VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

EDIMUR FERREIRA DE FARIA

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2017 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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/ Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Edimur Ferreira De Faria, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-391-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO II

Apresentação

Este livro resulta de artigos apresentados no VI Encontro Internacional do CONPEDI realizado em Costa Rica, nos dias 23 a 25 de maio de 2017, tendo por Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia na América Latina e Caribe.

Foram apresentados e debatidos 17 temas a seguir sintetizados: título:

1. O Tratamento dado ao aborto no Brasil e em países da América Latina como reafirmação dos direitos da mulher, com incursão nos direitos americanos e alemão. Este artigo teve por objetivos analisar a desigualdade de gênero e a conquista de direitos da mulher no Brasil. examinaram-se o ordenamento jurídico pátrio e a legislação pertinente de países da América Latina, dos Estados Unidos e da Alemanha e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A discussão gerou em torno de dois direitos fundamentais: o direito da mulher e o direito à vida. Por fim conclui que o conflito entre entre esses dois direitos gera sacrifício de ambos com observância do princípio da ponderação de modo a sacrificar o amplo direito da mulher em benefício do direito à vida com certas restrições.

2. Notas sobre a política de monitoração eletrônica do Estado do Rio de Janeiro. O artigo analisa as decisões das Câmaras Criminas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro durante o ano de 2015, com o objetivo de verificar como a monitoração eletrônica vem sendo adotada pelo Poder Judiciário. O resultado apresentado foi a limitação do uso da ferramenta eletrônica com alternativa à prisão cautelar e as problemáticas ligadas à aplicação das mesmas pelo Tribunal no âmbito da execução penal.

3. O conceito da segurança como parte integrante da segurança humana e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O artigo examina como o conceito de segurança cidadã tem sido trabalhado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, enfatizando o seu uso no combate do desvirtuamento do Estado Democrático de Direito. Para

isso foram apresentados debates teóricos sobre o conceito da segurança cidadã como parte da segurança humana, valendo-se de analise de documentos e casos do SIDH sobre a temática, com viés crítico.

4. Los Derechos Humanos de Los Ancianos en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. o artigo apresenta o seguinte resumo: El presente estudio analizia la tutela que han recebido los ancianos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justiça de Costa Rica. En particular, el aticulo 51 de la Constitucion Política (1948), determina: "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tien derecho a la proteción del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa proteción, el anciano". Ese articulo ha sido interpretado de forma extensiava en relación con otros derechos de carácter individual y social reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5. O Acesso à Educação no Ensino Regular como Instrumento de Inclusão Social e Concretização de Direitos da Pessoa com Deficiência: uma crítica à análise quantitativa. O artigo examina a questão relativa a inclusão da pessoa portadora de deficiência e da importância da educação em ensino regular como facilitador da inclusão de pessoas com necessidades especiais, para que possam ver efetivado os seus direitos fundamentais. Identifica que o Estado brasileiro é dotado de legislação que garante o ensino regular para esse segmento da sociedade. A pesquisa teve por finalidade precípua investigação quanto ao aspecto qualitativo para verificar se a pessoa com deficiência está efetivamente incluída no ambiente escolar.

6. Layoff Trabalhista e a Efetiva Tutela do Pleno Emprego: em busca da incorporação do valor social do trabalho. O artigo examina o princípio do pleno empregos, um dos vetores da Constituição da República. o ponto cerne do estudo foi a análise das interrelações entre o princípio constitucional na busca do pleno empego e o layoff trabalhista como valorização social do trabalho.

7. Do Surgimento dos Direitos Humanos à Possibilidade de uma nova concepção: universalidade, integralidade e o papel dos movimentos sociais. O artigo investiga o contexto de surgimento dos direitos humanos, ressaltando que a atual concepção não hegemônica dos direitos humanos é fruto da problematização do discurso tradicional e da realidade na prática.

8. Efetividade dos Direitos Humanos, Construção da Subjetividade e Mudança Social. O artigo analisa a efetividade dos direitos humanos na relação entre construção da subjetividade e mudança social. Sustenta que para a efetiva mudança social, questiona-se o alcance da

tutela jurisdicional e estatalista contraposta à necessidade de construção da democracia em sintonia com normalidade material dos direitos humanos.

9. Enquadramento Jurídico da Deformidade Causada pela Hanseíase na Lei Brasileira de Inclusão. O artigo demostra que a pessoa portadora de hanseíase, mesmo tendo sido curada, pode ter deformidades estéticas. Nesse caso deve ser enquadra nas regras de benefícios constantes da Lei brasileira de inclusão, que garante a igualdade material das pessoas com deficiência.

10 Reflexões sobre o Adolescente em Conflito com a Lei do Brasil e da Costa Rica. Ao final do estudos dos adolescentes nos dois países pesquisados, os autores verificaram a vulnerabilidade social desses sujeitos de direitos.

11. Teoria Crítica do Direito e o princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. o artigo analisa o critério filosófico e jurídico da dignidade humana, a partir dos conceitos de dignidade humana, isonomia, autonomia e o papel do Direito na racionalidade altamente tecnológica.

12. A Globalização da Economia e sua Influência no Direito do Trabalho com a Preservação da Dignidade da Pessoa humana como Como Elemento Fundamental do Vínculo Jurídico. O artigo analisa os efeitos negativos da globalização na relação de trabalho em desfavor dos empregados. Os demostram que os direitos humanos devem prevalecer mesmo em face das relações globalizadas, prevalecendo a legislação brasileira, em especial as trabalhistas.

13 A Garantia de Proteção dos Direitos Humanos dos Refugiados Ante os Impactos do Dilema Sócio Econômico da Conjuntura Brasileira Contemporânea. Em síntese, o texto aborda o conflito entre os direitos dos refugiados e a pressão econômica e financeira e orçamentário dos país que recebem os refugiados. Mas que o Brasil é dotado de legislação que ampara os refugiados garantindo-lhes a dignidade e a observância dos direitos humanos.

14. A Função Investigadora da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Situação Humanitária no Chile Após o Golpe de Estado de 1973: a histórica visita in loco realizada em 1974. O artigo foca a pesquisa no trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizado na República do Chile em 1974.

15. Uma Análise Critica A Partir da Formação de um sistema Multinível de Proteção de Proteção dos Direitos Fundamentais. O artigo cuida da necessidade de um sistema multinível de proteção para que os direitos fundamentais sejam efetivados. E conclui que o Estado deve fomentar e respeitar a existência digna do ser humano.

16. A Crise dos Imigrantes-refugiados no contexto juspolítico e Social Internacional. O capítulo analisa o contexto juspolítico dos imigrantes-refugiados. investiga a situação dos refugiados nos EUA e na Europa.

17. A Ampliação da Participação no Processo Coletivo Como Mecanismo de Concretização do Estado Democrático de Direito: uma análise das Ações Coletivas Como Ações Temáticas. O artigo discute o processo judicial dando-se ênfase ao processo coletivo, demostrando a importância das ações coletivas para a solução dos conflitos nos casos de ofensa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Dessa breve exposição se verifica que a qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica nos permitem considerar este GT como um daqueles em que a excelência investigativa mais se apresentou. Para além da discussão de trabalhos científicos em um encontro internacional, a certeza de estarmos contribuindo uma vez mais para a afirmação do CONPEDI e de nossa área, muito nos satisfaz.

A realização do VI Encontro Internacional do CONPEDI, em San Jose, San Ramon e Heredia, Costa Rica, entre 23 e 25 de maio de 2017, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo. Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Prof. Dr. Rubens Beçak - Universidade de São Paulo.

