XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

JONATHAN CARDOSO RÉGIS

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Eloy Pereira Lemos Junior; Jonathan Cardoso Régis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-624-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú - SC, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos, cujo encontro teve como tema principal "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais II" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos e garantias fundamentais, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UFMA, e Universidade UNICEUMA

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Jonathan Cardoso Régis

Universidade do Vale do Itajaí - Univali

UMA ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL: DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES NA AMÉRICA

A TRANSCONSTITUTIONAL ANALYSIS: WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS IN AMERICA

Alanna Aléssia Rodrigues Pereira [1]
Talissa Morais de Figueiredo [2]
Janayna Nunes Pereira [3]

Resumo

A revisão do caso Roe x Wade pela Suprema Corte Americana e a consequente restrição do direito ao aborto no país repercutiu não apenas nos Estados Unidos, mas nos demais países da América, devido ao momento em que o Continente tem vivenciado de que cada vez mais Cortes nacionais tem flexibilizado o acesso ao aborto, como é o caso da Colômbia e da Argentina. Em que pese no Brasil o aborto ainda ser proibido e somente concedido em situações excepcionais previstas na legislação, o Supremo Tribunal Federal (STF) através de acórdão da primeira turma concedeu ordem de ofício para desconstituir a prisão preventiva de uma mulher e da equipe médica que tinha realizado o aborto, considerando que a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre não deveria ser criminalizada. Recentemente a Corte brasileira tem se deparado com o tema, chegando até a realizar uma Audiência Pública no ano de 2018 para debater sobre a descriminalização do aborto no país, contudo ainda não houve um julgamento definitivo. Para além das Cortes nacionais, as internacionais também têm se deparado com o tema, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, o presente artigo se propõe a realizar um estudo transconstitucional sobre as recentes decisões das Cortes nacionais dos países da América e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Palavras-chave: Direitos sexuais e reprodutivos, Transconstitucionalismo, Mulheres na américa

Abstract/Resumen/Résumé

The review of the Roe x Wade case by the American Supreme Court and the consequent restriction of the right to abortion in the country has had repercussions not only in the United States, but in other countries in America, due to the moment that the continent has experienced that more and more national courts have relaxed access to abortion, as is the case

[1] O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001

[2] Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal.

[3] Doutoranda em Direito (UFPB). Presidente da Rede Sororidade da OAB/PB.

of Colombia and Argentina. Although in Brazil abortion is still forbidden and only granted in exceptional situations foreseen in the legislation, the Federal Supreme Court (STF), through a judgment of its first panel, granted an ex officio order to overturn the preventive detention of a woman and the medical team that had performed the abortion, considering that the voluntary interruption of pregnancy in the first trimester should not be criminalized. Recently the Brazilian Court has been facing the issue, even holding a Public Hearing in the year 2018 to debate on the decriminalization of abortion in the country, however, there has not yet been a definitive judgment. In addition to national courts, international courts have also faced the issue, such as the Inter-American Court of Human Rights. In this sense, the present article proposes to conduct a transconstitutional study on the recent decisions of national courts in American countries and the Inter-American Court of Human Rights on the sexual and reproductive rights of women.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sexual and reproductive rights, Transconstitutionalism, Women in america

1 INTRODUÇÃO

As Américas têm um interessante histórico no âmbito do Direito Internacional, ao Continente é atribuída a busca incessante pela codificação desse ramo justificado pela existência de ideais em comum nesse âmbito[1], também pela própria similaridade entre os povos; tamanho era o interesse em um sistema que abarcasse a todos que a Organização dos Estados Americanos (OEA) surge em 1948, sendo o organismo regional mais antigo de todo o mundo.

Com o passar dos anos é possível afirmar que os interesses entre os Estados que compõem a América foram se distanciando ao ponto de as compatibilidades entre eles diminuírem, o que não quer dizer que decisões e acontecimentos jurídicos e políticos que ocorram em um Estado não causem repercussão nos demais, seja ela positiva ou negativa.

