

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O DIÁLOGO E OS FLUXOS DE INFLUÊNCIA NO DEBATE JURÍDICO SOBRE O
ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E EM
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

ANA CAROLINA DE PAULA ALVES

RIO DE JANEIRO

2020

ANA CAROLINA DE PAULA ALVES

**O DIÁLOGO E OS FLUXOS DE INFLUÊNCIA NO DEBATE JURÍDICO SOBRE O
ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E EM
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Siddharta Legale.

RIO DE JANEIRO

2020

CIP - Catalogação na Publicação

dA474d de Paula Alves, Ana Carolina
O DIÁLOGO E OS FLUXOS DE INFLUÊNCIA NO DEBATE
JURÍDICO SOBRE O ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS E EM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
/ Ana Carolina de Paula Alves. -- Rio de Janeiro,
2020.
122 f.

Orientador: Siddharta Legale.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Sistema Interamericano. 2. Aborto. 3. Brasil.
4. Bolívia. 5. Chile. I. Legale, Siddharta, orient.
II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ANA CAROLINA DE PAULA ALVES

**O DIÁLOGO E OS FLUXOS DE INFLUÊNCIA NO DEBATE JURÍDICO SOBRE O
ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E EM
TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Siddharta Legale.

Data da Aprovação: 09 / 11 / 2020.

Banca Examinadora:

Orientador Prof. Dr. Siddharta Legale

Membro da Banca: Raisa Ribeiro

Membro da Banca: Maria Carolina de Sá Ribeiro

Membro da Banca: Priscila Figueiredo Fonseca

RIO DE JANEIRO

2020

Mulher Proletária

Mulher proletária — única fábrica
que o operário tem, (fabrica filhos)

tu

na tua superprodução de máquina humana
forneces anjos para o Senhor Jesus,
forneces braços para o senhor burguês.

Mulher proletária,
o operário, teu proprietário
há de ver, há de ver:
a tua produção,
a tua superprodução,
ao contrário das máquinas burguesas
salvar o teu proprietário.

(JORGE DE LIMA)

RESUMO

O SIDH representa um esforço dos países signatários na proteção e promoção dos Direitos Humanos na região. Entretanto, a influência que seus instrumentos e órgãos exercem sobre os Estados e, conseqüentemente, sobre a população é variada e determinada pela soberania nacional. Essa relação é discutida por meio da análise da abordagem jurídica sobre o acesso ao aborto comparando casos concretos julgados pela Corte IDH e pelas Cortes Superiores de Brasil, Bolívia e Chile. As argumentações demonstram diferenças em relação a importância dada ao Direito Internacional, mas também ao Direito Comparado, demonstrando que ainda há forte influência das doutrinas europeias e norte-americanas na construção jurisprudencial latino-americana.

Palavras Chave: Aborto; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Brasil; Bolívia; Chile, Influências; Diálogo.

ABSTRACT

The IHRS represents an effort by the signatory countries to protect and promote human rights in the region. However, the influence that its instruments and organs have on States and, consequently, on the population is varied and determined by national sovereignty. This relationship is discussed through the analysis of the legal approach on access to abortion, comparing specific cases judged by the Inter-American Court of Human Rights and by the Superior Courts of Brazil, Bolivia and Chile. The arguments demonstrate differences in relation to the importance given to International Law, but also to Comparative Law, demonstrating that there is still a strong influence of European and North American doctrines in the construction of Latin American jurisprudence.

Key words: Abortion; Inter-American Human Rights System; Brazil; Bolivia; Chile, Influences.

RESUMEN

El SIDH representa un esfuerzo de los países signatarios para proteger y promover los derechos humanos en la región. Sin embargo, la influencia que sus instrumentos y órganos tienen en los Estados y, en consecuencia, en la población es variada y determinada por la soberanía nacional. Esta relación se discute a través del análisis del enfoque legal sobre el acceso al aborto, comparando casos específicos juzgados por la Corte IDH y por los Tribunales Superiores de Brasil, Bolivia y Chile. Los argumentos demuestran diferencias en relación con la importancia dada al derecho internacional, pero también al derecho comparado, lo que demuestra que todavía hay una fuerte influencia de las doctrinas europeas y norteamericanas en la construcción de la jurisprudencia latinoamericana.

Palabras clave: aborto; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Brasil; Bolivia Chile, Influencias; Dialogo

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF - Arguição de preceito fundamental

CID - Classificação Internacional de Doenças

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CPRC - Constitución Política de la República de Chile

EUA – Estados Unidos da América

FIV – Fertilização in vitro

HC – Habeas Corpus

LGBTQI+ – Lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e outros gênero e orientações sexuais.

MC – Medida cautelas

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS / WHO – Organização Mundial da Saúde / World Health Organization

ONU / UN – Organização das Nações Unidas / United Nations

SCP – Sentença Constitucional Plurinacional / Sentencia Constitucional Plurinacional

SIDH / ISHR – Sistema Interamericano de Direitos Humanos / Inter-American Human Rights System

STF – Supremo Tribunal Federal

TCC – Tribunal Constitucional do Chile

TCP – Tribunal Constitucional Plurinacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1: O DIREITO INTERNACIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS AO ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO .	12
1.1. Introdução histórica dos Direitos Humanos e o processo de regionalização	12
1.2. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	19
1.2.1. A Convenção Americana de Direitos Humanos	22
1.2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	23
1.2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos	25
CAPÍTULO 2: A TUTELA DOS DIREITOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	29
2.1. Aspectos gerais	29
2.2. O direito à vida	30
2.3. O direito à autodeterminação feminina	34
2.4. O direito à saúde	38
CAPÍTULO 3: O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O ABORTO	42
3.1. Aspectos gerais	42
3.2. Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (2012).....	44
3.3. Caso Sra. B vs. El Salvador (2013)	63
3.4. Caso Sra. I vs. Bolívia (2016).....	66
3.5. Considerações sobre os casos do SIDH e o direito ao aborto	74
CAPÍTULO 4: AS CORTES CONSTITUCIONAIS NACIONAIS E O ABORTO	76
4.1. Aspectos gerais	76
4.2. Brasil.....	76
4.3. Bolívia	85
4.4. Chile	96
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, por meio da análise de julgados, pretende entender a influência e o diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e as Cortes Nacionais de Estados signatários e, também, entre os próprios Tribunais Nacionais. A análise será focada, especialmente, nas teses jurídicas e nas referências ao Direito Comparado e ao Direito Internacional adotadas para embasar as decisões majoritárias. Para a avaliação, sob a ótica do feminismo interseccional e da teoria crítica dos direitos humanos como produto multicultural¹ da luta entre grupos sociais – identificada principalmente com a escola de protesto² - escolheu-se um tema que, além de complexo, é de extrema importância e ocorre em todo o continente americano: a interrupção induzida da gravidez.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) o aborto é a interrupção da gestação antes do início do período perinatal³, definido pela OMS (CID⁴-10) como o intervalo de 22 semanas completas (154 dias) de gestação⁵. Após a 22ª semana pode ocorrer a antecipação do parto. Esses dois procedimentos podem acontecer naturalmente, mas também constituem formas de interrupção induzida da gestação, sendo este o foco deste estudo. A interrupção induzida pode ser voluntária – quando fruto da vontade da mulher - ou terapêutica – como ação indicada à preservação da saúde da mulher.

Neste trabalho, a denominação “aborto” será utilizada como equivalente de “interrupção da gestação” em geral, pois assim é encontrado na maioria dos estudos jurídicos, nos debates públicos e no vocabulário popular. Portanto, para facilitar o entendimento de todos, abrirei mão da denominação técnica dos estudos de saúde, mas deixo registrado a diferenciação, especialmente porque correspondem a métodos diferentes de realização.

De toda forma, a prática é bastante controversa, pois, por um lado, alguns países a limitam por acreditarem que se trata de uma violação ao direito à vida do embrião, enquanto outros

¹ Cf. HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.

² Cf. DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *What Are Human Rights? Four Schools of Thought*. Human Rights Quarterly, Vol. 32, No. 1. The Johns Hopkins University Press, pp. 1-20. Feb., 2010. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40390000>> Acesso em: 25 de out. de 2020

³A CID-10 classifica o período perinatal como iniciado na 22ª semana de gestação e considera crianças com peso acima de 500g. A interrupção da gravidez nesses casos exige a antecipação do parto.

⁴ CID: Classificação Internacional de Doenças

⁵WHO Global. Abortion. *Net*. Seção Health Topics. Disponível em <https://www.who.int/health-topics/abortion#tab=tab_1> Acesso em: 13 jun. 2020

entendem que o procedimento é um direito da mulher, atrelado aos seus direitos reprodutivos, à saúde, à privacidade e à autodeterminação.

Fato é que, enquanto existe o debate jurídico sobre esse conflito entre Direitos Humanos, muitos abortos são realizados por todo o mundo, inclusive em Estados que proíbem a prática. O que diferencia essas situações é o grau de segurança em que o procedimento é realizado, o que depende diretamente da localidade e do acesso à direitos fundamentais, o que é condicionado à classe social, gênero, etnia e regionalidade. Portanto, destaca-se que:

Em todo o mundo, 25 milhões de abortos inseguros (45% de todos os abortos) ocorreram todos os anos entre 2010 e 2014, de acordo com um novo estudo da OMS e do Instituto Guttmacher publicado hoje no *The Lancet*. A maioria dos abortos inseguros, ou 97%, ocorreu em países em desenvolvimento na África, Ásia e América Latina.⁶

Além disso, a prática abortiva passa a ser um assunto de saúde pública a partir do momento em que:

O abortamento inseguro representa 13% das mortes maternas e 20% do total de casos de mortalidade e deficiências por gravidez e parto. Quase todas as mortes e a morbidade decorrentes de abortamentos inseguros ocorrem em países nos quais o abortamento é rigorosamente proibido pela lei e na prática. A cada ano, morrem em torno de 47 000 mulheres por causa de complicações de abortamento inseguro e em torno de 5 milhões de mulheres sofrem disfunções temporárias ou permanentes, incluindo a esterilidade. Nos locais com poucas restrições ao acesso a abortamento seguro, a taxa de mortes e doenças cai drasticamente⁷.

A complexidade da questão, como demonstrado, não pode ser ignorada pelas autoridades nacionais, nem pelos órgãos internacionais. Então, a fim de identificar as medidas já adotadas e entender como se constrói o debate jurídico na América Latina⁸ foram selecionados três casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou sobre direitos e conceitos relacionados à interrupção da gravidez e três processos que chegaram às Cortes superiores de seus países para que se pronunciassem sobre o tema.

⁶ WHO Global. Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year. *Net*. Seção News release. Geneva, 28 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.who.int/en/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year> > Acesso em: 13 jun. 2020

⁷ Organização Mundial da Saúde. *Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde*. 2ª ed. Genebra: Biblioteca da OMS, 2013, p. 87

⁸ O termo “América Latina” é usado neste trabalho para se referir a todos os Estados americanos considerados “em desenvolvimento” segundo nomenclatura utilizada pela ONU e pelo Banco Mundial, ou seja, em oposição – socioeconômica - à América Anglo-Saxônica formada por EUA e Canadá que ocupam espaço central no capitalismo mercadológico e são denominados “desenvolvidos”.

Os países escolhidos foram: Brasil, Bolívia e Chile. A escolha desses países busca compreender a pluralidade do constitucionalismo na América, pois, enquanto o Chile ainda vive sob o regime da Constituição editada durante a ditadura de Pinochet - com mudanças expressivas no texto original, durante a redemocratização - Brasil e Bolívia editaram novas Constituições que tem um traço marcante de valorização da pluralidade, no movimento denominado neoconstitucionalismo latino americano⁹. Entretanto esses países baseiam sua nova Carta em princípios diferentes: o Brasil adotou as teorias europeias sobre dignidade humana, enquanto a Bolívia desenvolveu o conceito de bem viver:

Nos países do novo constitucionalismo latino americano do primeiro ciclo (Brasil e Colômbia), há uma afinidade maior com a noção de dignidade da pessoa humana. Por outro lado, nos países do terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano (Equador e Bolívia), há uma ênfase maior no “bem viver”, *sumak kawsay*.¹⁰

Entendendo, então, como cada um desses Estados trata a matéria nacionalmente e verificando a posição adotada pela Corte Interamericana, pretende-se demonstrar (a) como o SIDH tem influência diferenciada em cada Estado, (b) como cada Judiciário Nacional se relaciona com o Direito Internacional e o Direito Comparado, (c) se de fato, o Sistema é capaz de estabelecer um standard mínimo de proteção aos Direitos Humanos, tornando-os reconhecidos pelos Estados e pela população e (d) o papel da mulher no debate sobre o aborto.

Para tanto, serão apresentados conceitos dogmáticos para compreensão do conflito legal, além de trechos das decisões para que seja possível compreender não só o resultado de cada uma delas, mas a linguagem, a forma de construção dos argumentos, os recursos hermenêuticos e quais influências são apontadas. Dessa forma, estarão grifados os principais argumentos e destacadas às referências ao Direito Internacional e a outros Estados, como forma de facilitar o entendimento da análise.