O TRATAMENTO DADO AO ABORTO NO BRASIL E EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA COMO REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER, COM INCURSÃO NOS DIREITOS AMERICANO E ALEMÃO

THE TREATMENT GIVEN TO ABORTION IN BRAZIL AND LATIN AMERICAN COUNTRIES AS REASSURANCE OF WOMEN'S RIGHTS WITH AN INCURSION INTO AMERICAN AND GERMAN RIGHTS

Clarice Paiva Morais
Edimur Ferreira De Faria

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar o tema da desigualdade de gênero e a conquista de direitos da mulher no Brasil, a partir do exame do tratamento dado ao aborto no ordenamento jurídico pátrio e em outros países da América Latina, e também na Alemanha e nos Estados Unidos. O tema envolve a ponderação entre a liberdade da mulher e o direito à vida do nascituro, uma vez que o Brasil, assim como os demais países da América Latina são signatários do Pacto de San José da Costa Rica que adota a teoria concepcionista.

Palavras-chave: Mulheres, Aborto, Desigualdade, Gênero, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this paper is to analyze gender inequality and the conquest of women's rights in Brazil, based on the analysis of how abortion is treated in the country's legal system and in other Latin American countries, as well as in Germany and the United States. The issue involves the consideration of women's freedom and the right to life of the unborn child, since Brazil, as well as the other countries of Latin America, are signatories of the Pact of San José, Costa Rica, which adopts the conceptionist theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Women, Abortion, Inequality, Gender, Democracy

1 Introdução

Desde os tempos mais remotos, existe forte desigualdade entre homens e mulheres, o que deu ensejo a movimentos sociais e políticos em busca da verdadeira igualdade material de gênero[1] na atualidade[2].

O Brasil é considerado um dos países da América Latina que mantém a desigualdade de gênero. A separação entre a esfera pública e a privada evidencia que poucas são as mulheres que ocupam espaços de poder, havendo ainda discrepância salarial entre homens e mulheres, sobrecarga de trabalho e de responsabilidades, principalmente entre as mulheres negras e pobres. (SARMENTO, 2013, p. 4).

Nesse sentido, assume o aborto posição de destaque na sociedade brasileira, não só pela polêmica em torno do tema, mas por representar um dos assuntos de maior importância entre os movimentos feministas que objetivam ceifar questões ligadas à desigualdade de gênero ainda existentes na atualidade.

Segundo Daniel Sarmento, anualmente, centenas de mulheres brasileiras realizam o procedimento abortivo de forma clandestina, sem as mínimas condições de higiene e

---

[1] Cf. Carvalho (2015), o tema foi objeto de discussões acaloradas no Brasil, principalmente pelos grupos defensores de direitos humanos, desde que foi excluída a questão de gênero do texto do Plano Nacional de Educação em 2014. A bancada evangélica entendeu no Congresso Nacional que o tema é ameaçador ao modelo tradicional de família, deturpando os conceitos de homem e mulher.

E, ainda, conforme Loureiro, Gabriela e Vieira, Helena (2016), o gênero não se confunde com o sexo biológico do indivíduo ou com sua orientação sexual. Gênero é identidade do que é considerado feminino ou masculino e pode variar ao longo do tempo, sendo, portanto, relativo. Já o sexo biológico liga-se ao órgão sexual do corpo humano e a orientação sexual ao tipo de preferência sexual da pessoa, que pode ser por pessoas do mesmo sexo ou diferentes.

Gênero não é característica do indivíduo como um ser natural, mas um processo externo, definido pelas interações sociais, pelos discursos e pela cultura. "Os construcionistas sociais argumentam que não existem essências verdadeiras, mas que a realidade é socialmente construída, e, por isso, os fenômenos são construções sociais, produto de uma cultura particular, língua e instituições". (TELES, 2010, p. 164). Segundo Ceccarelli, a distinção entre gênero e sexualidade foi introduzida pelo psicanalista Robert Stoller para uma melhor compreensão do transexualismo. "O gênero é a quantidade de masculinidade, ou de feminilidade, que uma pessoa possui. Ainda que existam misturas dos dois nos seres humanos, o homem (male) "normal" possui uma preponderância de masculinidade, e a mulher (female) "normal" uma preponderância de feminilidade. (STOLLER, 1978, p. 61)." (CECCARELLI, 2010, p. 271-272).

[2] "O estado democrático, em construção, continua a desvalorizar e subestimar as mulheres, fazendo-as submeter-se à manutenção da discriminação histórica que pesa sobre elas. Mas não é só. Convive-se com forças políticas e religiosas conservadoras que desrespeitam os direitos das mulheres e mantém a mentalidade e práticas que contribuem para a violência de gênero, a violação de direitos e ferem a sua dignidade humana. Portanto, nossos feminismos enfrentam situações de opressão patriarcal tanto nos espaços públicos como privados." (TELES, Maria Amélia de Almeida. Caminhos Transversais dos Feminismos e dos Movimentos Sociais. In: REND, Silvia Maria Favero; PEDRO, Joana Maria; RIAL, Carmen (Orgs.). *Diversidades*: Dimensões de gêneros e sexualidade. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2010. p. 161).

segurança, gerando elevado índice de mortalidade materna no País. (SARMENTO, 2013, p. 4).

Não só os processos de formação histórica da sociedade, mas o contexto político, econômico, midiático e religioso, mantém o *status quo* de desigualdade de gênero, tornando o tema do abortamento de interesse peculiar no atual cenário social e político.

Algumas sociedades primitivas matricêntricas, idealizavam a mulher, a fertilidade e a sexualidade feminina. A sociedade patriarcalista formou-se com o desenvolvimento da agricultura e a necessidade de manutenção da produtividade por meio do trabalho braçal na lavoura, desenvolvido, principalmente, por homens. A mulher, antes cultuada e livre, torna-se verdadeiro objeto de preservação das famílias. (CRUZ, 2005, p. 51-58).

Os movimentos feministas ao lado dos diálogos e debates sobre o papel da mulher na sociedade e a importância dos direitos já conquistados se intensificam e permeiam debates e julgamentos emblemáticos no ordenamento jurídico brasileiro.

> Os movimentos de mulheres e feministas buscam ações que alcancem reivindicações imediatas, mas ao mesmo tempo precisam atuar na construção da autonomia e na desconstrução da identidade imposta, na expressão de seus próprios valores, precisam desenvolver a consciência crítica feminista sobre a vida pessoal, política e suas relações dialéticas que se dão na família e em outras instituições da vida em sociedade. (TELES, 2016, p. 161-162).

Nesse contexto, a mais alta corte do País, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou o problema do aborto em algumas decisões emblemáticas.[3]

Este trabalho tem por objetivo discutir a desigualdade de gêneros e o conflito entre os direitos fundamentais da mulher e o direito fundamental à vida, para responder a seguinte indagação: nos casos de gravidez não planejada é possível o aborto nos termos da legislação e da jurisprudência pesquisadas? Nesse viés ressaltar-se-á a importância das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto para a concretização dos direitos da mulher.

O Brasil, ao lado de outros países da América Latina, criminaliza o aborto realizado pela gestante, excluindo a ilicitude do fato apenas nos casos de estupro e risco de morte para a gestante (art. 124, 126 a 128, inciso I e II do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro 1940). O Uruguai foi o primeiro país latino-americano a descriminalizar o procedimento, conforme se verá adiante.

---

[3] A decisão mais recente do Supremo sobre o tema foi em sede de controle difuso de constitucionalidade, no Habeas Corpus n. 124.306 do Rio de Janeiro.

O Pacto de San Jose da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de proteger o direito fundamental à vida desde a concepção, protege também o direito à liberdade e à igualdade e não pode ser utilizado como supedâneo para manter algumas legislações que criminalizam o aborto em vários países latino-americanos, desconsiderando a ponderação de interesses da mulher e do nascituro.

O assunto é permeado por valores morais, religiosos e culturais, arraigados na sociedade brasileira, que mantém suas raízes patriarcalistas.