É o que acontece quando de decisões judiciais e legislações em torno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, quando a alteração sobre o tema ocorre em um Estado, todos os outros do Continente a sentem, e seguem dois caminhos: ou repudiam e repelem o acontecimento para os seus nacionais, ou usam de exemplo para inspirá-los a seguirem pelo mesmo caminho.

Antes da revisão realizada pela Suprema Corte Americana, o caso Roe x Wade sobre a garantia do aborto legal e seguro era utilizado como exemplo para os movimentos que pediam a flexibilização das normas em torno da interrupção da gravidez e de fato, a América passou por um período de revisão das legislações em torno do tema, seja pela pressão dos movimentos que passou a contar cada vez mais com membros da sociedade civil organizada, cientistas, pesquisadoras, inúmeras mulheres; seja pelo uso do argumento de que a proibição não impedia a prática do aborto, mas fazia apenas com que mulheres com condições financeiras elevadas viajassem para países onde já era permitido realiza-lo e lá fizessem todo o procedimento de maneira segura e permitida por lei, para depois retornar ao seu país e à legislação que a criminalizava.

Estados como Argentina, o Uruguai, Cuba, Guiana e e Guiana Francesa, Colômbia e México (algumas regiões), flexibilizaram as legislações a fim de permitir a prática do aborto legal e seguro; contudo, outros países como Brasil, Bolívia, Equador, Guatemala, Haiti, Panamá, Peru e República Dominicana permitem a prática em casos específicos, como gravidez decorrente de estupro, risco de vida para a mãe, comprovação de impossibilidade de vida

[1] Epitácio Pessoa na I Reunião da Comissão Internacional de Jurisconsultos Americanos que visava a codificação do Direito Internacional, afirmou: Do seio da América, senhores, tem partido a iniciativa para a realização de muitos dos mais belos ideais do Direito Internacional. (PESSOA, 1962, p. 187).

extrauterina etc.; há ainda os países que não permitem sob qualquer hipótese a realização do aborto, como o Chile, a Costa Rica, El Salvador, Honduras e Nicarágua.

Em que pese o objeto da presente pesquisa ser a análise dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres na América Latina, é importante apontar que a análise do caso Roe x Wade se faz imprescindível para comentar os casos de flexibilização do aborto feitos por meio de Cortes Constitucionais e não pela via legislativa.

Diante disso, a presente pesquisa se destina a analisar, de modo transconstitucional as legislações e decisões de Cortes Nacionais sobre o aborto na América Latina, incluindo o caso Roe x Wade da Suprema Corte Americana, ainda, se analisará o que diz a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Para isso se utilizará a pesquisa bibliográfica e documental, que possibilita através da leitura e análise de doutrinas, decisões e legislações uma formulação da hipótese que se pretende comprovar, tendo por finalidade demonstrar que está havendo na América Latina, na contramão dos Estados Unidos da América, uma espécie de "onda" de flexibilização e legalização da prática do aborto, à medida em que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres vêm passando a protagonizar o debate público.

2 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES: UM PANORAMA AMERICANO

Em agosto de 2018 houve no Brasil uma audiência pública sobre o Aborto realizada pelo Supremo Tribunal Federal, foram ouvidos membros da Sociedade Civil Organizada, pesquisadores, cientistas, membros do legislativo, mas desde então não houve qualquer alteração na legislação ou no entendimento da Corte sobre o tema, o aborto no Brasil ainda é estritamente proibido, sendo possível sua prática nos casos especificados em lei e nada mais, e ainda, os próprios casos dispostos na legislação são de difícil cumprimento, em muitos momentos.

Há expectativas, no entanto, de que em pouco tempo haja uma flexibilização nesse sentido, seguindo a onda crescente dos países da América Latina que estão aderindo a legislações e decisões mais brandas das Cortes internacionais no quesito da possibilidade de interrupção voluntária da gestação.

