADVOCACIA CIDADÃ PELOS DIREITOS HUMANOS. *Mortalidade materna e direitos humanos: as mulheres e o direito de viver livre de morte materna evitável*. Rio de Janeiro: ADVOCACI – Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, 2005.

Manter na ilegalidade as mulheres que recorrem ao aborto tem conseqüências significativas no seu direito de viver livre de tratamento desumano e degradante e à segurança pessoal. Muitas vezes o feminino se submete, sem outra alternativa, aos profissionais leigos e curiosos sem a menor capacitação técnica e científica para intervir no corpo da mulher que recorre ao aborto, causando-lhe, muitas vezes, seqüelas irreparáveis por resto da vida. Ressalte-se, ainda, que muitas vezes essas mulheres são obrigadas a recorrer aos serviços públicos de saúde e são tratadas de forma desumana e cruel por parte dos profissionais de saúde que, não raro, atuam no tratamento dos pacientes de acordo com suas convicções morais e religiosas, esquecendo-se das condutas éticas de saúde.

Pela análise da legislação nacional e internacional de proteção e promoção dos direitos sexuais e direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, e a permanência da punição do aborto no Brasil, o que se constata, é que há um descompasso entre o que dispõe a legislação e o que é vivenciado na prática. Apesar dos direitos humanos estarem contemplados no plano legal (nacional e internacional) estes não são efetivados nem regulamentados satisfatoriamente através das políticas públicas e programas de governo.

Outro ponto a ser salientado é referente ao que está disposto na norma legal abstrata e o que é aplicado na prática pelos tribunais brasileiros. Tudo leva a crer que não há correspondência evidente entre os avanços normativos sobre os direitos humanos das mulheres e a sua aplicação pelo Poder Judiciário. A positivação dos direitos sexuais e direitos reprodutivos em sede constitucional e internacional não tem influenciado o judiciário em suas decisões, uma vez que os julgamentos se preocupam, na maioria das vezes, mais com os aspectos formais do que com os substanciais, sustentando as suas convicções morais e religiosas na contramão do progresso legislativo, na perspectiva do Estado democrático de direito e dos direitos humanos. Não raramente, os temas relacionados à sexualidade e à reprodução são decididos pelos tribunais com base em conceito de honra, valorizando a virgindade e a castidade, onde as pessoas são encaradas na perspectiva dicotômica normal/desviado. Enfim, a sexualidade e a reprodução são

julgadas não como exercício, mas como dever que deve ser controlado, perpetuando os preconceitos e estereótipos de raça, condição social e gênero.¹⁵⁸

Tal situação, no que diz respeito ao aborto é ainda mais significativa, na medida, que a questão é interpretada, na grande maioria das vezes levando em consideração, não os direitos humanos das mulheres, mas os aspectos morais e religiosos do julgador, demonstrando que no Brasil a efetivação dos direitos das mulheres perante o judiciário ainda está longe de garantir ao feminino o exercício pleno da cidadania.

¹⁵⁸ Um estudo interessante sobre a legislação e jurisprudência em cinco países da América Latina pode ser encontrado em: CABAL, Luisa, LEMAITRE, Julieta, ROA, Mônica. *Cuerpo Y derecho – Legislación y jurisprudência en América Latina*. Bogotá – Colômbia: Editorial Temis S. A., 2001