Ademais, o tema traz a discussão do Supremo Tribunal Federal sobre o início e o fim da vida humana, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54, em virtude da inércia do Poder Legislativo pátrio que não enfrenta o problema no Brasil, país que apresenta os maiores índices de casos de gestação de fetos anencefálicos no mundo[4].

Nesse sentido, questões como o feminismo, a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, a desigualdade de gênero e o tratamento dado ao aborto no Brasil e em outros países da América Latina, Estados Unidos e Alemanha, entre outros, não pesquisados, tornam-se importantes temas para discussão, que serão debatidos neste trabalho para corroborar na efetivação da cidadania[5] da mulher no paradigma do Estado democrático de direito.

A metodologia da pesquisa consiste em revisão bibliografia, exame das decisões judiciais sobre o tema e da legislação brasileira e de outros países.

---

[4] Segundo informações coletadas de várias entidades, incluindo o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, na audiência pública realizada em 17 de junho de 2012 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.

[5] Segundo Carvalho (2005), "O conceito de cidadania está desdobrado em quatro abordagens heurísticas: (a) A tradição comunitária (Michael Sandel e Charles Taylor) entende que a cidadania como participação social a serviço do bem comum. A ênfase está na comunidade, na cultura e na ética compartilhada. As atividades comunitárias são moralmente esperadas. Essas incluem o cuidado pelos concidadãos, promovendo comportamentos éticos, que são parte da tradição de valores e crenças compartilhadas por aquela comunidade; (b) A tradição republicana (Aristóteles, Maquiavel, Hanna Arendt, Richard Sennet, Benjamin Braber) compreende a cidadania como participação política. A ênfase está na participação e nas decisões políticas, valorizando a vida e o debate públicos com vistas à formação do sujeito político; (c) Na tradição neoliberal (Friedrich Hayek, Robert Nozik), a cidadania é entendida, predominantemente, como status legal. Se objetivo é tornar o mundo político tão limitado quanto possível, permitindo ao indivíduo ter o máximo de liberdade com o mínimo de intervenção estatal. Seus autores principais são basicamente oponentes do Estado de bem-estar e favor do livre mercado. Os cidadãos são entendidos antes como consumidores racionais dos bens e agem guiados por interesses pessoais; (d) A tradição social-liberal (John Rawls, T. H. Marshall) privilegia os intitulamentos legais nos quais predominam os direitos e deveres dos cidadãos (por exemplo: direito à liberdade de expressão, ao voto, a receber algum tipo de previdência, etc.). Em contrapartida, há deveres cumprir (por exemplo: pagar impostos, servir ao exército, trabalhar em vez de viver às expensas do Estado)." (CARVALHO, M. J. S. Qual Cidadania Desejamos. In: TIBURI, Marcia; MENEZES, Magali; EGGERT, Elda. As mulheres e a filosofia. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 221-222).

2 A evolução dos direitos da mulher no Brasil nos paradigmas do Estado liberal, social e democrático de direito

No paradigma do Estado liberal, surge, com a ascensão da burguesia e a superação do absolutismo, o movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII e a formação de uma sociedade embasada na sistematização das leis e na ideia de legitimidade do direito a partir da compreensão dos direitos subjetivos e da moral convencional. Filósofos, como Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, contribuíram para a compreensão das ideias de soberania popular, propriedade e contrato social, decisivas para a construção da noção do direito alicerçada não mais nos costumes, na religião, na tradição, mas, no direito consubstanciado nas concepções individuais do sujeito.

O liberalismo trouxe ainda como características a separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, fato que deu origem ao Estado de direito liberal, a fim de coibir o absolutismo monárquico.

> Entretanto, o Estado liberal, ante a cruel realidade a que se submetia a maioria de sua população, e que questionado pelo movimento comunista encabeçado por Karl Marx e Engles, reconheceu que não estava desempenhado o seu principal papel, qual seja, o de prestar o bem-estar social e o de respeitar a dignidade humana. (FARIA, 2016, p. 55).

O abstencionismo estatal possibilitou o surgimento de economia capitalista monopolista e oligopolista que inaugurou tempos de desigualdades sociais. Essa realidade, contribuiu para a mudança do Estado liberal par o Estado social, cujos procedimentos tiveram início no alvorecer do século XX. Para que o Estado social se tornasse realidade, Constituições foram emendadas, reformadas ou substituídas, órgãos e entidades públicas foram criados, de moda a aparelhar o Estado para suas novas funções, voltadas para a redução da desigualdade social. Editaram-se leis destinadas à efetivação do controle por meio de policiamento da atividade econômica, restrição ao direito de propriedade e ao de liberdade. (SOUZA, 2010, p. 26) assevera:

> A conquista de direitos sociais se evidenciou ainda mais no período posterior à primeira guerra mundial, principalmente para os Estados europeus. Constitui-se desse processo a Constituição do México de 1917, primeira a compilar um rol de direitos sociais, seguida da Constituição da Alemanha, de 1919, também de caráter social, a qual exerceu forte influência sobre as demais constituições europeias que se seguiram.

O Estado social tornou-se realidade com supedâneo não só nos valores liberais formais, mas também em valores sociais materiais.

Os Estados, nessa fase, caracterizam-se por uma plêiade de transformações de cunho cultural, econômico, social, político e científico.

> Em relação à questão de gênero, a modernidade se reveste de importância, pois cria e consolida os dispositivos de controle dos papéis definidos pela sociedade, chamados tradicionalmente de "moral burguesa". A modernidade, portanto, criou dentro do patriarcado modalidades de subordinação feminina consoante à lógica geral do sistema – da fábrica à rainha do lar, assim, os papéis femininos são estabelecidos por um conjunto de representações sociais que se articulam ao sistema moral, científico e biológico e o naturalizam. Desta forma, a representação masculina está associada ao conservadorismo do sistema que lhe sustentava. (CARVALHO, 2010, p. 29).

A chegada da família real ao Brasil em 1808, tendo em vista a ocupação das terras portuguesas pelas tropas napoleônicas, representou mudança na sociedade brasileira. O Brasil, até então colônia, passa a ser designado de Reino Unido a Portugal e Algarves, tornando-se verdadeira "Metrópole". Holanda (2004) conclui que os portugueses, pela localização de Portugal, aqui chegaram e se instalaram, com facilidade ímpar, habituando-se ao ambiente e impondo sua cultura aos nativos.

Após a independência do Brasil em 1822 e a outorgada da Constituição monárquica de 1824, provocada pelo retorno do Rei Dom João VI a Lisboa em abril de 1821 e a intensificação dos movimentos liberais pela independência, o Brasil ganha nova feição econômica e social. (HOLANDA, 2004).

A economia basicamente agrária e escravocrata sustentava uma sociedade rural, oligárquica, patriarcalista e politicamente dominada pelos senhores feudais que se expandia em torno dos engenhos[6] e da religiosidade.

Conforme Holanda (2004), a circunstância de não se achar a Europa totalmente industrializada, fez com que prosperasse no Brasil a lavoura nos latifúndios. A Europa carecia de produtos naturais dos climas quentes, o que tornou possível a monocultura e fomentou a expansão do sistema agrário.

---

[6] "Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica. O engenho constituía um organismo completo e que, tanto quanto possível, se bastava a si mesmo. Tinha capela onde se rezavam as missas. Tinha escola de primeiras letras, onde o padre mestre desnanava meninos. A alimentação diária dos moradores, e aquela com que se recebiam os hóspedes, frequentemente agasalhados, procedia das plantações, das criações, da caça, da pesca proporcionadas no próprio lugar. Também no lugar montavam-se as serrarias, de onde saíam acabados o mobiliário, os apetrechos do engenho, além da madeira para as casas: a obra dessas serrarias chamou a atenção do viajante Tollenare, pela sua execução perfeita". Hoje mesmo, em certas regiões, particularmente no Nordeste, apontam-se, segundo o sr. Gilberto Freyre, as "cômodas, bancos, armários, que são obra de engenho, revelando-o no não sei quê de rústico de sua consistência e no seu ar distintamente heráldico." (HOLANDA, 2004, p. 80).