Na Argentina, a proposta para a legalização do aborto partiu do poder executivo, foi em 2020 que o, então presidente, Alberto Fernández, propôs e no dia 30 de dezembro o país passou a desconsiderar o aborto como um crime, contudo, os primeiros anos, ao que parece,

não foram fáceis para as mulheres que buscavam os serviços, tendo no país uma forte resistência ao que fora decidido, conforme aponta MIRANDA (2022)

> Mesmo com tamanha mobilização, o primeiro ano de vigência da lei 27.610, que regula o acesso ao aborto no país, foi conturbado. Um relatório da Secretaria de Saúde Sexual e Reprodutiva revela que o órgão precisou enfrentar ações judiciais que tentaram anular a lei.
> Mas a resistência ao direito de abortar vai além da legislação. Muitos profissionais da saúde têm se colocado – de formas variadas – contra o procedimento, gerando descaso, maus tratos e desrespeito às mulheres. (MIRANDA, 2022).

Os dados dos abortos realizados também chamam atenção, foi registrado pela Secretaria de Saúde Sexual e Reprodutiva do Ministério da Saúde Argentina a realização de 64.164 abortos legais no país no ano de 2021, ocorre que o que fora dito acima por MIRANDA (2022) demonstra o que acontece quando a sociedade ainda é pautada por concepções individuais ao ponto de negar a legislação em detrimento de valores morais pessoais. Os dados demonstram que provavelmente a mesma quantidade de abortos (ou mais) ocorriam ainda quando era criminalizado, em clínicas clandestinas, de maneira perigosa, pondo em risco a vida da mulher.

Enquanto na Argentina a legislação é recente e por isso enfrenta certa resistência, no Uruguai, a legislação de flexibilização do aborto completa 10 anos, sendo o país da América do Sul a primeiro possuir uma lei que descriminaliza a prática e concede às mulheres o acesso ao aborto seguro e legal, inclusive, no país o procedimento pode ser realizado em casa, seguindo orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS). No Uruguai as mulheres podem praticar o aborto até a 12ª semana de gestação em qualquer caso, e após esse período o aborto é permitido se a gestação decorrer de estupro. Sobre a possibilidade de o aborto ser realizado em casa, eis o que aponta MIRANDA (2022)

> Dados divulgados pela OMS afirmam que a prática é segura e raramente há complicações. “Estudos demonstram que medicamentos para aborto podem ser efetivos quando autoadministrados fora de um hospital – ou seja, em casa. Pessoas que têm acesso a informação e a um profissional de saúde treinado podem de forma segura conduzir o próprio processo de aborto nas primeiras 12 semanas de gestação”, afirma o guia de boas práticas da organização.
> Nesse sentido, a ideia é que os abortos sigam o mesmo caminho de humanização que os partos vêm trilhando. Ou seja, a mulher conta com acompanhamento e acolhimento – que pode envolver companheiro ou companheira, familiar, doula ou algum profissional de saúde, por exemplo – e tem segurança para conduzir o aborto em casa”. (MIRANDA, 2022).

Enquanto na Argentina a busca é pela efetivação da legislação, no Uruguai se busca o aperfeiçoamento das práticas já existentes para deixá-las o mais humanistas possível, e este último não difere muito do que se tem visto no México, que conta atualmente com coletivos e ONGs de mulheres que já passaram pelo procedimento e que buscam acompanhar, orientar e fornecer informações sobre o procedimento para as mulheres que optam pela interrupção da gravidez.

Desde o ano de 2007 o aborto é permitido na cidade do México até a 12ª semana de gestação em qualquer hipótese, e após isso apenas em casos de gestação decorrente de estupro, contudo, não é assim em todo o país, isso porque alguns estados têm suas próprias normas e dispõem sobre o aborto em seu código penal, inclusive, apenas em 7 dos 31 estados do México o aborto é descriminalizado. A despeito da situação do país, eis o que elucida, em entrevista realizada no país, a jornalista MIRANDA (2022):

> A Suprema Corte mexicana, no entanto, determinou que não será permitido processar as mulheres por abortarem. “Mas, na prática, não há clínicas específicas para a interrupção, e muitos médicos alegam objeção de consciência. Não existem mecanismos para que as mulheres tenham acesso ao aborto”, lamento Fanny González, fundadora do coletivo Aborto Legal México e promotora do grupo Aborteras em Red, que acompanha mulheres que querem interromper a gestação. (MIRANDA, 2022).