⁹ Conceito exposto no artigo “*O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?*” de Siddhartha Legale: “O neoconstitucionalismo possui como marcos as Constituições europeias do pós-guerra, o pós-positivismo, a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional. Diferencia-se do novo constitucionalismo latino-americano que tem como marcos as Constituições, em especial da década de 1990 e dos anos 2000, apoiadas em propostas descolonizadoras de movimentos sociais, representadas teoricamente em reflexões como aquelas presentes na “epistemologia do sul” e na “filosofia da libertação”. O principal destaque é a constitucionalização de direitos das populações originárias e/ou indígenas por meio da implementação de um modelo de Estado plurinacional”. (p. 238)

¹⁰ LEGALE, Siddhartha. *O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?* Revista Publicum Rio de Janeiro, Número 2, 2016, p. 244

CAPÍTULO 1: O DIREITO INTERNACIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS AO ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO

1.1. Introdução histórica dos Direitos Humanos e o processo de regionalização

Os Direitos Humanos são um campo de enorme importância no Direito Internacional, sendo objeto de diversos estudos, disputas e debates. Tradicionalmente, eles se referem à garantias inerentes a todas as pessoas, fundamentados unicamente na qualidade de ser humano, independentemente de qualquer diferença biológica, cultural, econômica e principalmente de nacionalidade, uma vez que se pretende universal, buscando se sobrepôr ao Direito Interno dos Estados como um ‘mínimo ético irreduzível’¹¹.

Assim, a relação dos Direitos Humanos com a moral é inevitável, pois ele extrapola os conceitos positivistas de legitimidade baseada na autoridade, forma e hierarquia. Essas normas buscam legitimação no conceito de dignidade humana: uma construção filosófica, histórica e social – cuja teoria tradicional foi desenvolvida, principalmente, pela academia europeia adotando as teorias jusnaturalistas.

Por isso, a sua elaboração não segue uma trajetória linear, evolutiva e uniforme em todo o mundo, dependendo de diversos fatores que irão limitar ou promover essas garantias. Nesse sentido, Norberto Bobbio afirma que:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. ¹² (grifo próprio)

Por isso, os Direitos Humanos estão em permanente processo de construção e modificação a depender da realidade material, econômica e política vivenciada pelos grupos sociais que estão em constante luta pela garantia de seus interesses, como destaca Ignacy Sachs ao lembrar que:

a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as

¹¹ Conceito apresentado na obra de PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7ª ed. Tradução por Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos. ¹³(grifo próprio)

Já Ledesma relembra que “*más alla de sus aspectos normativos, los derechos humanos son el producto de las luchas políticas y dependen de factores históricos e sociales, que reflejan los valores y aspiraciones de cada sociedad.*”¹⁴ Portanto, essas normas não tem aceitação e implementação uníssona em todos os territórios e vão se modificando com o tempo e por meio da interpretação feita por aqueles que as aplicam.

Durante essa longa e tortuosa trajetória de construção jurídica, um evento se destaca como um grande divisor de águas na política internacional: a Segunda Guerra Mundial. Esse evento marcou a história da humanidade pela violência nos campos de batalha espalhados pelo globo, mas, principalmente, pelo genocídio implementado pelo nazi-fascismo. Esses regimes escancararam para os europeus a possibilidade de seu próprio Estado Moderno ser um grande violador de direitos, ao negar a condição humana¹⁵ à parcela da população que, apesar de viver em seu território, tiveram seus direitos à vida, à liberdade e à dignidade violados pelo aparato estatal, que passou a não reconhecê-las como sujeitos de direito por não pertencerem à “raça ariana”, por não professarem a fé cristã ou por terem orientações sexuais que se desviavam da “normalidade” imposta. Como consequência dessa negação da humanidade de milhares de pessoas, foi promovido, principalmente pela Alemanha Nazista, um grande genocídio na Europa.

A atuação genocida do governo nazista foi amparada por um ordenamento jurídico formalmente legítimo, mas, obviamente, de conteúdo discriminatório e cruel. Assim, fortaleceram-se nas academias europeias as correntes que se opunham ao positivismo radical, ressaltando a importância da moral como elemento legitimador do Direito, trazendo a

¹³ SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania, In: *Direitos Humanos no Século XXI*,. École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris et Cercle Condorcet, Paris. 1998, p.156.

¹⁴ LEDESMA, Héctor Faúndez: *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales Y Procesales*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos. 1996. P. 20

¹⁵ Importante ressaltar que a negação da condição de humanidade e consequente desrespeito à existência de pessoas ocorreu em diversos momentos da história. Os processos de colonização e imperialismo imposto pelos europeus – e posteriormente pelos EUA – aos povos americanos, africanos e asiáticos são exemplos dessa prática realizadas antes e depois da Segunda Guerra. Sobre a narrativa eurocêntrica dos direitos humanos e a crítica ao homem moderno consultar: VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da Ética da Libertação*. Dissertação de mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro. Universidade Estadual do Norte Pioneiro. Jacarezinho, 2008.

necessidade de um mínimo ético que se sobreponha até mesmo à soberania estatal, a fim de garantir a dignidade humana, independente do Governo vigente.

Sobre o tema, Ledesma afirma:

la experiencia ha demostrado que tales garantías (derechos individuales suelen ser insuficientes, en la medida en que pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de cada Estado, en función de los valores prevaletentes y de los intereses de los grupos dominantes en cada sociedad. Es por este motivo que, a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, se ha puesto mayor énfasis en el reconocimiento internacional de ciertos derechos básicos de la persona, a los cuales se ha denominado derechos humanos, y a los que, paralelamente, se ha rodeado de garantías y de mecanismos procesales de protección.¹⁶

Dessa forma, o debate sobre Direitos Humanos, que já existia antes da guerra, ganhou ainda mais força entre as potências ocidentais, que promoveram um movimento de internacionalização - com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo - e, simultaneamente, observou-se uma tendência à constitucionalização dessas garantias inerentes à pessoa – como ocorreu pioneiramente no México, EUA e França.

Isto posto, começa a construção do sistema normativo internacional de Direitos Humanos, na esfera do Direito Internacional, seguindo a tradição constitucionalista europeia, projetando-se, então, a criação de instrumentos normativos que limitassem o poder dos Estados e protegessem os direitos considerados fundamentais. Ademais, inicia-se o processo de criação de um aparato legislativo e judiciário próprios da comunidade internacional, fundamentado na crença de que a proteção dos direitos humanos não deve se limitar e depender apenas do Estado, uma vez que é interesse internacional a preservação da dignidade humana.

Já no âmbito dos Estados Nacionais, em especial ocidentais, nota-se a elaboração de novas cartas constitucionais com a incorporação de princípios derivados da mesma dignidade humana aduzida no âmbito internacional, que assume, assim, um status de super-princípio, tornando-se referencial para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Esse diálogo com as formulações internacionalistas e a abertura hermenêutica pretendem estabelecer um mínimo moral a ser seguido pelo ordenamento nacional, prevendo uma maior carga axiológica e

¹⁶ LEDESMA, Héctor Faúndez: *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales Y Procesales*. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos. 1996

valorizando a separação de poderes, objetivando a limitação do próprio Estado, em defesa das pessoas.

Dessarte, essas mudanças, segundo Flávia Piovesan, desencadearam

a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania centrada no Estado para uma concepção ‘kantiana’ de soberania centrada na cidadania universal.¹⁷

Acompanhado disso, intensifica-se a defesa da pessoa humana como sujeito de direito internacional, o que corrobora para a elaboração de instrumentos de proteção, fiscalização e punição de violações aos Direitos Humanos, tomando uma postura de limitação do poder Estatal, que Celso Lafer descreve como a transição “*de uma visão ex parte príncipe, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado, para uma visão ex parte populi, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão*”¹⁸. Essa influência dos Direitos Humanos na esfera nacional é demonstrada na conceituação de Ledesma:

los derechos humanos pueden definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte.¹⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proposta pela recém criada Organização das Nações Unidas se torna, então, o primeiro instrumento a ser formulado sob a égide dessa revolução teórica, inaugurando o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ela é pautada em dois conceitos fundamentais: a indivisibilidade e a universalidade das garantias enunciadas.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. In: SCHILLING, Maria Luiza Bernardi Fiori (Coord.) Caderno de Direito Constitucional. Escola Da Magistratura Do Tribunal Regional Federal Da 4ª Região. 2006. p. 8.

¹⁸ LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.145.

¹⁹ LEDESMA, Héctor Faúndez: *El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Intitucionales Y Procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1996

A indivisibilidade se justifica pela interdependência entre os direitos de primeira geração, ou seja, os civis e políticos, e os direitos de segunda e terceira geração, quais sejam os sociais, econômicos e culturais, de forma que a violação de um deles afeta todos os outros, pois são uma unidade indivisível, em que um influencia e depende do outro para ser exercido plenamente. Por sua vez, a universalidade se baseia no único fundamento da titularidade desses direitos que é a condição de pessoa. Esse requisito reconhece a dignidade, a moral e o valor intrínsecos a cada ser humano, justificando, por isso, a sua salvaguarda.

A partir disso, vários outros documentos foram redigidos ampliando o espectro de proteção e criando um Sistema Internacional de Direitos Humanos que tem como base fundadora e referencial axiológico a Declaração de 1948 e seus princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência entre os direitos, sempre ancorado na promoção e garantia da dignidade humana. Flávia Piovesan leciona que esse sistema

é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do 'mínimo ético irreduzível'.²⁰

Conseqüentemente, após esse processo de internacionalização dos Direitos Humanos, inicia-se um movimento de regionalização desses direitos: surgem os sistemas regionais de proteção. Essa esfera ainda é marcada pela internacionalidade, pela universalidade e pela indivisibilidade, entretanto, possui um caráter mais específico, considerando as particularidades culturais, históricas e econômicas da região em que se desenvolve.

Atualmente, existem três sistemas regionais: o europeu, o americano e o africano, com propostas de formação de um sistema árabe e de um sistema regional asiático. Todos eles são complementares ao sistema estabelecido pela ONU, sempre buscando ampliar as garantias e encontrar meios de efetivá-las da forma mais eficaz para cada realidade.

Portanto, *“os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo*

²⁰ PIOVESAN, FLÁVIA. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. In: SCHILLING, Maria Luiza Bernardi Fiori (Coord.) Caderno de Direito Constitucional. Escola Da Magistratura Do Tribunal Regional Federal Da 4ª Região. 2006. p.8

*instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional*²¹. Além disso, Rhona K. M. Smith destaca:

Na medida em que um número menor de Estados está envolvido o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos texto; convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura à língua e às tradições, o que oferece vantagens.²²

No mesmo sentido, Crisfop Heyns e Frans Viljoen defendem que:

o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade às peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea, e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode conseqüentemente complementar o sistema global em diversas formas.²³

Por fim, cabe citar o relatório produzido pela *Commission to Study the Organization of Peace* em que se lê:

Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia - o sistema global e o sistema regional de direitos humanos - tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional.²⁴

A solução para essa coexistência é, pois, a lógica da maior eficácia da proteção, assim, sempre deve-se aplicar a norma que melhor protege a vítima no caso concreto. Como leciona Antônio Augusto Cançado Trindade:

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14.

²² SMITH, Rhona K. M. *Textbook on international human rights*. 5ªed. New York: Oxford University Press. 2012. p. 87 e 88

²³ HEYNS Christof ; VILJOEN, Frans. *An overview of human rights protection in Africa*. Sou1th African Journal on Human Rights, v. 11, part 3, p. 423

²⁴Commission to Study the Organization of Peace. *Regional promotion and protection of human rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace*, 1980, in Henry Steiner, material do Curso International Law and Human Rights, Harvard Law School, 1994. p.54

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de 'conflitos' entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção.²⁵

Portanto, as lutas sociais, o desenvolvimento filosófico, jurídico, sociológico e o engajamento dos países fortaleceram o ambiente internacional de proteção dos indivíduos. Além disso, a ampliação do estudo e da participação na discussão e elaboração desses instrumentos motivou o desenvolvimento de outros olhares sobre a temática dos Direitos Humanos, indo além da visão tradicional eurocêntrica jusnaturalista e liberal, promovendo reflexões e demandas de adaptação das normas externas à realidade da população a fim de garantir a eficácia da proteção pretendida.