Durante o Brasil-Colônia de 1500-1889 (antes do advento da constituição republicana de 1891), prevaleceu o modelo patriarcal herdado da civilização romana, baseado num modelo patriarcal[7]. Nessa época, o direito de família era denominado religioso ou canônico, sendo reservado ao controle da Igreja Católica.

Em 1888 foi assinada a Lei Áurea, em 1889 proclamada a República e em 1891 promulgada a primeira Constituição Republicana brasileira, com características de Estado laico, adotando o federalismo como forma de Estado e o presidencialismo como sistema de governo.

Nessa fase iniciou-se movimento de despatriarcalização da família, mas ainda tímido, desprovido de fundamentação efetivamente concreta.

A revolução industrial, os movimentos sociais, a intervenção do Estado na ordem social e econômica, ampliando o conceito de ordem pública e poder de polícia efetivados no paradigma de Estado social, concorreram para o surgimento dos direitos sociais cunhado de direito de segunda dimensão e, para além da ideia de sistematização do direito, o paradigma social traz a prevalência do Poder Executivo.

Segundo Di Pietro (2002, p. 20-21)

> O modelo de Estado social consolida-se após a 2ª Guerra Mundial e tem como missão fundamental a busca da igualdade entre os homens que não mais se pressupõe, intervindo o Estado na ordem econômica e social. Uma das principais características desse modelo de Estado é a socialização que designa uma preocupação com a busca do bem comum.

O princípio da igualdade material assume papel central. O direito, sob essa ótica, encontra legitimidade na ideia de soberania popular, ou seja, nos direitos objetivos, afastados da ideia de moral ou subjetividade.

Na primeira metade do século XX, verificou-se o apogeu do Estado social, que passa a intervir mais nas relações sociais, políticas e econômicas, a família sofre suas verdadeiras mudanças, como a inserção da mulher no mercado de trabalho, criando sua independência

---

[7] As sociedades patriarcais são aquelas dominadas pelos homens. Segundo Engels (2008), três são as formas de casamento que correspondem aos estágios de evolução humana: o casamento por grupos, sindiásmico e monogâmico. O primeiro ocorria entre os selvagens, o segundo entre os povos bárbaros e o último na civilização moderna. No período pré-histórico revestiu-se a filiação e o direito hereditário feminino, estabelecendo-se a filiação e o direito hereditário masculino. Segundo o autor: "[...] A reversão do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino. O homem passou a governar também a casa, a mulher foi degradada, escravizada, tornou-se escrava do prazer do homem, e um simples instrumento de reprodução. Essa condição humilhante para a mulher, tal qual como aparece, notadamente entre os Gregos dos tempos heroicos, e mais ainda dos tempos clássicos, foi gradualmente camuflada e dissimulada, e, também, em certos lugares, revestida de formas mais amenas, mas não absolutamente suprimida. (ENGELS, F. A origem da família, da sociedade e do Estado, p. 39-41). (MARX, p. 15).

econômica e profissional, o processo de urbanização e industrialização crescentes, transformando o perfil da célula familiar, o processo de industrialização, a independência das crianças e adolescentes, diminuindo a coesão familiar e, por fim, o surgimento dos métodos contraceptivos, a evolução da biomedicina e bioética, propiciando evolução dos meios de utilização de técnicas de reprodução humana assistida.

O Código Civil de 1916, hermético, fechado, avesso às mudanças sociais então iminentes, mantinha o matiz no Código liberal burguês de Napoleão de 1804, estabelecendo o princípio da família matrimonializada, inadmitindo a dissolubilidade do casamento, a imutabilidade do regime de bens, sem reconhecer a união estável entre homens e mulheres, apesar de inúmeras pessoas optarem por essa forma de arranjo familiar, e os filhos havidos fora do casamento, denominados ilegítimos ou espúrios.

A mulher, por ser considerada relativamente incapaz até o início da segunda metade do século XX submetia-se ao pátrio poder, um poder machista em que o homem era o centro da família.

Nessa esteira, a mulher luta pela conquista de seus direitos no Brasil e no mundo, conquistando de forma paulatina o direito de voto[8], o direito à igualdade formal[9] e o direito à sua liberdade.

A partir da década de 1960, os movimentos feministas[10] se intensificaram, inaugurando processo de inegável transformação das instituições sociais pátrias.

Ressaltam-se as palavras do Ministro Celso de Mello, no voto proferido na ADPF, n. 54:

> [...] notadamente a partir da década de 1960, verificou-se um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da mulher, registrando-se, no contexto desse processo histórico, uma sensível evolução na abordagem das

---

[8] O direito de voto das mulheres no Brasil só ocorreu por meio do Código Eleitoral aprovado pelo Decreto n. 21.076/32, mais tarde introduzido na Constituição social de 1934. Insta destacar que alguns países só vieram a reconhecer o direito de voto das mulheres no século XXI. O primeiro país a reconhecer o direito de voto para as mulheres foi a Suécia, em 1863, seguida pela Nova Zelândia, em 1893.

[9] Conforme Cruz (2005), além do Código Civil de 1916, que considerava a mulher relativamente incapaz, outras importantes leis como a Consolidação das leis trabalhistas, traziam a discriminação em seu texto, possibilitando ao homem opor-se à relação empregatícia da mulher, conforme artigo 446. Neste sentido, destaca: "A incapacidade relativa da mulher casada e a possibilidade de o marido opor-se ao prosseguimento de sua relação empregatícia, tal como prescrevia o art. 446 da Consolidação das Leis Trabalhistas, só veio cessar pela Lei n. 4.121/62. Mas a subordinação da mulher à vontade do marido só viria a se encerrar, definitivamente, pelo advento da Carta de 1988." (CRUZ, 2005, p. 61).

[10] Os movimentos feministas existem desde o século XIX e buscam construir condições de igualdade entre os gêneros, objetivando o acesso a direitos iguais entre homens e mulheres. No século XX destacam-se Simone de Beauvoir, autora da obra "O segundo sexo" e Simone Weil. Suas obras marcaram o período entre as duas guerras mundiais.

> questões de gênero, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a superação de velhos preconceitos culturais e sociais que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência de natureza ideológica, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente, que lhe negava a possibilidade de protagonizar, como ator relevante, e fora do espaço doméstico, os papéis que, até então, lhe haviam sido recusados. (fls. 7).

Em 27 de agosto de 1962, a Lei n. 4.121, denominada Estatuto da Mulher Casada, eliminou a condição da mulher de pessoa relativamente incapaz, inaugurando a era da igualdade entre homens e mulheres que veio a se consolidar com o advento da Constituição da República de 1988 (CR/88). Leis esparsas surgiram ao longo da segunda metade do século XX, como a Lei do Divórcio, Lei n. 6.515, de 1977, que eliminou o princípio da indissolubilidade do casamento, contendo regras e princípios sobre a separação e o divórcio.

O modelo estatal social[11] não foi capaz de manter a estrutura estatal prestacional que lhe sustentava. O intervencionismo e a burocratização exacerbada impunham ao Estado recursos que, escassos, em meio ao contexto social, fizeram nascer outro modelo de Estado, pluralista, democrático e que consagrou o princípio da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Diversos Estados soberanos, nos meados do século XX chegaram a um estágio intervencionista denominado Estado empresário e empregador, em virtude da expansão de órgãos públicos e criação de empresas estatais. Pois, além de intervenção na economia, o Estado atuava na prestação de serviços público e ainda concorria com a iniciativa privada. Essa política de expansão de gastos com a manutenção da máquina, se agravou com os embargos dos países membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo e Golfo Pérsico de distribuição do petróleo para os Estados Unidos da América e Europa. Essa conduta da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) desencadeou profunda crise mundial.