A objeção de consciência não é utilizada apenas por profissionais no México, mas também na Colômbia, que segundo a jornalista MIRANDA (2022) tem passado por sérios problemas na efetivação da permissão da interrupção da gravidez. A decisão foi da Corte Constitucional da Colômbia, ou seja, não decorreu de nenhuma legislação.

A jornalista MIRANDA (2022) colheu depoimentos de algumas colombianas que tentaram praticar o aborto após a decisão, chegando ao seguinte resultado

> Fazia poucos dias que a Corte Constitucional da Colômbia havia decidido pela descriminalização do procedimento —o que aconteceu em fevereiro deste ano.
> Ao decidir pelo aborto, no entanto, não recebeu o atendimento que esperava.
> "Recebi uma ligação de uma pessoa da clínica onde eu faria a interrupção, mas a experiência foi terrível. A pessoa foi grosseira. Além disso, ela não me deu a opção de fazer em casa com comprimidos, que é um dos métodos disponíveis. Disse que seria interrupção cirúrgica, sem nem dizer no que consistia o procedimento. Quando perguntei como seria, ela disse que era melhor eu pensar e depois falar com o profissional no hospital. Senti que ela estava me julgando, foi muito ruim. (MIRANDA, 2022).

A decisão da Corte foi de permitir a prática do aborto até a 24ª semana de gestação e após isso apenas em casos de estupro, má-formação do feto que seja incompatível com a vida e em caso de risco para a saúda da mãe.

Essa é a situação dos países da América Latina que flexibilizaram o aborto nos últimos anos e na contramão deles, existe os Estados Unidos da América, um país que inegavelmente exerce forte influência nos demais Estados, mas não nesse caso, isso porque no ano de 2022 a Suprema Corte Americana revisou a decisão do caso Roe x Wade, que permitia o aborto nos estados Americanos e passou a proibir a prática. A despeito disso, eis o que aponta GUIMARÃES (2022) sobre os votos dos juízes que alteraram o entendimento do aborto nos Estados Unidos:

> No voto condutor da opinião majoritária, o Justice Samuel Alito afirmou que "A Constituição não faz referência ao aborto, e tal direito não é implicitamente protegido por qualquer disposição constitucional, incluindo aquela em que os defensores de Roe e Casey agora confiam — a Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda". Concluiu dizendo que o aborto é uma questão moral profundamente controversa na sociedade americana e que por ela deve ser resolvido, através de seus representantes eleitos: "A Constituição não proíbe os cidadãos de cada Estado de regular ou proibir o aborto. Roe e Casey arrogaram essa autoridade. Agora anulamos essas decisões e devolvemos essa autoridade ao povo e seus representantes eleitos". Os Justices Clarence Thomas, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh e Amy Coney Barrett acompanharam Alito, sendo que Thomas e Kavanaugh apresentaram votos à parte. (GUIMARÃES, 2022)

A decisão aponta que não se pode deixar a questão de o aborto ser decidida por uma Corte Constitucional, mas pelo legislativo, pelos representantes eleitos pela população, o que de fato, alguns estados têm feito, conforme apontado também por GUIMARÃES (2022):

> Nesse ponto, de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Guttmacher, organização voltada para o avanço na proteção dos direitos sexuais e reprodutivos mundo afora, 26 Estados americanos devem proibir o aborto na máxima extensão possível, sendo que 13 deles já têm leis engatilhadas para entrar em vigor assim que superado o procedente Roe vs. Wade. Com efeito, se confirmada a pesquisa, a tendência é que mais da metade dos Estados promulguem leis que proíbam o aborto em geral, independentemente do tempo da gestação. Resta saber a extensão de tais leis; se irão, por exemplo, proibir o aborto em todo e qualquer caso, mesmo quando a gestante for vítima de estupro ou for menor de idade, ou mesmo autorizá-lo em todo e qualquer caso, independente do tempo de gestação. (GUIMARÃES, 2022)

É visível que a extensão da decisão da Suprema Corte, ainda que sob a justificativa de não proibir o aborto, mas de deixar que o legislativo decida a questão, permitiu que os estados criminalizassem de novo a interrupção da gestação.