Sobre a diversificação dos estudos e das práticas jurídicas e políticas desenvolvidas ao longo dos anos em matéria de Direitos Humanos, Marie-Bénédicte Dembour²⁶ propõe uma divisão teórica para entendimento desse conceito a partir de quatro escolas de pensamento: a escola natural, a escola deliberativa, a escola de protesto e a escola discursiva. Ela resume essa divisão da seguinte forma:

Uma leitura atenta da literatura acadêmica revela que nem todos concebemos os direitos humanos da mesma maneira. Esta obra propõe que "estudiosos naturalistas" concebem os direitos humanos como dados; "estudiosos deliberativos" como acordados; "estudiosos de protesto" como resultado de lutas e "estudiosos do discurso" como objeto de fala. A posição de cada uma dessas quatro escolas sobre a fundação, universalidade, possível realização e incorporação legal dos direitos humanos é revisada, bem como a fé das escolas, ou a falta dela, nos direitos humanos.²⁷ (grifo próprio e tradução livre)

²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos*, p. 52-53

²⁶ DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What Are Human Rights? Four Schools of Thought. *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 1. The Johns Hopkins University Press, pp. 1-20. Feb., 2010. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40390000>> Acesso em: 25 de out. de 2020

²⁷ Texto original: "A close reading of academic literature reveals that we do not all conceive of human rights in the same way. This contribution proposes that "natural scholars" conceive of human rights as given; "deliberative scholars" as agreed upon; "protest scholars" as fought for, and "discourse scholars" as talked about. The position of each of these four schools on the foundation, universality, possible realization, and legal embodiment of human rights is reviewed, as well as is the schools' faith, or lack thereof, in human rights" in DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What Are Human Rights? Four Schools of Thought. *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, No. 1. The Johns Hopkins University Press, p 2.

No artigo em que Paulo Thadeu Gomes da Silva²⁸ traduz e disserta sobre as ideias de Dembour, ele resume as principais características de cada escola:

a escola natural, segundo a qual os direitos humanos existem porque os seres humanos possuem direitos humanos só por serem seres humanos pode encontrar justificativa constitucional na inclusão de todos (...) pois que defere, a todos os indivíduos e grupos, direitos fundamentais, embora essa ideia mesma implique a existência simultânea de restrições. E ao menos ao nível positivo essa inclusão é universal, ainda que, reforça-se, com a manifestação de restrições. Essa inclusão universal liga-se à ideia, já hoje transformada em princípio, da dignidade da pessoa humana, que por ter raízes religiosas, bem pode ter sido considerada, ao menos em sua origem, como um dado existente na natureza e proveniente de fundamentos distintos daqueles que informam o sistema jurídico da sociedade moderna, tais quais, razão, divindade ou mesmo a própria natureza.

Com referência à escola deliberativa, (...) o processo de positivação de uma ideia política representada por um direito humano é levado a efeito pela política, daí decorrendo o direito fundamental já positivado. Esse como que mágico toque da política em um direito humano para que se transforme em um direito fundamental é feito de forma originária ou derivada, naquela pelo poder constituinte que faz uma Constituição, nesta pelo poder constituinte que a reforma.

Com relação à escola de protesto, embora negue o caráter universalizante dos direitos humanos, afirmando que o que é universal é o sofrimento, portanto, a não concretização dos direitos humanos, também ela se faz presente no sistema constitucional dos direitos fundamentais, pois que, se se observar os direitos fundamentais como um trabalho em progresso, pode-se concluir que outros direitos fundamentais podem ser positivados no ordenamento jurídico pela política (...)

Por fim, a escola discursiva, que afirma consistirem os direitos humanos em qualquer coisa que se inserir neles, e por isso são eles alguma coisa falha (...) essa escola existe para chamar a atenção para as deficiências estruturais que podem comprometer política e direito dos direitos humanos fundamentais. Contudo, uma pitada de razão acena em direção a essa escola, especificamente naquilo que se relaciona com a produção de uma certa legislação simbólica, como se a positivação de um direito humano em direito fundamental pudesse resolver os problemas gerados pela e na ordem social, (...) trivializando-se um conceito que deveria ser, em essência, não banal, e mais, atribuindo-se a sua solução ao sistema jurídico, esquecendo-se do político e do econômico.

Nesse cenário de disputas de narrativas, demandas sociais e complexificação das instituições políticas internacionais, como forma de aproximar os Direitos Humanos de seus destinatários nasce o Sistema Interamericano.

1.2. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) teve origem na Organização dos Estados Americanos (OEA) quando da aprovação da Declaração

²⁸ GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Direitos Humanos: As escolas de pensamento sobre os direitos humanos. *Jornal Carta Forense*. Artigo. São Paulo, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-escolas-de-pensamento-sobre-os-direitos-humanos/6082>> Acesso em: 30 de out. de 2020

Americana de Direitos e Deveres do Homem, na Nona Conferencia Internacional Americana, onde também foi adotada a própria Carta da OEA.

O SIDH tem suas especificidades²⁹ que justificam a regionalização da tutela dos direitos humanos. Em vista disso, para entendê-lo melhor é preciso pontuar três momentos histórico determinantes para a formação da América atual: (a) a colonização; (b) os regimes ditatoriais, estabelecidos durante a Guerra Fria, em muitos países do continente; (c) o conseqüente período de redemocratização, que se seguiu em alguns desses países.

Como destacado, essa região foi marcada por processos de colonização europeia extremamente violentos, com a ocorrência de genocídios das populações autóctones e escravização de indígenas e de pessoas traficadas do continente africano. Além disso, em sua maioria, estabeleceram-se regimes de monopólio colonial, em que as metrópoles da Europa exploravam recursos naturais e proibiam o desenvolvimento industrial e o livre comércio nas colônias americanas. Esse período deixou marcas profundas na região, como o processo de aculturação dos povos nativos e africanos, a desigualdade social, a exclusão de setores sociais, o racismo, a degradação ambiental, a dependência econômica, aliada ao subdesenvolvimento e o eurocentrismo³⁰ cultural e epistemológico.

Além disso, outro movimento de impacto amplo na região foi a atuação estadunidense e soviética na promoção de regimes capitalistas, ou socialistas, autoritários nos países latinos, para assegurar seu campo de influência, durante a Guerra Fria. Nesse momento, países como Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Nicarágua, Paraguai; e outros, tiveram seus governos democráticos depostos por golpes que instalaram ditaduras militarizadas que utilizavam diversas formas de opressão, controle e abuso para subjugar a população. Nesse contexto, se tornou comum práticas de tortura, sequestro, exílio e homicídios. O período simbolizou um grande desvio na trajetória de construção e implementação dos Direitos Humanos nos países

²⁹ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*: “O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social)”.

³⁰ Cf. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2005

latinos, que só foi retomada após muita luta popular para deposição dos governos autoritários e instalação de democracias que, ainda que frágeis, propunham novos modelos constitucionais que valorizavam as garantias fundamentais como forma de evitar o terror passado. Entretanto, essa mudança criou muitas questões sobre a Justiça de Transição.

Assim, o período de redemocratização da América Latina, que se estendeu entre as décadas de 1980 e 1990, foi marcado por tensões entre as forças depostas e insurgentes, o que gerou diferentes modelos de Justiça de Transição para adequação da legislação à nova realidade democrática. Fato é que os novos processos constitucionais, inspirados nos avanços de teorias sobre o Estado de Bem Estar Social, Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos buscaram positivar princípios e garantias fundamentais que afastassem as violações à dignidade humana dos tempos de outrora, buscando o desenvolvimento e o fortalecimento da democracia. Esse movimento, corroborou para a promoção da integração regional em termos de Direito Internacional, especialmente referente aos Direitos Humanos.

Sobre essa trajetória, observa Thomas Buergenthal:

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por Ditaduras, tanto de direita, como de esquerda. Dos 11 Estados partes da Convenção à época, menos da metade tinha governos eleitos democraticamente. A outra metade dos Estados havia ratificado a Convenção por diversas razões de natureza política. (...) Ao longo dos anos, contudo, houve uma mudança gradativa no regime político das Américas, tomando possível para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ter uma importância cada vez maior. O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte ³¹

Portanto, a realidade do SIDH hoje é bem sintetizada nas palavras da professora Piovesan que demonstram seus maiores obstáculos:

trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico (...) a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos

³¹ BUERGENTHAL, Thomas. Foreword. In PASQUALUCCI, Jo M. , **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. XV- VIII.

humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático³². (grifo próprio).

Por fim, ele é formado por dois regimes: um deles é fundamentado na Carta da Organização dos Estados Americanos e o outro é baseado na Convenção Americana. Este segundo será o enfoque deste estudo.

1.2.1. A Convenção Americana de Direitos Humanos

*“O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica”*³³. Esse documento foi assinado em 1969 e entrou em vigor em 1978, sendo que apenas Estados membros da OEA podem aderir à Convenção.

Substancialmente, o instrumento reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos, tais como: o direito à vida; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; o direito à proteção judicial; e outros. Entretanto, não há previsão específica de direitos sociais, culturais ou econômicos, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, nos termos do artigo 26 da Convenção.

Contudo, em 1988, um Protocolo Adicional à Convenção foi adotado, pela Assembleia Geral da OEA, que enuncia direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), entrando em vigor em novembro de 1999.

Dessa maneira, em relação aos direitos previstos na Convenção Americana e no Protocolo Adicional, o Estado-parte tem a obrigação de respeitar e assegurar, sem qualquer discriminação, o livre e pleno exercício dessas garantias, ao passo que, também tem a obrigação de promovê-las, por meio da adoção de medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para efetivar os direitos e liberdades declarados. Como leciona Thomas Buergenthal:

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17

Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de 'respeitar' esses direitos garantidos na Convenção, mas também de 'assegurar' o seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana (...) eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício desses direitos.³⁴

Além disso, a Convenção Americana criou um aparato de implementação e monitoramento composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

1.2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem competência para atuar em relação a todos os Estados partes da Convenção Americana - em matérias relativas aos direitos humanos nela previstos - e alcança, também, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos - quando se trata dos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 e na Carta da OEA. A Comissão é formada por 7 membros - nacionais de qualquer Estado membro da OEA - 'de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos', que devem ser eleitos pela Assembleia Geral, a título pessoal, por um período de 4 anos, sendo possível apenas uma reeleição.

Suas funções são:

a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros; b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas adequadas para promover os direitos humanos; c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem essas violações; d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações; e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito e f) protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados³⁵. (grifo próprio)

Essas funções são exercidas por meio do

a) exame de petições, nas quais se alegue a violação de algum direito protegido pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ou pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, encaminhadas por indivíduos ou organizações governamentais ou não governamentais; b) a elaboração de informes sobre a situação

³⁴ BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. St. Paul: West Publishing Company, 1988. p 145

³⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos: estudios comparativos*. 2 ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999. p. 152

dos direitos humanos em qualquer país do sistema interamericano, incluindo a decisão da Comissão acerca de situações que afetem gravemente a vigência desses direitos; c) a realização de investigações 'in loco', em território de Estado-membro, a convite deste ou com o seu consentimento, que tenham por objeto investigar fatos constantes de informes ou petições.³⁶ – (grifo próprio)

Por fim, cabe destacar uma diferença substancial entre o Sistema Americano e o Europeu. Enquanto, na Europa, é assegurado acesso direto de qualquer indivíduo, grupo, ou organização não governamental à Corte Europeia (art. 34 da Convenção Europeia), na América, apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes têm acesso direto à Corte Interamericana, ou seja, o indivíduo não tem legitimidade para postular diante da Corte, devendo encaminhar sua petição para a Comissão que avaliará sua admissibilidade e necessidade de submissão do caso ao julgamento do órgão jurisdicional (artigos 50 e 61 da Convenção Americana³⁷ e artigo 44 do Regulamento da Comissão³⁸).

Sobre a questão, Thomas Buergenthal tece críticas necessárias:

³⁶ PINTO, Monica. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: breve visión de los mecanismos*. In Comisión Internacional de Juristas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: curso de actualización y complementación*. 1 ed. Montevideo: Colegio De Abogados Del Uruguay. 1993. p. 83.

³⁷Artigo 50

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 61

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

³⁸Artigo 44. Relatório quanto ao mérito: Após deliberar e votar quanto ao mérito do caso, a Comissão observará o seguinte procedimento:

1. Estabelecida a inexistência de violação em determinado caso, a Comissão assim o manifestará no seu relatório quanto a mérito. O relatório será transmitido às partes, publicado e incluído no Relatório Anual da Comissão à Assembléia Geral da Organização.

2. Estabelecida a existência de uma ou mais violações, a Comissão preparará um relatório preliminar com as proposições e recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado de que se trate. Neste caso, fixará um prazo para que tal Estado informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento a essas recomendações. O Estado não estará facultado a publicar o relatório até que a Comissão haja adotada uma decisão a respeito.

3. A Comissão notificará ao peticionário sobre a adoção do relatório e sua transmissão ao Estado. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tenham aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o peticionário, dar-lhe-á oportunidade para apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O peticionário, se tiver interesse em que o caso seja elevado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos:

a. a posição da vítima ou de seus familiares, se diferentes do peticionário;

b. os dados sobre a vítima e seus familiares;

c. as razões com base nas quais considera que o caso deve ser submetido à Corte; e

d. as pretensões em matéria de reparação e custos.

a Convenção Americana inverte o padrão tradicional, até então utilizado pela Convenção Européia por exemplo, em que o direito de petição individual é opcional e o procedimento da comunicação interestatal é obrigatório. (...) Contudo, é indiscutível que a disponibilidade do direito de petição individual assegura efetividade ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Ao garantir que os indivíduos encaminhem suas próprias reclamações, o direito da petição individual torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental³⁹

1.2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, é um órgão jurisdicional igualmente estabelecido pela Convenção, que goza de competência consultiva e contenciosa. Tem composição fixa de sete juízes - nacionais de Estados membros da OEA - que são eleitos, a título pessoal, apenas pelos Estados-parte da Convenção (e não da OEA, como ocorre na formação da Comissão).