Os fatos narrados, levaram o Estado social a entrar em processo de decadência no final da década de 1960 e início da década de 1970 do século XX, propiciando o surgimento do Estado democrático de direito. No Brasil, consolidado com a CR/88. Trata-se de Constituição aberta, plural, garantidora de direitos fundamentais sociais e democráticos, dentre os quais a garantia do exercício da cidadania, da participação e da dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar que no âmbito do direito de família, a CR/88 representou verdadeira

[11] As Constituições de 1934, 1937 e 1946 são consideradas sociais. Sendo a de 1937 social e ao mesmo tempo autocrática.

virada de Copérnico, pois encampou princípios norteadores que modificaram toda estrutura das entidades familiares, ocasionando, por consequência, modificação na proteção da mulher.

Com esse novo paradigma de Estado, surgem os direitos de terceira dimensão, embasados no princípio da solidariedade, denominados direitos difusos. Tais direitos transcendem os direitos individuais e sociais e protegem pessoas ligadas por situações fáticas e indivisíveis, como o direito ambiental, o direito dos idosos, o direito do consumidor e da criança e adolescentes. Atualmente, fala-se em direitos de quarta e até de quinta dimensão, encontrando-se aí os direitos reprodutivos e sexuais da mulher e o direito ao conhecimento à origem genética.

Princípios como da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade não apenas formal, mas material e da liberdade, ganham novos contornos numa sociedade pautada na concretização da democracia, na efetivação do direito não só das maiorias, mas das minorias, consolidando verdadeira sociedade plural.

A CR/88 contempla um dos capítulos sobre direito de família que pode ser considerado um dos mais avançados em relação ao direito de família no cenário mundial, reconhecendo a família baseada na afetividade e extirpando o modelo patriarcal que permeou durante séculos a sociedade moderna. Ao reconhecer a união estável, a família monoparental, a igualdade entre os cônjuges, ao instituir o divórcio e o planejamento família por meio do princípio da paternidade responsável, além de coibir a violência doméstica e assegurar a proteção do Estado às crianças, adolescentes e idosos, a CR/88 delineou horizonte para a instituição, família brasileira.

Inúmeras leis regulamentadoras do texto constitucional e decisões judiciais seguiram o paradigma, consolidando o novo papel da mulher na sociedade.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, concretizou os princípios informadores da nova concepção de família, calcada nos princípios democráticos e sócio afetivos e não mais nos princípios da hierarquia e autocracia. A Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de1994 e a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996 regulamentaram a união estável, de forma concomitante, até o advento do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002). Em 1996, publicou-se a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, Lei de Investigação de Paternidade.

Enfim, em janeiro de 2002, o Código Civil, repetindo os dispositivos constitucionais, entra em vigor, revogando de forma integral o Código obsoleto de 1916.

A Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, alterou o art. 226, §6º, da CR/88, possibilitando o divórcio independente da prévia separação de fato ou judicial, reforçando o princípio da liberdade.

No âmbito do Poder Judiciário, selecionam-se algumas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, como a decisão que reconheceu a união entre homens e mulheres uma forma de entidade familiar, análoga à união estável.

Segundo relatório anual 2015-2016 da Anistia Internacional:

> Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (LGBTI) continuaram a enfrentar discriminação e violência. Intensificou-se a oposição da sociedade civil às novas leis e emendas constitucionais que ameaçavam retroceder direitos sexuais e reprodutivos, bem como direitos das mulheres e das crianças; jovens e mulheres tomaram a frente dessas mobilizações. O Brasil não se candidatou à reeleição para um assento no Conselho de Direitos Humanos da ONU. (LOPES, 2017).

O tema do abortamento continua em voga, uma vez que o Código Penal criminaliza o procedimento nos art. 124, 126 e 128, inciso I e II, demonstrando incongruência com a realidade, principalmente, tendo em vista os avanços conquistados pelas mulheres ao longo do século XX.

Durante o século XX, o Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916, viveu sob o manto do machismo[12] e patriarcalismo. O Código Penal de 1940 referendou tais características e legislou sobre o aborto desconsiderando qualquer tipo de evolução pela qual passava a sociedade, como noticiado antes[13].

---

[12] A cultura do machismo, conforme assevera Bourdieu: "[...] se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou no interior desta, entre a parte masculina como o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo da vida, com momentos de ruptura masculinos, e longos períodos de gestação, femininos." (BOURDIEU, 2013, p. 18).

[13] "[...] a revisão da legislação sobre aborto, elaborada sem qualquer atenção em relação aos direitos humanos básicos da mulher, muito mais do que uma mera opção política do legislador, torna-se um verdadeiro imperativo constitucional. E o debate jurisdicional sobre a validade destas normas já se iniciou, através da corajosa iniciativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, que propôs perante o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2004, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, sob o patrocínio do jurista e advogado Luís Roberto Barroso, questionando a constitucionalidade da incidência do Código Penal, na hipótese de interrupção de feto anencéfalo." (SARMENTO, 2013, p. 5).

Ao longo do mesmo século, no entanto, intensificaram-se os movimentos feministas que levantavam a bandeira da liberalização do aborto, refletindo-se na legislação de vários países ocidentais[14].

O feminismo é um movimento plural, ideológico, político, cultural, com posições convergentes e divergentes que muito contribuiu para e emancipação das mulheres e sua inclusão social nos espaços públicos no século XX. Parte da análise histórica e social do patriarcalismo que subjuga as mulheres fomentando a separação entre espaço público e privado. O direito ao voto, à liberdade, à autonomia, os direitos sexuais e reprodutivos foram, sem dúvida, conquistas dos movimentos feministas que incluem a luta de classes, os movimentos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT) e os movimentos raciais.

Importante salientar que o conceito de cidadania para o feminismo tem como princípio basilar a própria educação.[15]

> Para as feministas, as relações patriarcais representam o oposto das relações democráticas. O movimento feminista, ao discutir tais relações, quer mostrar que a democracia só existe se ela for para todos e incluir, de fato, todas as mulheres, tendo presente a sua diversidade, os seus papéis e as suas circunstâncias. As feministas enfatizam que a paz e o desenvolvimento sustentável devem incluir mulheres e homens numa base de igualdade dos direitos civis, de equidade na divisão do poder e das responsabilidades, e de respeito mútuo pelas diferenças. A educação de destaca como um meio que contribui para equalizar as diferenças, promovendo mobilidade social e melhor condição de vida para as mulheres e, consequentemente, para sua família e comunidade. Isso será possível se as propostas políticas tiverem como meta uma cidadania que reconheça a sincronia e não-sincronia das inúmeras relações que compõem o tecido social, dentre as quais destacam-se as relações de gênero, de raça e de classe social. A luta pela eliminação das discriminações de gênero e de raça é um projeto educativo a ser instituído por todos aqueles que se preocupam com a democracia e a cidadania. (CARVALHO, 2005, p. 225).

Assim, os movimentos feministas contribuíram para que a questão do aborto fosse revisitada em vários países que mantinham legislação que criminalizava o procedimento.

---

[14] Segundo Daniel Sarmento (2013), "Em sintonia com os novos valores sociais e revelando uma crescente sensibilidade diante dos direitos fundamentais das mulheres, legisladores ou Tribunais Constitucionais de incontáveis países como os Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Espanha, Canadá, dentre tantos outros, promoveram significativas modificações em suas ordens jurídicas, legalizando a interrupção voluntária da gravidez, desde que realizada dentro de determinados prazos ou sob determinadas indicações. Neste contexto, a legislação brasileira caracteriza-se hoje como uma das mais severas, rigorosas e anacrônicas de todo o mundo." (SARMENTO, 2013, p. 5-6).