A decisão não parece ser a resposta para coibir a prática, segundo a OMS, 25 milhões de abortos são realizados anualmente de maneira insegura, ainda, os dados apontam que o aborto figura entre as 5 principais causas de morte materna (PASSOS, 2022).

O tema em torno da interrupção de gestação é controverso, contudo, é perceptível verificar que mais países da América Latina vêm descriminalizando a prática, seja através de legislações, de iniciativas do executivo ou de decisões das Cortes Constitucionais.

3 ATIVISMO JUDICIAL OU PROTEÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS?

O Brasil antes da Constituição Federal de 1988 (CF) enfrentou um período de crise política e momento institucional turbulento. Onde não havia garantia de limites aos poderes estatais sobre os direitos coletivos e individuais e limites quanto atuação do Estado na vida privada dos cidadãos. Limites sempre foram importantes para que exista Estado constitucional de direito.

Com a redemocratização do Brasil em 1988, o modelo institucional brasileiro mudou, e foram criados instrumentos de controle e transferidos poderes de decisão sobre as problemáticas políticas e sociais sem manifestação dos poderes legislativo e executivo, para a competência do judiciário (controle recíproco). O controle recíproco é um movimento histórico pró-democracia, muito embora a maioria das questões sejam demandas que não são responsabilidade originária do poder judiciário. A esse fenômeno nomeamos de judicialização.

De acordo com Mapelli Junior (2017) a judicialização da saúde teve início no Brasil na década de 90. Sobre a judicialização da saúde e sua relação com os valores estampados na CF de 1988:

> A judicialização da saúde por si só não importa em ativismo judicial, compreendido o fenômeno como a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função do governo. Boa parte das decisões judiciais que pretendem garantir o direito à saúde, senão todas, porém, assumem perfil ativista e constituem inaceitável usurpação de competências cometidas pelo Constituinte a outros poderes. (MEPELLI JUNIOR, 2017, p. 20)

Entendemos que é uma situação controversa devido a quatro fatores determinantes: a falta de financiamento à integralidade de acesso à saúde; a sobrecarga e morosidade do judiciário; a delegação aos juízes de direito o poder de decisão sobre políticas públicas, pois não foram eleitos para isso; e a forte pressão das camadas sociais conservadoras. A intervenção do judiciário nas questões de saúde encontra os dois primeiros pontos como barreiras para efetividade de cumprimento das garantias constitucionais e podemos, também, incluir a complexidade e individualidade de cada caso concreto.

Não é um tema ideológico de um grupo político ou de um país isolado, mas um problema de saúde pública e decorrente das mudanças sociais e evolução da ciência. Na perspectiva do direito brasileiro, a saúde é um direito social garantido pelo texto constitucional de 1988. Dados apontam que a interrupção voluntária da gravidez entre mulheres em período fértil é fato comum e que uma em cada cinco mulheres já fez aborto ao completar quarenta anos de idade e que a terceira causa de internação em leitos obstétricos (SOUZA, 2020). Assim, o aborto envolve questões de ordem pessoal, porém, também, atuação ativa da administração pública, pois são recursos públicos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS) que custeiam grande parte desses procedimentos.

Embora existam os pontos mencionados, caso eles sejam usados para justificar a negativa na concessão de decisão favorável à parte autora, há previsão no art. 22 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro que diz: "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados."

Assim, a Lei Orgânica da Saúde, lei n. 8080/ 90, dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º). Por ser a saúde um direito constitucional e procedimentos ambulatoriais e hospitalares muitas vezes não estão previsto nas políticas públicas de saúde, o judiciário vem sendo exigido em questões de grande impacto social e controversos (MAPELLI JUNIOR, 2017), porque envolve crenças religiosas e valores morais da sociedade e de acordo com a carta magna cabe ao judiciário apreciar lesões ou ameaça a direitos (art. 5, XXXV, CF/88).