Sobre suas funções Fix-Zamudio orienta:

de acordo com o disposto nos artigos 12 e 22 de seu Estatuto, a Corte Interamericana possui duas atribuições essenciais: a primeira, de natureza consultiva, relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos; a segunda, de caráter jurisdicional, referente à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção.⁴⁰

Quanto às atribuições consultivas, qualquer membro da OEA pode solicitar o parecer da Corte sobre qualquer tratado de Direitos Humanos nos Estados americanos. A Corte também pode realizar ‘controle de convencionalidade’,⁴¹ das leis, que consiste na aferição da compatibilidade entre leis domésticas e instrumentos internacionais, realizando uma interpretação dinâmica e evolutiva das matérias a ela submetidas, considerando o contexto temporal e as especificidades das partes para garantir a eficácia da proteção e promoção dos direitos.

Já em relação a função contenciosa, a competência da Corte para julgamento de casos é limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam sua jurisdição de forma expressa

³⁹ BUERGENTHAL, Thomas. *The Inter-American system for the protection of human rights*. In MERON, Theodor (ed.). *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Oxford Press. 1986. p. 459

⁴⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Protección jurídica de los derechos humanos: estudios comparativos*. 2 ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1999. p. 177

⁴¹ Cf. LEGALE, Siddhartha; MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. *O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves*. p. 9

(artigo 62⁴²), ou seja, o caso só poderá ser submetido à Corte se o Estado-parte reconhece a competência desta para interpretação e aplicação da Convenção. Contudo, cabe ressaltar que há a possibilidade de o Estado-membro aceitar a jurisdição da Corte apenas para um determinado caso.

Essa limitação é criticada por parte da doutrina que defende o estabelecimento do

automatismo da jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-partes da Convenção" (devido ao fato de que) "sob as cláusulas da jurisdição obrigatória e do direito de petição individual se ergue todo o mecanismo de salvaguarda internacional do ser humano, razão pela qual me permito designá-las verdadeiras cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos da pessoa humana.⁴³

Entretanto, essa forma de vinculação, apesar de menos protetiva ao indivíduo, obedece a preceitos do Direito Internacional que entendem a limitação da soberania como ato estritamente dependente da vontade do próprio Estado.

Assim, sob a perspectiva tradicional vigente, os tratados internacionais só surtem efeito sobre as partes, quando elas consentem expressamente com a sua adoção no livre e pleno exercício de sua soberania, ou seja, os tratados não criam obrigações aos Estados que com eles não consentiram, apenas para os Estados partes, sendo, portanto, expressão do consenso. Dessa forma, seria impossível submeter um Estado a uma jurisdição a qual ele não aceitou expressamente, uma vez que, inexistiria força coercitiva para fazê-lo e isso configuraria uma ofensa à sua soberania.

A submissão à jurisdição da Corte, por vontade do Estado-parte, é, portanto, o que confere à suas decisões força vinculante. Isso porque, a legitimidade da Corte deriva da expressão do

⁴² *Artigo 62*

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2003 p. 395

consenso do Estado-parte, no exercício de sua soberania, criando o dever de respeitar as obrigações que assume, conforme o princípio do *pacta sunt servanda*. Por conseguinte:

a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado⁴⁴

Por fim, cabe esclarecer que a jurisdição da Corte não anula a competência dos Tribunais Nacionais, sendo uma via complementar para a garantia de Direitos Humanos.

Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes - as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos - não 'substituem' os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos⁴⁵

Conclui-se, de forma resumida, conforme lição de Hector Gross Espiell, sobre a Convenção Americana:

a parte I, relativa às obrigações dos Estados e aos direitos protegidos, consiste em um primeiro capítulo que define tais obrigações, um segundo capítulo que elenca direitos civis e políticos protegidos, um terceiro capítulo referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, um quarto capítulo que trata da suspensão de garantias, interpretação e aplicação, e um capítulo final que disciplina a relação entre direitos e deveres. Deste modo, um único instrumento consagra tanto direitos civis e políticos, como direitos econômicos, sociais e culturais. A parte II trata dos meios de proteção. O capítulo VI elenca os órgãos competentes, o capítulo VII disciplina a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o capítulo VIII regula a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o IX capítulo prevê dispositivos comuns aos dois órgãos. A parte III consiste de dois capítulos que estabelecem previsões gerais e transitórias.⁴⁶

Resta enfatizar que o SIDH vem enfrentando novas temáticas, à medida que a sociedade se transforma e novos grupos sociais ganham mais espaço político para reivindicar suas pautas:

Atualmente, a Corte vem enfrentando em menor medida as violações tradicionais de direitos humanos para dar lugar aos litígios envolvendo direitos coletivos, direitos de povos indígenas, direito à consulta prévia e os direitos à saúde e à seguridade social. Esse tipo de demanda requer medidas mais efetivas de reforma, de institucionalização, reconhecimento e redistribuição, o que se constitui em um verdadeiro desafio para o sistema. Ou seja, são necessárias novas e mais criativas formas de reparação, em substituição àquelas penas pecuniárias tradicionais (GARAVITO; KAUFFMAN, 2015).

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *A interação entre o direito internacional e o direito interno*. p. 33

⁴⁶ ESPIELL, Hector Gross. *The Organization of American States (OAS)*. In VASAK, Karel (ed.). *The international dimensions of human rights v. 1*. Praeger.1982 p. 558-559

O fato é que apesar das inúmeras limitações, tanto a Corte quanto a Comissão se converteram em referências importantes para a democracia, para a consolidação do estado de direito e a promoção e proteção de direitos humanos, entre os quais se incluem os direitos da sexualidade e da reprodução.⁴⁷

⁴⁷ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53 – 72, maio/ago. 2017. p 65

CAPÍTULO 2: A TUTELA DOS DIREITOS ENVOLVIDOS NA QUESTÃO DO ABORTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

2.1. Aspectos gerais

Neste capítulo, analisar-se-á o tratamento dado à questão do aborto - e aos direitos envolvidos na prática - pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio de julgados que chegaram à Corte.

A interrupção voluntária da gravidez, sem dúvida, suscita debate, pois envolve diferentes esferas do conhecimento, como o Direito, a Medicina, a Filosofia e a Sociologia, além de colocar em conflito valores morais, crenças, ideologias, posicionamentos políticos e garantias fundamentais, configurando uma situação extremamente complexa, o que dificulta um consenso social e institucional sobre o tema.

O direito ao abortamento se relaciona diretamente com políticas públicas de controle populacional, com a privacidade dos indivíduos, com as concepções de família, com aspectos culturais, religiosos e morais e até mesmo econômicos. Sobre essa complexidade relacionada aos direitos reprodutivos femininos Wichterich disserta:

O pensamento individualista e os desejos sobre as necessidades e interesses sexuais e reprodutivos são influenciados, construídos e alterados por múltiplos fatores: as normas de interação social, regras e leis feitas pelos Estados Nacionais; desenvolvimento da biomedicina e das tecnologias reprodutivas e das indústrias biomédicas e farmacêuticas; bem como esforços civis e movimentos sociais tais como os movimentos feministas, gay e queer. Assim, o desenvolvimento do desejo e da escolha individual é moldado, em qualquer época, por contextos particulares, relações sociais e pela interação das estruturas econômicas e políticas de poder.⁴⁸

Nesse sentido, juridicamente, esse trabalho analisará como ponto principal a discussão entre a colisão de duas principais garantias fundamentais que hoje⁴⁹ são levantadas como

⁴⁸ WICHTERICH, Christa, *Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015. p.20

⁴⁹ Cabe ressaltar que historicamente a proibição ao aborto era uma questão de propriedade e direitos do homem sobre a prole: “O Código de Hamurabi, datado de 1700 anos antes de Cristo, é o primeiro código de leis escrito de que se tem conhecimento e previa punição para quem provocasse aborto na gestante, com penas que variavam entre pecuniárias à morte, para tanto era levado em consideração a gravidade do caso. Todavia, tal proteção à gestação não tinha como objetivo tutelar direito da mulher ou do feto, mas do marido, considerado o principal prejudicado no caso de aborto, vez que a mulher e prole seriam parte de sua propriedade”. In FALQUETO, Ana Cláudia Brandão. *A Descriminalização do Aborto como Forma de Garantia dos Direitos Humanos das Mulheres à Margem da Sociedade*. Revista Âmbito Jurídico, publicado em: 01/05/2020. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-descriminalizacao-do-aborto-como-forma-de-garantia-dos-direitos-humanos-das-mulheres-a-margem-da-sociedade/#_ftn6> Acesso em: 11 de nov. de 2020.

relacionadas ao tema: a vida do feto e a autodeterminação da mulher, tendo como pano de fundo o direito à saúde que permeia os dois polos da discussão.

2.2. O direito à vida

O direito à vida foi um dos primeiros direitos a ser reconhecido pelo Estado Liberal. Filósofos como Rousseau e Hobbes já preconizavam a importância de tutelar esse direito como elementar para a existência de todos os outros. Contudo, essas teorias tinham limitações quanto ao sujeito titular desses direitos e, por isso, Wermuth e Ghisleni ressaltam que:

As proclamações de direitos genéricas e abstratas típicas da Modernidade, em cujo cerne gravitava a igualdade de todos perante a lei, a tutela da vida e das liberdades, foram fundamentais para a emancipação do sujeito de todas as formas de opressão, sobretudo daquelas protagonizadas pelo Estado. Mas é possível proteger, de fato, direitos humanos sem uma definição de quem (ou do quê) é o humano? Se levarmos em consideração sexo, etnia, cor e condição social, a natureza humana descorporificada e abstrata daquele indivíduo protegido sob o manto dos documentos revolucionários do século XVIII adquire uma forma bem específica: o indivíduo político universal, nesses termos, é masculino, branco e detentor da propriedade.⁵⁰

Sendo assim, a vida foi um dos primeiros direitos teorizados pelos filósofos modernos e, posteriormente, reconhecidos pelo Estado, contudo, a ideia de universalidade quanto a titularidade desse direito ainda não era imperiosa. A vida era um direito dos cidadãos ou súditos, mas nem todos os seres humanos eram considerados pessoas dotadas de racionalidade, dignidade e capacidade jurídica.

Nesse sentido, muitos seres humanos foram juridicamente classificados como objetos de direito – coisas; propriedades - e não como sujeitos de direito – pessoas; cidadãos – sendo, portanto, excluídos dos sistemas de garantias fundamentais. Essa foi a condição imposta a mulheres, crianças, estrangeiros, servos, escravos e LGBTQI+ por séculos de opressão.

Essa discriminação não foi superada pelo Estado Liberal, pela positivação dos direitos e nem pela internacionalização deles. Exemplo que sintetiza todas essas condições é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, promulgada como resultado da Revolução Francesa, que se pretendia universal e que garantia vários direitos, dentre eles a vida, mas que se destinava, de fato, aos homens: entendido como ser humano de sexo masculino.

⁵⁰ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. *O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53 – 72, maio/ago. 2017.

Dessa forma, a superação desse paradigma excludente se deu ao longo de muitos anos, por meio de intensas disputas político-sociais, promovidas por diversos grupos - abolicionistas, feministas, anticolonialistas, anti-imperialistas, de reconhecimento da igualdade religiosa e étnica, de promoção da liberdade sexual e afetiva – que conquistaram diferentes graus de reconhecimento do Estado e acesso a garantias legais em momentos históricos e por meios de luta próprios. Entretanto, essa negação histórica e estrutural da humanidade de certos grupos gerou abismos sociais que vigoram até hoje, sendo evidenciados, muitas vezes, pela violação do direito à vida.

Diante desse cenário, a maioria dos Estados ocidentais positivaram o direito à vida e o direito à igualdade de todos os seres humanos, como resposta a essas demandas, afirmando que a dignidade humana independe de qualquer condição - ao menos na esfera do dever ser, podendo ser questionada a efetividade dessa garantia na realidade social. Assim, a tutela da vida foi prevista em muitas Cartas Constitucionais e Instrumentos Internacionais de forma igualitária, independente de qualquer característica distintiva, tornando a titularidade desse direito universal.

Um desses instrumentos é a Convenção Americana de Direitos Humanos:

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 arbitrariamente⁵¹ (grifo próprio).

Entretanto, como dito anteriormente, é necessário refletir sobre a efetividade dessa garantia⁵², questionando quem são, de fato, os titulares desse direito - tanto na teoria jurídica, quanto na realidade social. Para além da titularidade, é preciso estabelecer o que é a própria vida, qual é o objeto dessa garantia. Entender essas premissas é essencial para compreender a aplicação e os limites desse dispositivo.