[15] "A educação é um meio-fim necessário para equalizar as condições de vida e as relações entre homens e mulheres. Por si só a escolarização não oferece garantia de uma vida melhor, todavia é condição necessária para a mobilidade social e um espaço importante de aprendizagem da convivência democrática entre os gêneros, raças e classes sociais". (CARVALHO, M. J. S. Qual cidadania desejamos. In: TIBURI, Márcia; MENEZES, Magali; EGGERT, Elda. *As mulheres e a filosofia*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 224.

Os debates que merecem maior destaque ocorreram-se nos Estados Unidos e na Alemanha.

Nos Estados Unidos o caso Roe vs. Wade, julgado em 1973, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que considerava crime a prática do aborto, exceto para resguardar a vida da gestante. A Suprema Corte norte-americana, por sete votos a dois, parametrizou os limites que os estados deveriam seguir ao legislarem sobre o aborto, definindo que nos primeiros três meses de gestação caberiam à gestante decidir livremente, aconselhada por seu médico, sobre a realização ou não do procedimento. Só a partir do terceiro trimestre é que poderiam os estados proibir a realização do procedimento. (SARMENTO, 2013).

Na Alemanha Ocidental, uma famosa decisão conhecida como caso Aborto I, julgada pelo Tribunal Constitucional Federal em 1975, em desfavor de uma lei editada em 1974 descriminalizando o aborto, propugnou que o direito à vida se inicia no décimo quarto dia de gestação, momento aproximado em que se dá a iniciação do óvulo no útero da mulher, reconhecendo o direito à vida e à dignidade do ente intrauterino. (SARMENTO, 2013).

Após a unificação da Alemanha, com vistas a conciliar o tratamento do tema dado na Alemanha Oriental que permitia o procedimento no primeiro trimestre de gestação e na Alemanha Ocidental, foi editada outra lei em 1992, permitindo o aborto nos três primeiros meses de gravidez, desde que a gestante fosse submetida a um serviço de aconselhamento que tentaria dissuadi-la a não realizar o procedimento. No caso Aborto II, contestou-se a legislação mais uma vez, decidindo a Corte, em 1993, que a legalização do aborto era inconstitucional, exceto em casos especiais, devendo o tema ser protegido não pelo Direito Penal, mas no âmbito assistencialista e administrativo. (SARMENTO, 2013).

Em 1995 uma nova lei foi editada, descriminalizando as interrupções de gravidez ocorridas nas primeiras 12 semanas de gestação e desde que a gestante passasse por um serviço de aconselhamento. (SARMENTO, 2013).

Outros países como Espanha, França, Portugal e Canadá já possuem legislação mais avançada sobre o tema.

Entre os países latino-americanos, no entanto, o Brasil continua a manter legislação conservadora sobre a matéria em foco.

Normas ultrapassadas elaboradas por um legislativo basicamente composto por homens denotam uma realidade androcêntrica, avessa aos interesses femininos em visível discrepância com o valor da igualdade[16].

Nesse contexto, vale ressaltar que os direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos humanos, nascem no cenário internacional, incorporando-se às legislações modernas, em progressiva luta emancipatória feminina ao entorno do mundo.

Em 1994 a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo reconheceu de forma inédita os direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos humanos[17]. Posteriormente, em 1995, duas importantes conferências internacionais, a de Copenhague (Cúpula Mundial do Desenvolvimento Mundial) e Beijing (IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz), endossaram o reconhecimento de tais direitos. (PIOVESAN, 2013).

O princípio 4 (quatro) da Conferência do Cairo de 1994, assim enuncia:

> Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional i internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.

E ainda,

> Os Comitês da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), em 2003, recomendaram ao Estado brasileiro a adoção de medidas que garantam o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Ambos enfatizaram ao Estado Brasileiro a necessidade de revisão da legislação punitiva com relação ao aborto, a fim de que o mesmo seja enfrentado como um grave problema de saúde pública. (PIOVESAN, 2013, p. 62).

---

[16] Durante o julgamento do caso Grigggs vc. Duke Power, ocorrido em 1971 nos Estados Unidos, formulou-se a doutrina do impacto desproporcional (disparageimpact), de grande importância para as questões de gênero. Também conhecida na Europa como teoria da discriminação indireta, tal doutrina gera a invalidade das normas que, apesar de regulares na sua aparência, tornam-se inválidas ao gerar ônus desproporcional para grupos vulneráveis. (SARMENTO, 2013).

[17] De acordo com Flávia Piovesan (2013), "Se, historicamente, o enfoque a reprodução tem-se centrado no controle da sexualidade das mulheres em idade reprodutiva, a Conferência do Cairo traduziu um novo paradigma fundado no reconhecimento da liberdade de autodeterminação para um planejamento democrático". (PIOVESAN, 2013, p. 60).

Em 2005, o Comitê de Direitos Humanos da ONU condenou o Estado do Peru a indenizar uma mulher por falta de acesso a um aborto seguro, na hipótese de má formação fetal.[18]

Assim, torna-se imperioso no Brasil, revisão de sua legislação infraconstitucional. Tal qual como está descrito hoje no Código Penal de 1940, a criminalização do aborto afronta no plano jurídico a comunidade internacional e o direito à igualdade, além dos movimentos feministas que continuam na busca da prevalência de direitos das mulheres no contexto assimétrico da sociedade brasileira.[19]

3 O tratamento dado ao aborto no Brasil e em países da América Latina, Estados Unidos e Alemanha em face do Pacto de San Jose da Costa Rica

O Brasil, assim como outros países latino-americanos, criminaliza o aborto. O Código Penal brasileiro, como visto, admite a realização do procedimento abortivo somente nos casos de risco de vida para a gestante ou nos casos de gravidez decorrente de estupro, conforme art. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código.

Entretanto, em 17 de junho de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade sindical devidamente representada pelo então advogado Luiz Roberto Barroso, com fundamento nos art. 102, §1º, da CR/88, art. 1º e 3º da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, interpôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. O pedido fundamentou-se na declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos penais, art. 124 a 128 do Código Penal que conferem interpretação impeditiva à realização da interrupção terapêutica da gravidez no caso de anencefalia[20]. O pedido consubstanciou-se na interpretação conforme a

---

[18] Sobre o tema, ver o caso Karen Huamán versus Peru, decidido pelo Comitê de Direitos Humanos em 17 de novembro de 2005.

[19] Sobre a desigualdade no Brasil, assevera Sarmento (2013): "A desigualdade é "naturalizada", e, com isso, perdemos a capacidade para percebê-la como tal e, mais ainda, para combate-la. Portanto, para lutar contra a desigualdade e promover a inclusão, torna-se necessário aguçar o espírito crítico e levantar o manto diáfano das formas e aparências, que desvelará, muitas vezes, o preconceito e a dominação, na sua crua nudez". (SARMENTO, 2013, p. 46).

[20] Conforme a exordial: "A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em

Constituição dos preceitos penais com efeito vinculante e eficácia erga omnes, reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado sem necessidade de autorização judicial. Os preceitos fundamentas vulnerados apontados na ação forma os art. 1º, inciso IV (dignidade), 5º, inciso II (legalidade, liberdade, autonomia), 6º, *caput* e196, (saúde), todos da CR/88.

Barroso deixou claro na petição inicial que a questão que se submetia ao Supremo Tribunal Federal não era discussão sobre o direito positivado em matéria de aborto, mas a antecipação terapêutica de fetos anencefálicos e necessidade de pronunciamento do STF sobre a matéria.

> Nada obstante, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se indispensável na matéria, que tem profundo alcance humanitário, para libertá-las de visões idiossincráticas, causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais da saúde. (BRASIL, 2012, p. 4).

O Ministro relator Marco Aurélio recebeu a petição inicial e indeferiu a participação de *amicus curiae*, com base no art. 6º, §1ºda Lei n. 9.882/1999 (ADPF), pleiteada pela CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil), mas, deferiu a liminar, invocando o Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ e determinou o sobrestamento de todos os processos e decisões que aplicassem o Código Penal no caso, autorizando às gestantes a realização do procedimento, após diagnóstico médico.