A judicialização da saúde sob uma visão filosófica é abordada por Lima (2022) e questiona: é realmente impossível a comunicação entre política, direito e moral? O controle difuso de constitucionalidade exercido pelos juízes de direito, bem como o controle concentrado acaba por fazer do judiciário um campo político, uma vez que terá como função legislar onda há omissão de outro poder o que se contrapõe a ideia de acesso à justiça. Para os Sofistas a justiça tem uma função social:

> A justiça será não só conservar as leis mas também permitir sua mudança sem que isso destrua a comunidade política, e a única maneira de realizar mudanças sem destruição da ordem política é o debate para chegar ao consenso, a expressão pública da vontade da maioria, obtida pelo voto dos cidadãos reunidos em assembleia. (CHAUI, 2010, p. 326)

O entendimento de justiça e moral está ligado à concepção de cultura. A construção do desprezo ao tema está conectada com o desenho cultural de cada sociedade. O aborto é uma questão complexa, no sentido que abrange direitos indisponíveis da personalidade e princípios norteadores da vida civil. Falar sobre a interrupção da gravidez ainda é um tabu em muitas civilizações. Com tudo, para Chaui (2010) a cultura possui tempo de transformação nas leis, nos costumes, nas emoções, nos pensamentos, nas instituições sociais e políticas.

O nosso direito à liberdade, permanentemente é atacado e cerceado. Temos a nossa liberdade violada sempre que somos constrangidos a sentir e querer coisas pelas quais não podemos racionalizar o porquê. Querem que sejamos passivos às arbitrariedades que nos são impostas. Levantar bandeiras políticas a um assunto tão delicado e pouco debatido é o que está levando as pessoas ao desejo de ignorância sobre o tema. Não debater ou pesquisar é mais cômodo, pois a desinformação em massa é constante e muitos ainda se sentem imunes, indiferentes à temática ou não aceitam, inclusive, as hipóteses de aborto autorizadas por lei. Essas hipóteses constituem direitos da mulher.

Pensar é essencial à formação ser humano. Pensar criticamente sobre os acontecimentos do grupo em que se vive é vital. Sobre isso, o poeta Alberto Caeiro, escreveu:

> O que penso eu do mundo?/ Sei lá o que penso do mundo!/ se eu adoecesse pensaria nisso./ Que ideia tenho eu das cousas?/ Que opinião tenho sobre as causa e os efeitos?/ Que tenho eu meditado sobre Deus e a alma/ E sobre a criação do mundo?/ Não sei. Para mim pensar nisso é fechar os olhos/ E não pensar. É correr as cortinas/ Da minha janela (mas elas não tem cortinas)./ O mistério das cousas? Sei lá o que é mistério! O único mistério é haver quem pense no mistério. [...] (CAEIRO, 1980, p.139-140)

A partir da leitura dos versos citados, podemos observar que o poeta considera inútil pensar sobre o mundo. No entanto, a vida é construída através do pensamento, ou seja, através da filosofia. Para Chaui (2010) uma das características da metafísica Kantiana não é oferecer uma explicação, mas, sim, uma descrição das estruturas do mundo e do nosso pensamento.

Qual o sentido de pensar sobre o mundo e o tema pesquisado? Atualmente, há um movimento de desjudicialização que consiste no acesso à justiça por meios alternativos de solução de conflitos. O art. 3º, art. 167 e art. 168 do Código de Processo Civil estimulam os

operadores do Direito a escolherem alternativas de solução de conflitos. Uma questão levantada durante a pesquisa é: será que os caminhos conhecidos de resolução extrajudicial dos conflitos se encaixam ao aborto?

Por fim, compreendendo o período histórico anterior à Constituição brasileira de 1988, comente-se que o processo de judicialização é um movimento previsto pela carta magna e que algumas omissões abrem espaço para a desinformação do papel do judiciário na solução das demandas. É necessária a pesquisa sobre a reorganização o sistema de justiça para atender ações que envolvem a interrupção voluntária da gravidez, porque se entende que o judiciário não é o ambiente adequado para resolução desse tema, devido aos problemas operosidade.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: TRATADOS E JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

É preciso primeiramente conceituar o que seria o Controle de Convencionalidade, que no dizer de RAMOS (2018) seria

> O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos e omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direitos, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito positivo ou negativo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um controle construtivo de convencionalidade. (RAMOS, 2018, p. 331).