Dessa forma, é mister esclarecer que a definição de vida não é um consenso universal. A depender da abordagem - científica, religiosa, jurídica, filosófica - encontrar-se-á diversos significados, compreensões, sentidos e, o mais importante para este trabalho, diferentes termos

⁵¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

⁵² Cf. Sobre a ponderação da proteção da vida vide DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30

de início. Assim, além de estabelecer o que é a vida, é preciso indicar quando ela começa, pois isso limita substancialmente a aplicação e extensão da tutela desse direito.

Algumas das teorias mais difundidas apontam quatro momentos distintos como termo de início da vida: (a) fecundação, (b) fixação do óvulo no útero, (c) formação do sistema nervoso; (d) feto pronto para sobreviver fora do útero. Este trabalho não pretende discutir as fundamentações de cada uma, mas é importante destacar que a depender da corrente adotada pelo direito nacional, cada Estado institui o momento em que o ser adquire personalidade jurídica, passando, assim, a ser um sujeito de direito. Portanto, a partir desse momento, o Estado signatário da Convenção está obrigado a fornecer tutela jurídica de sua vida.

O texto da Convenção faz referência à teoria da fecundação no trecho “desde o momento da concepção”. Isso reflete o contexto em que o instrumento foi elaborado. Ocorre que, quando o projeto foi debatido na Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, na Colômbia, em 1948, tentava-se formar um consenso entre os vários países para conquistar o maior número possível de signatários, a fim de estabelecer um sistema regional de proteção dos direitos humanos que englobasse a maior parte possível do continente, ou seja, um sistema regionalizado de proteção dos direitos humanos com alcance amplo e eficaz.

Nesse contexto, três elementos devem ser considerados: (a) a herança colonial da prevalência do cristianismo no continente; (b) as legislações nacionais, à época vigentes, que tratavam sobre a interrupção voluntária da gravidez; (c) a prevalência de homens no controle político do debate nacional e internacional.

Sobre o cristianismo, ressalta-se que é a religião predominante no continente, desde a imposição ocorrida durante a colonização até hoje. Esse é um componente importante na formação histórica e cultural dos Estados americanos. A religião, portanto, tem forte influência na sociedade e, conseqüentemente, no direito, pois os ordenamentos jurídicos expressam a cosmovisão das pessoas que estão sujeitas a ele, ou ao menos - considerando uma visão mais crítica do poder - do grupo dominante naquele território. Sendo assim, o fato de as principais dogmáticas cristãs adotarem a teoria concepcionista⁵³ e as elites políticas americanas serem ligadas aos grupos econômica e culturalmente associados aos antigos colonizadores cristãos

⁵³ Cf. LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao Aborto e Liberdades Laicas*: “Mais precisamente, importa registrar que não há consenso acerca do tema, podendo-se referir importantes vozes católicas que admitem a possibilidade de a mulher exercer sua liberdade de consciência frente ao dilema de interromper uma gravidez indesejada. Nesse sentido, ver Leonardo Boff (2006, p. 20), Maria Rosado-Nunes (2006, p. 26), Frances Kissling (2001, p. 14) e Beverly Harrison (2006)”.

gerou uma ampla difusão da proibição do aborto, como forma de proteger a vida do embrião, entendido como sujeito de direito.

Sendo assim, as legislações nacionais dos países signatários, em sua maioria, não permitiam o aborto, mas comumente estabelecendo algumas exceções como: em casos de estupro, de risco de vida para a mãe ou de inviabilidade da gravidez.

Sobre o tema, destaca-se que essa influência teológica ainda é forte no continente e recentemente vem ganhando mais espaço no debate político. *“Começando pela América Latina e pelos EUA, uma ‘neo-evangelização’ católica e protestante está ocorrendo em todos os continentes, e liderando a propagação da doutrina anti-igualitária, em prol da família e da propriedade privada”*.⁵⁴

Além disso, à época do debate do texto e estendendo-se até a atualidade, na América, as mulheres ainda são sub representadas nas instituições de poder. Portanto, as discussões desse texto não compreenderam muitas representações femininas, que são parte diretamente interessada na questão, visto que trata de seus direitos reprodutivos.

Essa conformação vem mudando aos poucos com a instituição de instrumentos internacionais para a promoção da igualdade de gênero e ações em nível nacional que buscam integrar as mulheres ao debate político, fruto da luta feminista. Entretanto, a desigualdade representativa ainda é uma barreira a plena democratização dos sistemas políticos americanos nacionais e internacionais.

Em síntese, o texto da Convenção citou uma das teorias sobre o início da vida, mas deixou em aberto a questão para que cada país instituísse a própria legislação sobre o tema, visto que inseriu o termo “em geral” deixando, a princípio, um grande espaço de discricionariedade para os Estados signatários.

O mesmo posicionamento foi adotado ao tratar sobre a proteção da família no Protocolo de San Salvador:

Artigo 15

Direito à constituição e proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material. 2.

⁵⁴ WICHTERICH, Christa, *Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015. p.22

Toda pessoa tem direito a constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente.

3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a:

- a. Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto;
- b. Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar;
- c. Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais;
- d. Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade. ⁵⁵- (grifo próprio)

Contudo, o SIDH não se baseia apenas na Convenção; além de outros Tratados, como o Protocolo de San Salvador, a construção jurisprudencial e doutrinária da Comissão e da Corte Interamericana complementam a interpretação das normas e não podem ser ignoradas pelos países signatários. Assim, no capítulo seguinte, este trabalho apontará a visão do SIDH sobre o que é a vida, quando ela se inicia e quem é titular desse direito, para posteriormente indicar interpretações a nível nacional sobre o tema.

2.3. O direito à autodeterminação feminina

Por sua vez, a autodeterminação é um direito que não pode ser aferido por parâmetros científicos. Trata-se de uma construção filosófica e social e que, apesar de ter sido positivada contemporaneamente ao direito à vida na forma do direito à liberdade, ganhou contornos muito diferentes ao longo da história.

Os teóricos do Estado Liberal já previam a liberdade como uma garantia fundamental, entretanto, sequer cogitaram que mulheres fossem sujeitos desse direito, pois, como apontado anteriormente, a própria condição humana foi historicamente negada a esse grupo. Dessa forma, o status de cidadania da mulher, no âmbito do Direito Nacional, é uma conquista recente, fruto de muitas disputas políticas, mas que ainda não foi universalizado, uma vez que, em alguns lugares, ainda se nega o lugar de sujeito de direito às mulheres, pois sequer se reconhece sua dignidade; seu valor enquanto ser humano. Portanto, quando se trata de direitos humanos, as mulheres ainda estão em uma posição de vulnerabilidade, especialmente em relação às suas liberdades, pois ainda existem contextos sociais em que mulheres são entendidas como objetos, ou como sujeitos inferiores, incapazes, limitados, sem qualquer autonomia ou vontade.

⁵⁵Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, “Protocolo De San Salvador”. 17/11/1988.

Elementos, esses, que são decisivos para caracterizar a titularidade do direito à liberdade e, conseqüentemente, tornar um sujeito capaz de se autodeterminar em qualquer aspecto da vida, inclusive no reprodutivo. “*Nesse ponto, portanto cumpre ressaltar que a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher...*” (Min. JOAQUIM BARBOSA no HC Nº 84.025-6/RJ)⁵⁶

No mesmo sentido, Ronald Dworkin afirma que “*uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação de liberdade.*”⁵⁷

Essa construção da autodeterminação sexual e reprodutiva feminina ocorreu ao longo do tempo, devido à luta de importantes movimentos sociais. Wichterich aponta que essa conquista é um produto das lutas sociais, mas destaca como essa disputa é contínua e segue enfrentando oposições políticas:

Os movimentos de mulheres exigiram que os Estados fornecessem o direito de escolha. ‘Não à maternidade forçada! Não à esterilização forçada!’, são as reivindicações chaves nos movimentos de mulheres negras nos EUA. Escolha, autodeterminação e opções reprodutivas se ampliaram consideravelmente em muitos países e culturas durante as últimas décadas do século XX. Entretanto, as demandas atuais para a aplicação dos direitos sexuais e reprodutivos e as lutas dos movimentos de mulheres e LGBTI têm sido confrontadas com o ressurgimento de regimes religiosos fundamentalistas e uma tendência a governos autoritários e neoconservadores.⁵⁸

Portanto, essa discriminação baseada no gênero é histórica e cultural, mas não cabe a este trabalho fazer essa análise, que, apesar de importante, é extensa. Nesse sentido, busca-se aqui ressaltar que a exclusão das mulheres ainda está presente em alguns ordenamentos jurídicos, mas, até mesmo naqueles que preveem a tutela igualitária desse grupo, a prática social mantém discriminações e violências resultantes dessa concepção opressora, que não podem ser ignoradas ao tratar dos termos referentes aos direitos humanos dessa população.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus Preventivo. Realização De Aborto Eugênico. Superveniência Do Parto. Impetração Prejudicada. HC Nº 84.025-6/RJ. Paciente Gabriela Oliveira Cordeiro. Impetrante. Fabiana Paranho e outros. Superior Tribunal de Justiça. Min Rel. Joaquim Barbosa: Brasília- DF. 04 mar 2004. *Lex*: DJ 25/06/2004, Vol 02157-02 PP-00329 RTJ vol-00191-02 pp-00624.

⁵⁷DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading of the Maroritarian Premise*. In *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 98.

⁵⁸ WICHTERICH, Christa, *Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015

No ordenamento que rege o SIDH o direito à autodeterminação da mulher não está expressamente positivado, mas se depreende de várias normas:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

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. (CONVENÇÃO DE SAN JOSÉ, 1969)

Artigo 15. Direito à constituição e proteção da família

3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a:
 - a. dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto; (PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, 1988)

Artigo 3

Toda mulher tem direito a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 4

Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a. direito a que se respeite sua vida;
- b. direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c. direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d. direito a não ser submetida a tortura;
- e. direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família;
- f. direito a igual proteção perante a lei e da lei;
- g. direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;
- h. direito de livre associação;
- i. direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e
- j. direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

Artigo 5

Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos. Os

Estados Partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.⁵⁹ (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994)

Além disso, observa-se que a própria relação da sociedade com o corpo está se alterando à medida que novas tecnologias são desenvolvidas, o que amplia os aspectos tratados pela seara jurídicas de autodeterminação no espaço da bioética, incluindo os direitos sexuais, conforme aponta Wichterich:

Entre as classes médias globais, o corpo não é mais visto como uma entidade biológica imutável, mas como parte de uma subjetividade individual, que pode ser moldado e transformado por cirurgia estética e reprodutiva, de acordo com determinados desejos e necessidades⁶⁰.

Essa realidade, sempre em transformação, não consegue ser plenamente contemplada nos instrumentos jurídicos, o que exige uma interpretação ampla do ordenamento, englobando tanto os protocolos e tratados, como os relatórios e julgamentos da Corte e da Comissão, que podem servir como meio de atualização da sistemática protetiva do SIDH. As alterações da vida social exigem novas respostas jurídicas para garantir os direitos já estabelecidos, pois só assim pode se tornar os Direitos Humanos efetivos.

⁵⁹Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, “*Convenção de Belém do Pará*”. Belém do Pará, Brasil, 9 de junho de 1994.

⁶⁰ WICHTERICH, Christa, **Direitos Sexuais e Reprodutivos**. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015

A contemporaneidade, não satisfeita com essa formalidade, reivindica a efetiva consolidação de direitos, catalisando as diferenças, potencializando a diversidade, fomentando que se visibilizem (e se protejam) todas as possíveis maneiras de ser e estar no mundo. Neste ínterim, o caminhar rumo à efetiva concretização dos direitos humanos passa, necessariamente, pelo reconhecimento específico de determinados direitos, os mais íntimos, os mais carnis, entre os quais se incluem os direitos sexuais e de (não) reprodução.⁶¹

Em vista disso, os direitos sexuais e reprodutivos são reconhecidos como expressões da autodeterminação humana. Assim, sobre a construção dogmática e legislativa desses direitos, Maiquel Angelo Dezordi Wermuth e Pâmela Copetti Ghisleni defendem que

(1) a sexualidade foi aventada em instrumentos normativos de direito internacional a partir da noção de direitos reprodutivos, que originou a concepção de direitos sexuais; (2) tais legislações tiveram uma preocupação muito particular com a condição feminina; (3) e em geral, têm na saúde o fio condutor de suas disposições.⁶²

Por conseguinte, os direitos sexuais extrapolam a esfera da saúde, sendo reconhecidos como direitos que também integram a personalidade dos indivíduos. Assim, a autodeterminação feminina quanto aos direitos reprodutivos, permeia a individualidade do ser e a necessidade de assistência social do Estado para sua plena efetivação.

Esse direito, portanto, pode englobar o aborto, que se apresenta como via comum de exercício da autodeterminação pessoal e do planejamento familiar, entretanto, a prática ainda sofre proibições legislativas e questionamentos éticos e morais.

2.4. O direito à saúde

Por fim, cabe destacar um direito que permeia os dois polos dessa discussão: a saúde. Segunda a OMS, saúde é “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades*”⁶³.