Realizadas audiências públicas nos dias 26 e 28 de agosto de 2008 e 4 e 16 de setembro do mesmo ano, várias entidades religiosas, sociológicas, além do Conselho Federal de Medicina elucidaram argumentos favoráveis, desfavoráveis, dados concretos e opiniões sobre o procedimento.

Dentre os argumentos favoráveis a ação, destaca-se a elucidação pelo Conselho Federal de Medicinada judicialização da saúde no Brasil, além dos diagnósticos reais apresentados por mulheres gestantes de fetos anencefálicos que apresentam inúmeros problemas de saúde como hipertensão e diabetes, variações do líquido amniótico, aumento de complicações no parto e pós-parto, com consequências psicológicas severas, sendo oito vezes maior o risco de depressão.

Ademais, a ultrassonografia realizada pelo SUS é 100% segura, conforme dados apresentados.

100% dos casos. E ainda que haja sobrevida por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorre dentro do útero), a morte é certa, e o quadro irreversível). (BRASIL, 2012, p. 4-5).

No entanto, merecem, do mesmo modo, destaque, os argumentos contrários apresentados nas audiências. O então Deputado Federal Luiz Bassuma elucidou o direito inviolável à vida como direito inviolável, ressaltando que o Brasil referendou a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, alcançando a situação dos anencéfalos, impondo à República Federativa do Brasil o dever de assegurar igualdade de oportunidades aos deficientes. E ainda, argumentou o então deputado que os anencéfalos têm substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindicaria a interrupção possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplantes.

Em 27 de abril de 2005, o Plenário do STF realizou audiência e admitiu a ADPF n. 54, mantendo o sobrestamento dos processos em curso, mas revogou a decisão que concedia à gestante o direito de interrupção[21].

Ressalte-se que não foi a primeira vez que o STF enfrentou o problema sobre o início e o fim da vida, além do Habeas Corpus acima mencionado.

Em 30 de maio de 2005, o então Procurador Geral da República protocolizou petição questionando a constitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05) que permite a utilização de embriões excedentários[22], na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/2005.

A ADI n. 3510 foi julgada em maio de 2008 e a maioria dos ministros entendeu pela improcedência do pedido.

Apesar disso, dentre os argumentos referendados pelos ministros que votaram pela procedência do pedido, destaca-se a ideia de que a vida começa com a concepção, ou seja, foi utilizada a tese concepcionista, impedindo a possibilidade de descartar embriões excedentários, reconhecidos como seres vivos.

Na ADI 3510 enfatizou-se a necessidade de melhor debate sobre o início e fim da vida humana[23].

O Supremo Tribunal Federal, no dia 12 de abril de 2012, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, declarando a

---

[21] Na decisão que manteve parcialmente a liminar deferida foram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Celso de Mello, e Sepúlveda Pertence.

[22] Trata-se de embriões obtidos mediante inseminação artificial homóloga, por meio da técnica FIV (fertilização in vitro), para pesquisas e terapias com células-tronco.

[23] Existe projeto de lei, projeto número n. 1.184/2003 que versa sobre reprodução humana assistida e não permite que sejam feitos embriões humanos em número superior a dois. *Atualmente,* após três anos de criopreservação e desde que haja consentimento dos genitores é permitido a realização de pesquisas, conforme art. 5 da Lei de Biossegurança e decisão do STF.

inconstitucionalidade da interpretação dos art. 124 a 128, incisos I e II do Código Penal que inclui a prática da interrupção de feto anencefálico. Os ministros Marco Aurélio, relator, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Celso de Mello votaram a favor, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso. Impedido o senhor Ministro Dias Toffoli.

Dentre as principais argumentações favoráveis à procedência do pedido e que merecem guarida, pela contribuição dada à evolução dos movimentos feministas e à conquista de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil salienta-se a laicidade[24] do Estado e o direito à saúde, dignidade, liberdade, autonomia e privacidade da mulher.

Além disso, a ponderação de valores entre a liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencefálico[25] e os diferentes graus de tutela penal da vida humana ao sancionar de forma diferenciada o aborto, o infanticídio e o homicídio, o que denota gradação abrandando as penas.

Os movimentos feministas[26], o postulado da dignidade da pessoa humana e a proteção das minorias também foram importantes argumentos utilizados pelos Ministros.

Recentemente, nova decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferida em 29 de novembro de 2016, entendeu que criminalizar o aborto até o terceiro mês de gravidez fere os direitos fundamentais da mulher. Tal posição, proferida pelo atual Ministro Luiz Roberto Barroso, à época, responsável pela postulação da ADPF n. 54 foi acompanhado pelos ministros Rosa Weber e Edson Fachin.[27]

Transcreve-se a ementa do voto vista do Ministro Luiz Roberto Barroso, pela sua importância e porque traduz o que se discutiu no presente artigo sobre a problemática do aborto na atualidade.

---

[24] O primeiro argumento utilizado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto foi a laicidade do Estado que teve início com a promulgação da Constituição republicana de 1891 e consolidou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao dispor nos artigos art. 5, VI a liberdade religiosa e no artigo 19, inciso I o caráter laico do Estado.

A laicidade do Estado impõe-lhe a impossibilidade de intervir em assuntos religiosos, assim como os dogmas de fé não podem influenciar nos atos estatais, nas decisões sobre direitos fundamentais.

[25] A Ministra Rosa Weber, ao utilizar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade, destacou em seu voto que: Seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio da análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, e forte ainda nos direitos reprodutivos da mulher, todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, fls.48).

[26] O Ministro Celso de Mello proferiu seu voto com base nos movimentos feministas e no postulado da dignidade da pessoa humana utilizando as várias teses que não definem o início da vida humana e que a inércia legislativa não pode submeter interesses de grupos minoritários aos interesses da maioria.

[27] Trata-se de pedido de Habeas Corpus n. 124.306 de cinco profissionais da saúde presos em flagrante ao realizarem o procedimento em uma clínica de Duque de Caixas, no Rio de Janeiro.

> Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA.AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NOCASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.
>
> 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.
>
> 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.
>
> 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.
>
> 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.
>
> 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.
>
> 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.
>
> 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus (BRASIL, 2016).

Observa-se que, diferentemente da ADPF n. 54, o STF utilizou o termo aborto e não interrupção terapêutica da gravidez e estendeu a possibilidade da realização do procedimento, a fim de proteger os direitos fundamentais à liberdade, integridade e igualdade da mulher, a todos os casos, até o terceiro mês de gestação, não se restringindo às hipóteses de fetos anencefálicos.

A decisão problematizou a questão da desigualdade de gênero de forma expressa e, pautando-se em outros países democráticos, como Estados Unidos e Alemanha, concluindo que a realização do procedimento, nos três primeiros meses de gestação, não configura crime, prevalecendo os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia e integridade física e psíquica.

O Uruguai foi o segundo país latino-americano a legalizar o aborto, depois de Cuba[28]. Até 2012, cerca de dez projetos de lei propugnaram pela legalização e fracassaram[29]. Em 2012 o então presidente do Uruguai, Pepe Mujica, aprovou o projeto de lei que permite a realização do aborto até a décima segunda semana de gestação sem necessidade de motivação específica[30].

O Pacto de San Jose da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, elaborado em 1969 foi incorporado ao Brasil em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto n. 678 e tem força de norma supralegal.

Em seu art. 4[31], o Pacto prevê de forma expressa a proteção do direito à vida desde a concepção, e tem sido utilizado como argumento pelos movimentos contra o aborto para refutar qualquer tentativa de modificação da legislação penal existente, sobre a matéria.