Dessa forma, seria visto como uma maneira de as normas internacionais se adequarem às normas nacionais ou vice-versa a depender de qual direito se estiver visando garantir, ocorre que por vezes esse controle incorre em um dilema que sequer deveria ser pautado, o da hierarquia entre normas de direito internacional e direito nacional.

Não é incomum encontrar discussões em torno de qual seria a hierarquia entre os Tratados de direitos humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal ser de que esses Tratados são superiores à lei ordinária, mas inferiores à Constituição e, portanto, considerados normas supralegais,

muitos doutrinadores brasileiros[2] defendem o contrário, entre eles, Antônio Augusto Cançado Trindade, que assim aponta:

> [...] a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (TRINDADE, 2003, p. 513)

Com efeito, é possível perceber que há a necessidade de conceder maior e melhor proteção de direitos humanos, conforme apontado por TRINDADE (1992), apud PIOVESAN (2018)

> (...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno. (TRINDADE, 1992, apud, PIOVESAN, 2019, p. 87).

Essa busca pela efetivação e pela maior proteção aos direitos humanos pode ser vista inclusive por dispositivos internacionais, que discutem e apontam a necessidade de se debater os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, conforme afirma PIOVESAN (2018):

> Essa definição revela a abrangência da noção de direitos reprodutivos e sexuais, servindo de base para a maior parte das definições encontradas na doutrina nacional e internacional sobre a matéria.
> A Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em sua Plataforma de Ação (Plataforma de Ação de Beijing), remetendo-se à Conferência do Cairo, reitera os conceitos de saúde reprodutiva e direitos reprodutivos acima transcritos. A opção livre e informada, o respeito à integridade física e o direito de não sofrer discriminação nem coerção em todos os assuntos relacionados com a vida sexual e reprodutiva constituem princípios básicos consagrados na Conferência do Cairo e endossados na Conferência de Beijing. (PIOVESAN, 2018).

[2] Valerio de Oliveira Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, são alguns dos autores que defendem essa corrente.

É interessante perceber que os dispositivos internacionais apontam para uma maior ampliação da referida possibilidade, e muito embora o entendimento seja de que deve haver uma maior proteção em torno dos direitos humanos, inclusive, direitos humanos das mulheres, temas nesse sentido esbarram na legislação nacional.

Quando esbarram na referida legislação surge o questionamento em torno de qual norma deve ser seguida e muito embora tenha partido do Supremo Tribunal Federal a iniciativa de promover a Audiência Pública em torno da possibilidade de aborto no Brasil, o tribunal ainda não firmou um entendimento nesse sentido e não se guiou por qualquer Tratado ou entendimento de direito internacional sobre o tema, no momento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o histórico de similaridades entre os países da América, o passar dos anos aliado ao desenvolvimento jurídico e legislativo de cada um fez com que as diferenças fossem mais facilmente vistas, contudo, é inegável que por vezes uma decisão ou lei sobre um assunto específico repercute facilmente nos países próximos.

É o que acontece com as questões em torno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, isso porque muito embora países europeus tenha flexibilizado a algum tempo as possibilidades de flexibilização da interrupção da gestação, a repercussão interna nos países da América, pode-se dizer que foi ínfima, em contrapartida, na América Latina a flexibilização por parte de um país, inflama o debate em todos os outros ao seu redor, chegando inclusive a existir um movimento como o Maré Verde, que se caracteriza por um movimento que visa lutar pelo direito ao aborto legal, seguro e acessível à todas as mulheres da América Latina.

Argentina, Colômbia, Uruguai, México, são exemplos de países que se renderam à chamada Maré Verde e alteraram suas legislações sobre o aborto, garantindo o acesso às mulheres dependendo unicamente de sua vontade.

Enquanto no Brasil o debate acende e apaga consideráveis vezes, desde a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em agosto de 2018, o assunto não foi mais pautado por nenhum órgão, seja do legislativo ou do judiciário, o que não significa dizer que a quantidade de legislações mais brandas não foi assunto no país, pois o início de 2022 rendeu calorosos debates e discussões sobre as decisões dos países vizinhos, inclusive a decisão da Suprema Corte Americana de reverter a decisão do caso Roe x Wade, desconstituindo direitos anteriormente conquistados pelas mulheres.