Essa garantia se classifica como um direito humano social, que é tratado no SIDH no Protocolo de San Salvador, que nos termos da Convenção Americana previu expressamente

⁶¹ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. *O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53 – 72, maio/ago. 2017

⁶² WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. *O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53 – 72, maio/ago. 2017

⁶³ Organização Mundial da Saúde. Constituição

⁶³ Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em espanhol em <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf> Acesso em 13 jun 2020

uma série de direitos sociais, em seu artigo 10, incluindo à saúde. O novo instrumento entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.

Para Edilene Mendonça Bernardes e Carla Aparecida Arena Ventura:

A temática de saúde encontra na Convenção Americana sobre Direitos Humanos forte respaldo para análise das obrigações do Estado de respeitar os direitos (artigo 1º); o dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2º); o direito à vida (artigo 4º); o direito à integridade pessoal (artigo 5º); as garantias judiciais (artigo 8º); o direito à indenização (artigo 10).⁶⁴

Nesse contexto, destaca-se que a prática de indução do aborto pode ser entendida como uma violação tanto do direito à saúde do feto - ao prejudicar seu desenvolvimento, causando lesões ou a interrupção da gestação - quanto do direito das mulheres - já que a proibição e a criminalização da conduta acaba reduzindo o acesso a um procedimento seguro, abrindo mais espaço para tentativas violentas e desassistidas, que podem ter graves consequências à saúde da gestante, podendo inclusive causar a morte; estendendo, assim, a violação do direito à vida também a esse polo da relação.

De acordo com estudos recentes, estima-se que entre 8 e 18% de mortes maternas no mundo decorram de abortos inseguros e estão concentradas em países pobres (SINGH, 2014). No Brasil, calcula-se que cerca de 67% das mulheres que realizaram um aborto ilegal necessitaram de internações nas dependências públicas de saúde" (DINIZ, 2017).⁶⁵

El aborto inducido es una de las principales causas de enfermedad y muerte para las mujeres de América Latina y el Caribe. El aborto que se realiza en condiciones inseguras se acompaña con frecuencia de complicaciones secundarias al procedimiento utilizado. Por ejemplo, cuando se introducen objetos no estériles o punzantes en el útero, los riesgos que enfrenta la mujer son enormes, y se agravan cuando esta no cuenta con información que le permita identificar los signos de las complicaciones, cuando retrasa la búsqueda de atención por temor, vergüenza o desconocimiento de adónde acudir, o cuando la calidad de la atención es deficiente (...) Las complicaciones inmediatas más frecuentes del aborto inseguro son la perforación del útero, la hemorragia y la infección. A medio plazo, la infertilidad es una secuela frecuente⁶⁶

Isto posto, a garantia dos direitos reprodutivos estão intrinsecamente ligados à saúde, pois, os “*direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução*

⁶⁴ BERNARDES, Edilene Mendonça; Ventura, Carla Aparecida Arena. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, jan./jun. 2013

⁶⁵ KLOCK, Gabriel Klemz; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Criminalização do aborto no Brasil como violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos: possibilidades jurisprudenciais*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 166-182, dez. 2017.

⁶⁶ LANGER, Ana. *El embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe*. Revista Panamericana de Salud Pública/Pan American Public Health. 11(3), 2002

humana” compreendem “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos à saúde”⁶⁷, o que inclui o aborto assistido e seguro.

Logo, a criminalização da interrupção voluntária da gestação na América Latina não tem impedido a realização do procedimento, tem, porém, provocado altos índices de mortalidade na região e uma grande discriminação, uma vez que o acesso ao atendimento adequado, na prática, depende mais da classe social e do grupo étnico do que dos parâmetros legais, como apontam as seguintes publicações:

Enfrentar o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres consideradas levianas (...) Criminalizar o aborto significa penalizar as mulheres, principalmente, as de classes sociais menos favorecidas, que são as que necessitam solucionar sua gestação indesejada, muitas vezes, de maneira insegura (GOLLOP, 2009) (...) O aborto é uma das principais causas de morte materna no mundo, e sua maior incidência acontece em países em desenvolvimento (...) Nesta perspectiva, a prevenção da mortalidade materna por aborto depende da existência de serviços de saúde estruturados nos vários níveis de assistência, para garantir atendimento às mulheres (DOMINGOS; MERIGHI, 2010). (...) Os direitos reprodutivos estão integrados aos direitos humanos e o direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo precisa ser aceito e respeitado. Destarte, uma vez que o Estado nega proteção aos direitos reprodutivos, incluindo-se também o acesso ao aborto seguro, contribui para que as repercussões sobre a saúde mental feminina e os impactos da morbimortalidade por aborto sejam ampliados (MARTINS; MENDONÇA, 2005).⁶⁸

La atención a las complicaciones del aborto consume importantes recursos del sector de la salud. De hecho, la atención de estos problemas ocupa el segundo lugar en uso de recursos hospitalarios para la atención obstétrica, (...) El nivel socioeconómico de la mujer determina sus riesgos ante un aborto inducido. Los riesgos que una mujer enfrenta ante un aborto inducido son un reflejo de la desigualdad social que prevalece en ALC. Así, las mujeres con recursos que viven en áreas urbanas tienen la opción de interrumpir un embarazo no deseado en condiciones mucho más seguras que las que habitan en zonas rurales y son de bajo nivel socioeconómico. Las primeras suelen tener acceso a profesionales de la salud capacitados para hacer un aborto, mientras que las segundas suelen provocárselo ellas mismas o con la asistencia de una persona sin entrenamiento ni la infraestructura necesaria. Los métodos que las mujeres llegan a utilizar en el intento por resolver su problema solo pueden ser vistos como un reflejo de su desesperación: introducción de sondas o alambres, caídas por las escaleras, golpes que se dan ellas mismas o sus parejas. Por su parte, las mujeres con información y recursos acuden a profesionales que utilizan técnicas seguras, mitigan el dolor con anestésicos o analgésicos y suelen indicar antibióticos profilácticos para evitar infecciones. La inequidad es brutal, tal vez la más sobresaliente en el campo de la salud reproductiva. Baste recordar que un aborto inducido en condiciones óptimas representa para la mujer menor riesgo que una inyección de penicilina o un parto normal. En ALC, la mayoría de las constituciones nacionales establecen el derecho universal a la protección de la salud. Es, por lo tanto, una responsabilidad social

⁶⁷PIOVESAN, Flávia; SARMENTO Daniel (Coord.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 39

⁶⁸ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. *Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos*. Saúde em Debate • Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013

ineludible responder a las necesidades de todas las mujeres por igual, sin distinción de clase social. Una sociedad que admita que algunas de sus mujeres accedan a un aborto inducido sin riesgos ni dificultades mientras que otras experimentan los peligros arriba mencionados, no es una sociedad democrática.⁶⁹

Diante desses fatos, percebe-se que quando o aborto é legalizado, as mortes maternas diminuem consideravelmente, enquanto a criminalização da prática cria um grave problema de saúde pública, aumentando consideravelmente a mortalidade, as internações e lesões permanentes, além dos efeitos psicológicos e sociais gerados pela estigmatização dessas mulheres, foco da pesquisa transcrita:

para as mulheres que abortam, afloravam os sentimentos de culpa, baixa-estima, vergonha, medo e percebiam o cenário das unidades de saúde como um ambiente julgador e de indiferença às suas apreensões, demandas. Para o profissional, os temores eram as possíveis denúncias devido à ilicitude do procedimento de aborto. Os analistas consideraram que a tensão que ocorre entre revelar vs. ocultar as situações de abortamento passa pela necessidade da mulher de manejar o julgamento de sua comunidade/grupo social ou do serviço de saúde e as consequências da estigmatização. Tal interdição na comunicação sobre o aborto configura-se um obstáculo a mais e retém as mulheres na busca por atendimento. Hesitantes e temerosas da reação dos profissionais de saúde qualificados incrementam a cada dia as estatísticas dos abortos inseguros. Concorre para isto a reduzida divulgação dos serviços, o precário monitoramento da acessibilidade e qualidade do cuidado e a descontínua capacitação dos profissionais. E, nos países com leis restritivas, a revisão de fluxos da atenção e definição de normas e protocolos pode aprimorar a resposta à demanda por abortos seguros, redução da mortalidade materna e alcance das metas do Milênio (meta 5)⁷⁰

Sob a luz de todos esses argumentos e estudos, conclui-se que, apesar da condição de ser vivo e independente da gestante ser indiscutível - tornando-a, portanto, sujeito dos Direitos Humanos - quando o aborto seguro não é uma possibilidade oferecida pelo Estado, essa garantia é relativizada em prol do feto, que é entendido por alguns como outro sujeito, mas sobre o qual não há consenso sobre ter direito à vida. Contudo, fato é que não há dúvidas de que a prestação do Estado em relação à serviços de saúde reprodutiva e gestacional é fundamental para garantir tanto o direito à vida quanto a autodeterminação, sendo consagrado como um Direito Humano.

⁶⁹ LANGER, Ana. *El embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe*. Revista Panamericana de Salud Publica/Pan American Public Health. 11(3), 2002

⁷⁰ ADESSE; Leila; JANOTTI Claudia Bonan, SILVA Katia Silveira da; FONSECA, Vania Matos. *Aborto e estigma: uma análise da produção científica sobre a temática*. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2016

CAPÍTULO 3: O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O ABORTO

3.1. Aspectos gerais

A interrupção voluntária da gestação pode ser considerada uma situação de conflito entre direitos humanos tutelados pela Convenção Americana. Por sua vez, a prática ocorre em toda a América o que torna inegável o interesse do SIDH sobre as condições legais e estruturais em que a interrupção voluntária de gestação é realizada.

Entretanto, mesmo diante dessa realidade alarmante, a Comissão e a Corte não se pronunciaram diretamente sobre a afirmação do direito ao aborto, mas os direitos reprodutivos femininos, a saúde e os limites da vida já foram discutidos em outros casos. Buscando entender os motivos do tema ter sido ignorado e a interpretação da Corte sobre os dispositivos que tutelam as garantias citadas serão expostos e analisados os mais recentes casos abordados pelo SIDH, a partir de 2012.

Contudo, antes dessa exposição cabe uma breve apresentação do primeiro caso paradigmático enfrentado pelo SIDH sobre direitos reprodutivos que foi determinante para a construção de toda a jurisprudência posterior: o Caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*⁷¹.

Essa ação foi motivada pela petição de Christian S. White e Gary K. Potter (Presidente dos Católicos pela Ação Política Cristã), representando o feto abortado que foi denominado “Baby Boy”, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contra os Estados Unidos da América (EUA) e o estado de Massachusetts, em 19 de janeiro de 1977.

Foram alegadas violações aos artigos I, II, VII e XI do Capítulo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷². As violações teriam ocorrido desde 1973,

⁷¹ Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos (Caso 2141)*. Relatório n.º23/81. Organização dos Estados Americanos - OEA. 6 de março de 1981. Disponível em < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141a.htm>>. Acesso em: 27 de set. de 2020

⁷²“*Artigo I.* Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa - Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa.

Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra - Direito de igualdade perante a lei.

Artigo VII. Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais - Direito de proteção à maternidade e à infância.

Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e

devido as decisões proferidas pela Suprema Corte Americana nos casos “Roe vs. Wade”⁷³ e “Doe vs. Bolton”⁷⁴ - que reconheceram o direito ao aborto – e no caso N° S-393 SJC, “Commonwealth of Massachusetts vs. Kenneth Edelin” – em que o médico Edelin realizou um procedimento abortivo, sendo por isso indiciado por homicídio do feto Baby Boy na primeira instância do judiciário estadual, entretanto, foi absolvido pela Corte Suprema Judicial de Massachusetts, decisão que foi confirmada pela Corte Suprema dos Estados Unidos.

Após receber e conhecer a defesa dos Estados Unidos sobre as alegações dos petionários, na resolução nº 23/81, em 6 de março de 1981, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que não houve violações nas ações alegadas. Segue a conclusão da análise da Comissão:

**LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
RESUELVE:**

1. La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

2. La presente decisión debe ser transmitida a los peticionarios y al Gobierno de Estados Unidos.

3. Incluir esta Resolución en el Informe Anual de la Comisión.

Concurrieron en la aprobación de esta Resolución, el Presidente Tom J. Farer, el Segundo Vicepresidente Francisco Bertrand Galindo, y los Doctores Carlos A. Dunshee de Abranches, Andrés Aguilar y César Sepúlveda. El Doctor Aguilar presentó un voto razonado concurrente. Los Doctores Marco Gerardo Monroy Cabra y Luis Demetrio Tinoco Castro presentaron, por separado, votos disidentes. Dichos votos se incluyen como anexos a la presente Resolución.

Os fundamentos dessa decisão se basearam em um minucioso estudo dos trabalhos preparativos da Declaração Americana que concluiu que o direito à vida não é absoluto e a teoria concepcionista não é imperativa aos países signatários, podendo os Estados estabelecer os limites da proteção à vida.