Todos os países latino-americanos signatários do Pacto em foco criminalizam o aborto realizado pela gestante. O Chile, inclusive, diferentemente dos demais países da América Latina[32], não dispõe sobre nenhuma causa excludente de ilicitude.

---

28 Após a revolução cubana, em 1959, o aborto é permitido até as dez primeiras semanas de gravidez, em qualquer circunstância.

29 O último projeto apresentado em 2008, foi vetado pelo então presidente Tabacaré Vázquez.

30 Além disso, até a décima quarta semana é possível a realização do procedimento no caso de estupro e, a qualquer momento no caso de má formação do feto ou no caso de risco de vida para a mulher. A mulher acompanhada por uma equipe multiprofissional de ginecologistas, psicólogos e assistente social, prevê o prazo de cinco dias para que a mulher tome a decisão. Sem dúvida, o Uruguai é o país latino americano que mais progrediu no intuito de proteger os direitos da mulher.

31 Artigo 4. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

32 No Chile, o aborto é punido em qualquer circunstância. Os demais países possuem na legislação infraconstitucional causas que excluem a ilicitude, sendo o risco de morte para a mulher fator encontrado em todos eles: Argentina, Bolívia, Colômbia, Paraguai, Peru e Venezuela.

O Pacto, entretanto, na sua tutela de direitos fundamentais, protege, ao lado do direito à vida, o direito à igualdade.[33]

Nesse sentido, a brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil) enviaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA)[34], em 1998, o caso da dupla tentativa de homicídio realizada por seu então marido, Marco Antonio Heredia Viveiros, colombiano, naturalizado brasileiro.

O agressor, mesmo após duas condenações pelo Tribunal do Júri do Ceará (1991 e 1996), permanecia em liberdade, razão pela qual em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado brasileiro por omissão, negligência e tolerância.

A CIDH considerou que esse caso configurava hipótese de violência doméstica e de tolerância pelo Estado definidas na Convenção de Belém do Pará, e, por esse motivo, responsabilizou o Estado brasileiro, impondo-lhe, além das medidas adequadas e próprias contra o agressor, a adoção de políticas públicas voltadas para prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher no Brasil[35].

4 Conclusão

O tema aborto é de extrema polêmica nos países latino americanos, principalmente, em face do Pacto de San Jose da Costa Rica que prevê no art. 4 a proteção da vida desde sua concepção. Se, de um lado, encontram-se os direitos do nascituro, ente personalizado, protegido pela legislação civil infraconstitucional brasileira de forma ampla, noutro giro, encontram-se os direitos da mulher, histórica e socialmente inferiorizada numa sociedade que se construiu no contexto patriarcalista de subjugação feminina, sendo certo que os homens não podem engravidar jamais e dominam as estruturas de poder há séculos.

---

[33] Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

[34] Artigo 33. São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

[35] O caso foi relatado pela própria Maria da Penha em 1994, no relatório n. 54 de 2001. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf>.

Sem dúvida, muito já se avançou, no campo dos direitos da mulher, mas muitas conquistas ainda são necessárias para se atingir a plena dignidade feminina, garantida pela Constituição da República. O Congresso Nacional é formado por homens, em sua maioria. Além de homens, existem segmentos religiosos dotados de forte viés contra o aborto, como a bancada dos evangélicos no Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, ante a omissão do Legislativo e do Executivo vem judicializando os direitos fundamentais garantidos pela Constituição, entre eles os direitos da mulher, principalmente em relação ao aborto conforme se demonstrou neste artigo.

Entre os países latino-americanos, o Uruguai é o único, cuja legislação descriminalizou a realização do procedimento abortivo de forma mais ampla, além dos Estados Unidos e a Alemanha.

Apesar do Pacto de San Jose da Costa Rica proteger a teoria concepcionista no art. 4, conforme esposado, os órgãos de controle de sua observância, já chancelaram o direito à igualdade material da mulher no Brasil ao responsabilizar o Estado brasileiro no caso Maria da Penha, noticiado acima.

Os temas abordados neste trabalho concentram-se em dois direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República, são eles direitos da mulher, inclusive de dispor do seu corpo segundo o seu livre arbítrio e o direito à vida. Esses dois direitos, em certa medida, são conflitantes. No caso do aborto, o conflito é patente. De um lado a gestante quer desfazer-se do feto pelo procedimento abortivo. Do outro, o feto inconscientemente, quer nascer e viver, é a lei da natureza que se aplica em todas as espécies de seres vivos. Por isso, parece que as decisões do Supremo Tribunal Federal, trazidas à tona são conciliatórias dos dois direitos. Ambos se sacrificam em parte em observância ao direito da mulher, com restrições ao sacrifício do feto.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Constituição e Processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Coord. Geral Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado. Dimensões Paradoxais da Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11 ed. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: agosto 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, Voto-Vista. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/11/HC-Voto-Aborto-1-1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARVALHO, João Gilberto da Silva. Mirem-se no Exemplo Daquelas Mulheres... Chinesas! (Representações Sociais, Alteridade e Gênero). In: *5 Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero*: Redações, artigos científicos e projetos pedagógicos premiados. Brasília: Presidência da República, Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.

CARVALHO, Marie Jane. Qual Cidadania desejamos¿ In: EGGERT, Elda; MENEZES DE, Magali; TIBURI, Marcia (Orgs.). *As Mulheres e a Filosofia*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

CARVALHO, Milena. *Exclusão de gênero do Plano Nacional de Educação é retrocesso, diz educador*. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2015-12-26/exclusao-de-genero-do-plano-nacional-de-educacao-e-retrocesso-diz educador.html>. Acesso em: 31 jan. 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanálise, Sexo e Gênero: Algumas Reflexões. In: REND, Silvia Maria Favero; PEDRO, Joana Maria; RIAL, Carmen (Orgs.). *Diversidades*: Dimensões de gêneros e sexualidade. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRISE política continua no Brasil após impeachment. *Isto é*, ed. 2462, 17.fev. 2017. Disponível em: <http://istoe.com.br/crise-politica-continua-no-brasil-apos-impeachment/>. Acesso em: 31 jan. 2017.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica em debate*: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DEPUTADA lança "machistômetro" em MT. *Folha Max*, Notícias na imprensa, 16 fev. 2017. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/deputada-lanca-machistometro-em-mt-folha-max-16022017/>. Aceso em: 31 jan. 2017.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUSTIN, Mitacy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

LOPES, Mauro. Anistia Internacional lança relatório 2015/2016. *Jornalistas Livres*, 2017. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/2016/02/anistia-internacional-lanca-relatorio-20152016/>. Aceso em: 31 jan. 2017.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; LENIN, Vladmir. *Sobre a Mulher*. São Paulo: Global, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sexuais e Reprodutivos: Aborto Inseguro como violação aos Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos Limites da Vida*: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REDAÇÃO JOTA. *Leia a íntegra do voto de Barroso sobre aborto até 3º mês*. Brasília: 29 nov. 2016. Disponível em: <http://jota.info/docs/leia-integra-voto-de-barroso-sobre-aborto-ate-3o-mes-29112016>.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão*: Veredas. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos Limites da Vida*: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Débora Cardoso de. *Judicialização dos direitos sociais na teoria da ponderação e no senso de adequabilidade*. 2010. 241p. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC Minas, Belo Horizonte, 2010.

TELES, Maria Amélia de Almeida. Caminhos Transversais dos feminismos e dos movimentos sociais. In: REND, Silvia Maria Favero; PEDRO, Joana Maria; RIAL, Carmen (Orgs.). *Diversidades*: dimensões de gêneros e sexualidade. Ilha de Santa Catarina: Mulheres, 2010.

VIEIRA, Helena. *Tudo o que você sabe sobre gênero está errado*. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/05/tudo-o-que-voce-sabe-sobre-genero-esta-errado.html>. Aceso em: 31 jan. 2017.