A análise transconstitucional permitiu inclusive, se analisar decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, observando o que o tribunal regional desses países tem a dizer sobre essas questões e levantando um segundo debate: se é possível aplicar jurisprudência internacional em solo nacional. Como visto, é perfeitamente cabível que o país faça adequar suas normas internas para efetivar e garantir ainda mais proteção aos direitos humanos, inclusive, direitos humanos das mulheres, sendo ilógico o contrário, a bem da verdade, como ratificar Tratados e Convenções se não há intenção de cumpri-los ou de ser fiscalizado pelos órgãos responsáveis?

É possível perceber que a América Latina vem apontando uma nova forma de ver os direitos sexuais e reprodutivos, seja através dos tribunais constitucionais, uma via considerada de mais fácil acesso, seja pelo legislativo, uma via um pouco mais complexa, sendo possível e não presunçoso, alegar que talvez seja questão de tempo até que todos os países passem a aderir a flexibilização, incluindo o Brasil, que tem guardado a pauta no Supremo Tribunal Federal.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Bruno Henrique Kill, et al. **A legislação sobre o Aborto nos Países da América Latina: uma Revisão Narrativa**. Com. Ciências da Saúde, Distrito Federal, v. 29, n. 1, p. 36-44, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição nº 7, de 22 de setembro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

CAEIRO, Alberto. **"O guardador de rebanhos".** ***In*** **O Eu profundo e os outros eus**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 139-140.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2021.

CIDH. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2021.

CIDH. **Relatório Anual 2000. Relatório Nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha contra a Mulher "Convenção de Belém do Pará".** 9 de junho de 1994. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 08 de jun. de 2021.

DIAS, Ana Beatriz**. Controle de Convencionalidade: da Compatibilidade do Direito Doméstico com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Cadernos Estratégicos: Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf>. Acesso em 25 ago. 2022.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; MADALENA, Luis Henrique Braga; MEDEIROS, Lucas Sipioni Furtado. **Revogação de Roe vs. Wade e o direito ao aborto nos Estados Unidos**. Conjur. 5 jul. 2022. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/opiniao-revogacao-roe-vs-wade-direito-aborto>. Acesso em 20 out. 2022.

LIMA, Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira**. Da Judicialização da vida aos precedentes judiciais obrigatórios: uma análise do impacto na efetividade dos direitos da personalidade no brasil.** Rio de Janeiro: Processo, 2022. 426 p. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/195670/pdf/0?code=vJMiSztAk/R0rl8ekAXQ/zm8kwg7gtgkfLNzFX1rIOqU+z7as6EswTrhDvP4+tsjaL2nnRuqhjl8Saq0okUIWg==>. Acesso em: 15 out. 2022.

MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde**: **regime jurídico do SUS na administração pública.** Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. 216 p. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/168911/pdf/0?code=3Zd2eGinLWPm+GLliO6wld6UlaBHhkoRPttdIXiX4fRr1ysk54mecp0nZfceuil+oqBA/0oe3DHmpJ7+AFcsZg==>. Acesso em: 15 out. 2022.

MIRANDA, Débora; BOUERI, Aline Gatto; TADDEO, Luciana; COELHO, Caroline. **Aborto: Só a Lei Basta?** UNIVERSA uol, 23 jun. 2022. Disponível em: < https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/aborto-na-america-latina/#cover>. Acesso em: 19 out. 2022.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões.** Lua Nova, São Paulo, ed. 93, 2014. Disponível em: < https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 25 ago. 2022.

PASSOS, Juliana. **O avanço do direito ao aborto na América Latina**. Fio Cruz, 05 mai. 2022. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-avanco-do-direito-ao-aborto-na-america-latina>. Acesso em 19 out. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Vitória Régia da. **A maré verde da descriminalização do aborto na América Latina.** Revista Gênero Número, 2022. Disponível em: <https://www.generonumero.media/aborto-america-latina/>. Acesso em 25 ago. 2022.

SOUZA, Josiene Aparecida de. **Direito ao aborto**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/189727/epub/0. Acesso em: 15 out. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.