Sendo assim, desde essa Resolução de 1981, o SIDH se robusteceu, os movimentos feministas cresceram e se institucionalizaram - adentrando a Academia e a Política - a ciência desenvolveu inovações nas formas e tecnologias de reprodução humana e as legislações internacionais e nacionais se alteraram. Em um novo contexto social, a interrupção da gestação

os da coletividade - Direito à preservação da saúde e ao bem-estar”. Da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

⁷³Cf. Blackmun, Harry A; Supreme Court of the United States U.S. Reports: *Roe et al. v. Wade*. Volume 410; October Term, 1972; District Attorney of Dallas County. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep410113/>>. Acesso em 30 de out. de 2020

⁷⁴Cf. Blackmun, Harry A; Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179. 1972. Periodical. Disponível em <<https://www.loc.gov/item/usrep410179/>> Acesso em 30 de out. de 2020

e os direitos sexuais femininos seguem sendo uma controvérsia na América e motivando novas demandas à Comissão e à Corte. Algumas dessas questões serão apresentadas e analisadas a seguir.

3.2.Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica (2012)

O caso “Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica”⁷⁵ se refere às violações de direitos humanos resultantes da decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica em que foi proibida a realização da Fecundação in Vitro (FIV). A proibição se baseava no entendimento de que a técnica violava o direito à vida dos embriões e desde essa decisão, datada do ano 2000, os casais foram impedidos de recorrer a essa forma de reprodução.

Após o julgamento, a Corte IDH decidiu que “*a fertilização in vitro não viola o direito à vida, previsto no artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos*”⁷⁶, tecendo comentários importantes sobre os limites dessa garantia, como será demonstrado.

A controvérsia chegou ao SIDH quando vários casais costarriquenhos se uniram para denunciar a violação à Comissão que, por sua vez, aceitou a denúncia, encaminhando-a à Corte, nos seguintes termos:

2. A Comissão afirmou que (...) esta proibição absoluta constituiu uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e a formar uma família. Além disso, alegou-se que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhas ou filhos biológicos. Além disso, este impedimento teria produzido um impacto desproporcional nas mulheres.
3. A Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação

⁷⁵ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Sentença De 28 De Novembro De 2012. Disponível em <http://www.cidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf> Acesso em: 15 abr. 2020

⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto. Ed 3. Brasília: junho, 2018. p 6

os artigos 1.1 e 2 ⁷⁷ deste instrumento, em detrimento de Grettel Artavia Murillo (e outras vítimas)⁷⁸. (grifo próprio)

Esse julgamento, então, será explorado, pois trata diretamente do conceito de vida, especialmente sobre o ponto inicial em que se pode afirmar que há sujeito de direito. Isso se justifica pela inovação científica da FIV que traz uma nova forma de concepção.

Para entender esse procedimento, cabe apresentar a descrição presente no documento:

65. Sobre o desenvolvimento embrionário na FIV, existem cinco etapas deste desenvolvimento que duram um total de cinco dias. Em primeiro lugar, os óvulos maduros são selecionados e são fecundados, de modo que se permita o desenvolvimento do zigoto. Nas primeiras 26 horas de desenvolvimento, o zigoto se divide em duas células, as quais posteriormente se dividem em quatro células no dia dois, e finalmente volta a se dividir para formar oito células no dia três. No dia quatro, fala-se de Mórula e, do dia quatro ao dia cinco, o embrião chega a seu estado de Blastocisto. Os embriões podem permanecer em cultivo por até cinco dias antes de serem transferidos ao útero da mulher. Portanto, o embrião pode ser transferido desde o dia dois até o dia cinco. Dependendo da caracterização morfológica e da dinâmica da divisão celular, é tomada a decisão em relação a quando transferir o embrião. A transferência embrionária pode ser diretamente ao útero ou às trompas de Falópio. Aos 12 dias da transferência embrionária, sabe-se se a mulher ficou grávida através de marcadores⁷⁹.

Partindo da questão da FIV, a Corte se pronuncia sobre garantias extremamente relevantes não só para o caso, mas também para abordar a interrupção voluntária da gravidez enquanto direito reprodutivo feminino, como, por exemplo, o direito à privacidade:

142. O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar.

⁷⁷*Artigo 1.* Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade - 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Artigo 17. Proteção da família - 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

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". (Todos da Convenção Interamericana)

⁷⁸ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica. p. 4

⁷⁹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica. p. 22

Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública. Além disso, esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana. Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.

143. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade. A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior. A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar para os demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico. (...)

146. (...) o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸⁰, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade. Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos⁸¹. – (grifo próprio)

Estabelece-se, assim, a relação entre o direito à privacidade e o desenvolvimento da personalidade, o que inclui a maternidade como um processo de escolha, derivado da autodeterminação feminina que compõe sua liberdade no sentido mais intrínseco à dignidade

⁸⁰Artigo 16 - 1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão (...) e) Os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de seus filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer esses direitos; (...). *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf > Acesso em 15 abr. 2020

⁸¹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 44 a 46

da pessoa. De igual modo, afirma-se que o controle da natalidade e a decisão de não ter filhos também está inclusa nesse espaço livre da ingerência de terceiros, combinado ao direito de acesso aos serviços de saúde necessários à execução dessa vontade livre e autônoma. Portanto, constata-se que o direito à privacidade feminina inclui o respeito aos seus direitos e escolhas reprodutivas, sempre amparados da assistência sanitária necessária para que se preserve sua integridade, o que, claramente não ocorre nos abortos clandestinos que se multiplicam especialmente nos países subdesenvolvidos, como demonstram os estudos da OMS citados acima.

Em seguida, a Corte desenvolveu mais argumentos sobre os direitos reprodutivos e de acesso aos serviços de saúde relacionados àqueles:

147. (...) a Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas, bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde. No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade. Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.

148. A Corte afirmou que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde para alcançar uma efetiva proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal. A saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças. Em relação ao direito à integridade pessoal, cabe ressaltar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde genética significa que ‘a mulher e o homem têm a liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito de estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de atendimento à saúde pertinentes’(...)De acordo com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, “os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo a decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos, o intervalo entre estes e a dispor da informação e dos meios para isso, e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva”. Além disso, adotando um conceito amplo e integral de saúde sexual e reprodutiva, afirmou-se que: ‘A saúde reprodutiva é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não de simples ausência de doenças ou enfermidades, em todos os aspectos concernentes ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a

métodos seguros, eficazes, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como a outros métodos para o controle da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento à saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis’.

150. Finalmente, o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva guarda relação com o direito a ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito ao gozo dos benefícios do progresso científico foi reconhecido internacionalmente e, no âmbito interamericano, encontra-se contemplado no artigo XIII da Declaração Americana⁸² e no artigo 14.1 b) do Protocolo de San Salvador⁸³. (grifo próprio)

Depreende-se que a integridade física e psicológica da pessoa está atrelada diretamente ao acesso que ela tem a atendimentos de saúde e tratamentos necessários a plena fruição dos seus direitos, inclusive os sexuais e reprodutivos. Dito isso, enfatiza-se, mais uma vez, a importância de permitir que os indivíduos tenham suas escolhas sexuais de forma instruída, segura e conforme sua vontade, seja para procriar ou não.

Portanto, fica claro que o acesso às medidas tanto de aumento da fertilidade, quanto de contracepção, está compreendido no estágio de avanço científico em que a humanidade se encontra, logo o acesso a eles não deve ser negado arbitrariamente. Ademais, cabe assinalar, desde já, que o acesso aos direitos relacionados à saúde, educação sexual e reprodução não são igualmente fornecidos à população e que, neste âmbito, as mulheres sofrem maior discriminação como será exposto mais adiante.

Por outra perspectiva, a Corte e a Comissão tecem comentários sobre o conceito e a abrangência da proteção à vida, abordados na Sentença da Sala Constitucional da Costa Rica:

158. A esse respeito, a Corte observa que na sentença da Sala Constitucional foi incluído um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, pois manifestou que “como o direito se declara a favor de todos, sem exceção, - qualquer exceção ou limitação destrói o conteúdo próprio do direito - deve ser protegido tanto no ser já nascido como no por nascer.

159. O Tribunal constata que a Sala Constitucional considerou que se a técnica da FIV pudesse ser realizada respeitando um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, esta poderia ser realizada no país. Entretanto, a Corte considera que embora na sentença da Sala Constitucional tenham sido utilizadas palavras condicionantes para admitir a prática da FIV no país, a verdade é que 12 anos depois de proferida a sentença, esta técnica não é realizada na Costa Rica (par. 67 supra). Por isso, o Tribunal considera que a “condição suspensiva” estabelecida na sentença, até o momento, não produziu efeitos práticos reais...a decisão da Sala Constitucional causou como fato não controvertido que a FIV não seja praticada no território

⁸²Artigo XIII. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. - Declaração Americana dos Direitos e Deveres Do Homem. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em 15 abr. 2020

⁸³ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 46 a 49

costarrriquenho e que, portanto, os casais que desejem recorrer a esta técnica não podem realizá-la neste país. (...)

162. (...) o Tribunal considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do "direito à vida" do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar em perda de embriões.

163. A Comissão afirmou que "o artigo 4.1 da Convenção poderia ser interpretado no sentido de conceder uma faculdade ao Estado de regulamentar a proteção da vida desde o momento da concepção, mas não necessariamente um mandato para conceder esta proteção". Argumentou que este artigo "não estabelec[ia] um direito absoluto ou categórico em relação às etapas pré-natais da vida" e que existia "um reconhecimento internacional e comparado do conceito de proteção gradual e incremental da vida na etapa pré-natal". Acrescentou que "a interpretação do artigo 4.1 da Convenção indica que o exercício de uma faculdade concebida por este instrumento internacional não está isento de escrutínio [da Corte] quando interfere com o exercício de outros direitos estabelecidos no mesmo, tais como, no presente caso, os direitos à vida privada, familiar, autonomia e a fundar uma família. (...)

171. A Corte afirmou que o objeto do presente caso se centra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas.... Para isso, a Sala interpretou o artigo 4.1 da Convenção entendendo que este artigo exigia uma proteção absoluta do embrião... Entretanto, esta Corte é a intérprete última da Convenção, motivo pelo qual considera relevante precisar o pertinente em relação aos alcances deste direito⁸⁴. (grifo próprio)

Por conseguinte, a Comissão entende que a defesa da vida desde a concepção é uma faculdade, não uma obrigação dos Estados e que, como todos os outros direitos, esse também não é absoluto, cabendo a ponderação entre direitos fundamentais. Nesse caso, estabelece-se a oposição entre a vida do embrião e o direito reprodutivo expresso na formação de uma família biológica, o que é muito parecido com o conflito gerado na discussão do aborto que opõe a vida embrionária ao direito reprodutivo da mulher expresso na não procriação.

Nessa disputa, o Estado costarrriquenho defende que o embrião é um sujeito de direito e, por isso, deve ter sua vida protegida, enquanto os casais e a Comissão apoiam a importância dos direitos à autonomia pessoal, à liberdade reprodutiva e à integridade física e psicológica, defendendo a tese de proteção gradual e incremental da vida uterina.

Outrossim, a Comissão reafirma que o órgão responsável pela interpretação da Convenção é a Corte Interamericana e não os tribunais nacionais. Seguindo esse entendimento, a Corte passa a interpretar o artigo de garantia da vida e a realizar a ponderação entre os direitos conflitantes:

172. Até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que o presente caso suscita em relação ao direito à vida. (...) a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em virtude deste papel

⁸⁴ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 50 a 52

fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito. Além disso, a Corte afirmou que o direito à vida pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição. Isso inclui adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e proteger o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna.

173. (...)Para analisar se existe uma obrigação de proteção absoluta nesses termos, a Corte procede a analisar o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana em relação às palavras "pessoa", "ser humano", "concepção" e "em geral". O Tribunal reitera sua jurisprudência segundo a qual uma norma da Convenção deve ser interpretada de boa fé, de acordo com o sentido comum que há de se atribuir aos termos do tratado em seu contexto e tendo em consideração o objeto e fim da Convenção Americana, qual seja a eficaz proteção da pessoa humana, bem como por meio de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Nesse contexto, a seguir será realizada uma interpretação: i) em conformidade com o sentido comum dos termos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, e iv) do objeto e fim do tratado⁸⁵. (grifo próprio)

Interessante pontuar como a decisão é extremamente clara quanto à metodologia de interpretação dos artigos e o faz de forma a reafirmar que os instrumentos internacionais que tratam da matéria buscam a proteção da pessoa humana, o que exige uma interpretação evolutiva, ou seja, que acompanha as mudanças circunstanciais da vida das pessoas e o desenvolvimento científico, político e econômico da humanidade. Assim, os Direitos Humanos, mesmo que positivados, devem ser interpretados conforme a realidade em que se insere a pessoa e não como uma regra fixa e imutável no tempo. Essa interpretação contextualizada é o que justifica a regionalização da proteção dessas garantias, para que o intérprete e o sujeito do direito estejam mais próximos, dividindo, na medida do possível, a mesma realidade.

C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos

176. No presente caso, a Corte observa que o conceito de "pessoa" é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à "concepção" e ao "ser humano", termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica.

177. O Tribunal constata que a Sala Constitucional optou por uma das posturas científicas ...entendeu que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida.

178. ...As partes também enviaram como prova um conjunto de artigos científicos e de pareceres periciais que a seguir serão utilizados para determinar o alcance da interpretação literal dos termos "concepção", "pessoa" e "ser humano". Além disso, a Corte se referirá ao significado literal da expressão "em geral" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção.⁸⁶ (grifo próprio)

⁸⁵ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 55

⁸⁶ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 56

Nesse trecho, é sustentado a importância da ciência no debate e é estabelecido pela Corte que nenhum outro critério religioso ou filosófico pode guiar a interpretação da Convenção e demais instrumentos de Direitos Humanos, já que isso implicaria em discriminação. Ademais, a ciência biológica é um saber mutável, no sentido de poder se refutar teses já estabelecidas, ampliar o conhecimento sobre os objetos e desenvolver novos conceitos e tecnologias. Portanto, a interpretação do Direito não pode ignorar os avanços científicos que alteram a realidade. Sobre esse fato a Corte disserta:

179. ...De fato, a FIV reflete que pode passar um tempo entre a união do óvulo e do espermatozóide, e a implantação. Por tal razão, a definição de “concepção”, que tinham os redatores da Convenção Americana, mudou. Antes da FIV não era contemplada cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher.

180. A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozóide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião. Outra corrente entende “concepção” como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero. O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião. (...)

183. Então, além destas duas possíveis hipóteses sobre o momento em que se deve entender que ocorre a “concepção”, as partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano, enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno. Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso.

185. Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais, no sentido de que não existe uma definição consensual sobre o início da vida. Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham.

186. ... a Corte ressalta que a prova científica concorda em diferenciar dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação. O Tribunal observa que somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção. Tendo em consideração a prova científica apresentada pelas partes no presente caso, o Tribunal constata que, embora ao ser fecundado o óvulo dê lugar a uma célula diferente e com a informação genética suficiente para o possível desenvolvimento de um “ser humano”, a verdade é que se este embrião não se implanta no corpo da mulher, suas possibilidades de desenvolvimento são nulas. (...)

189. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal entende o termo “concepção” desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, a expressão “em geral” permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.⁸⁷ (grifo próprio)

Aplicando o primeiro método interpretativo - considerar o sentido comum dos termos – o órgão já afastou a aplicação do artigo 4.1 dos casos de FIV, pois, diante das provas científicas, concluiu que é impossível um óvulo fecundado se desenvolver sem que haja implantação deste em um útero. Dessa forma, aderiram à corrente científica que considera a concepção concluída apenas com a implantação do óvulo fecundado, não gozando de proteção jurídica, portanto, os embriões que não são implantados durante a FIV.

Os juristas, entretanto, continuam a aplicar os métodos para exaurir todas as dúvidas.

C.2) Interpretação sistemática e histórica

191. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados em função do sistema jurídico ao qual pertencem. Nesse sentido, o Tribunal considerou que “ao dar interpretação a um tratado não somente são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)”,²⁸⁸ isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. (...)

193. ... Entretanto, no presente caso, a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena⁸⁸(...). Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir.⁸⁹ - (grifo próprio)

Nesse momento, a Corte faz uma análise do contexto histórico e dos debates entre as delegações para a redação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos, para extrair o conceito de “concepção”, “em geral” e “vida” que os Estados parte queriam atribuir ao texto à época da redação. Com a exposição das mudanças feitas nos textos, percebe-se que, desde à escrita do documento, não havia consenso sobre o tema, como é demonstrado:

C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos

⁸⁷Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 56 a 60

⁸⁸ *Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação: 4.* Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes - *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 15 abr. 2020

⁸⁹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 61

i) Trabalhos preparatórios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

195. O artigo I do Projeto apresentado pelo Comitê Jurídico expressava o seguinte sobre o direito à vida:

Toda pessoa tem direito à vida, inclusive os que estão por nascer, bem como os incuráveis, dementes e débeis mentais. A pena capital somente pode ser aplicada nos casos em que uma lei preexistente a tenha estabelecido para crimes de excepcional gravidade.

196. Posteriormente, formou-se um grupo de trabalho, que apresentou à Sexta Comissão um novo texto preliminar... cujo novo artigo I dizia:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade de sua pessoa.

197. Este novo artigo e outras mudanças introduzidas foram explicadas pelo grupo de trabalho em seu relatório à Sexta Comissão, como um arranjo ao qual se chegou para resolver os problemas suscitados pelas delegações de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela, principalmente como consequência do conflito entre as leis desses Estados e o texto preliminar do Comitê Jurídico, em vista de que a definição do alcance do direito à vida no Projeto do Comitê Jurídico era incompatível com as leis sobre a pena capital e o aborto na maioria dos Estados americanos.

198. ...O texto definitivo da Declaração foi aprovado na sétima sessão plenária da conferência em 30 de abril de 1948. A única diferença na última versão foi a supressão da referência à "integridade", sendo a versão finalmente aprovada a seguinte:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

199. A Corte observa que vários países, entre estes Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, estabeleciam no direito interno exceções à penalização do aborto em casos de perigo para a vida da mulher, grave perigo para a saúde da mulher, abortos eugênicos, ou em casos de estupro. (...)

ii) Trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

201. Na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em 1959, foi decidido promover a preparação de uma Convenção de Direitos Humanos, e foi encomendado ao Conselho Interamericano de Juristas a preparação de um projeto para esse fim. (...)O Conselho Interamericano levou em consideração as experiências do Sistema Europeu de Direitos Humanos com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em relação ao direito à vida, foi incorporado no artigo 2 do projeto a seguinte formulação:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente. (...)

204. Para conciliar as diferentes opiniões sobre a formulação "desde o momento da concepção", suscitadas desde a IX Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, à raiz das legislações dos Estados americanos que permitiam o aborto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos revisou o artigo 2 (direito à vida) e decidiu introduzir, antes da formulação "desde o momento da concepção", as palavras "em geral". Esse arranjo deu origem ao novo texto do artigo 2.1, que afirmava:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. (...)

211. Finalmente, por voto da maioria, a conferência adotou o texto preliminar submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o qual continua até o presente como texto do artigo 4.1 da Convenção Americana.

212. No momento de ratificar a Convenção, somente o México fez uma declaração interpretativa, esclarecendo que, "em relação ao parágrafo 1 do Artigo 4, considera que a expressão 'em geral' [...] não constitui obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida a partir do momento da concepção' já que esta matéria pertence ao domínio reservado dos Estados.⁹⁰ – (grifo e destaque próprio)

⁹⁰ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 62 a 66

Desse modo, fica demonstrado que o termo “em geral” foi adicionado, pois buscava-se assegurar a possibilidade de realizar exceções à proteção à vida desde a concepção no direito interno, conforme diversos países manifestaram durante os debates. Destaca-se ainda que, desde os primeiros debates para formação do SIDH, o aborto, em algumas condições, já era considerado uma exceção legítima, uma vez que estava até positivado em alguns ordenamentos nacionais.

Para complementar a interpretação histórica, a Corte recorre à produção da Comissão Interamericana, citando o marcante caso “Baby Boy”:

220. (...) a Corte constata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso **Baby Boy Vs. Estados Unidos da América**⁹¹, rejeitou o pedido dos peticionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, a Comissão rejeitou o argumento dos peticionários segundo o qual “o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção”, considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, “enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio”. Em relação à interpretação da Convenção Americana, a Comissão afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta. Considerou que “[a] adição da frase ‘em geral, desde o momento da concepção’ não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula ‘em geral, desde o momento da concepção’ são substancialmente diferentes da cláusula mais curta ‘desde o momento da concepção’, que aparecia repetida muitas vezes no documento dos peticionários.

221. A Corte conclui que os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão “em geral, desde o momento da concepção”, nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras “em geral.”⁹² (grifo e destaque próprio)

Essas considerações deixam claro que a expressão “em geral” foi redigida pelos Estados Parte a fim de compreender exceções à proteção da vida desde a concepção. Assim, a Corte afirma, categoricamente, que não considera a vida um direito absoluto, nem que esse direito existe desde o momento da concepção. A vida seria, portanto, um direito adquirido conforme o desenvolvimento embrionário e passível de ponderação quando em conflito com outras garantias.

⁹¹ Cf. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos da América*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>> Acesso em 15 abr. 2020

⁹² Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 67 e 68

Ademais, devido ao fato de que muitos países já haviam legalizado o aborto em certas circunstâncias, houve esforço diplomático para que o termo “em geral” constasse na cláusula final, para que não anulasse as permissões já presentes nos ordenamentos nacionais. Por outro lado, o trecho “desde a concepção” também permaneceu para atender aos países que proibiam totalmente a prática. Isso demonstra como o SIDH surge de uma tentativa conciliatória, o que deixou certos debates importantes, como o da interrupção voluntária da gravidez, de lado em prol da finalização de um acordo amplamente aceito.

Após as considerações históricas, os magistrados passam para uma interpretação sistêmica, considerando todo o Sistema Interamericano e Internacional de proteção aos Direitos Humanos:

iii) Interpretação sistemática da Convenção Americana e da Declaração Americana 222. A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana e da Declaração Americana. Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher, pode se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador⁹³, e do artigo VII da Declaração Americana⁹⁴(...)
 223. Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião.⁹⁵ (grifo e destaque próprio)

Após essa explanação, a Corte esclarece que o sujeito de direito da proteção à vida é a mulher grávida e não o embrião, que não se encaixa no conceito de “pessoa” a qual se destina os direitos positivados nos instrumentos que compõem o SIDH. Nesse sentido, a decisão reafirma a personalidade e autonomia da mulher, que não é mero receptáculo do embrião, sendo um ser independente e sujeito digno de proteção e promoção de seus direitos. Esse trecho, pois, é importantíssimo para que se pondere os interesses conflitantes sobre a interrupção gestacional, especialmente quando se considera a instrumentalização do corpo feminino para a promoção de interesses alheios, sejam eles estatais ou não.

⁹³Artigo 15 - Direito à constituição e proteção da família: 3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: a. Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto”; do Protocolo de San Salvador

⁹⁴ “Artigo VII - Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais. da *Declaração Americana*

⁹⁵ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 68

A Corte apresenta ainda a análise do tema no Sistema Universal dos Direitos Humanos, no Sistema Europeu dos Direitos Humanos e no Sistema Africano de Direitos Humanos, que não serão aqui transcritos, pois extrapolam o tema deste trabalho, mas são muito importantes para a conclusão do caso e demonstra a importância da comunicação entre as cortes internacionais para que se fortaleçam as boas ações e se evite os erros já constatados.

C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática

244. A Corte conclui que a Sala Constitucional se baseou no artigo 4 da Convenção Americana, no artigo 3 da Declaração Universal⁹⁶, no artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁷, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Entretanto, nenhum destes artigos ou tratados permite argumentar que o embrião possa ser considerado como pessoa nos termos do artigo 4 da Convenção. Tampouco é possível desprender esta conclusão dos trabalhos preparatórios ou de uma interpretação sistemática dos direitos consagrados na Convenção Americana ou na Declaração Americana.⁹⁸ (grifo e próprio)

O juízo aplicou, por conseguinte, a interpretação evolutiva dos dispositivos questionados. Esse método tem especial importância quando se trata de direitos com conteúdo bioético devido ao constante avanço dos estudos científicos como já foi afirmado.

C.3). Interpretação evolutiva

245. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana⁹⁹, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao

⁹⁶Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> > Acesso em 15 abr. 2020

⁹⁷Artigo 6 - 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. / 2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente. / 3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. 4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos. / 5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez. / 6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto. Do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm > Acesso em 15 abr. 2020

⁹⁸ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 75

⁹⁹ Artigo 29. - Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; / b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; / c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e /

efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte concedeu especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional ou jurisprudência de tribunais internos na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos (...)

253. Portanto, a Corte observa que as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida.¹⁰⁰ (grifo próprio)

São apresentados, aqui, como objeto de comparação, o Caso Vo. Vs. França e o Caso Costa e Pavan Vs. Itália julgados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Reforçando a relevância do diálogo entre Cortes.

Seguindo a aplicação da hermenêutica proposta:

C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

257. Em uma interpretação teleológica se analisa o propósito das normas envolvidas, para o que é relevante analisar o objeto e fim do mesmo tratado e, caso seja pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção.

258. Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula "em geral" tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.

259. Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada "proteção mais ampla" no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela.¹⁰¹ (grifo próprio)

Esses dois parágrafos são fundamentais para a defesa da permissão da FIV e, indiretamente, do aborto, pois afirmam que a vida não é um direito absoluto e que sua superproteção pode violar outros direitos humanos. Esse posicionamento não pode ser ignorado pelos Estados signatários, pois, como dito, a Corte é o órgão responsável pela interpretação da Convenção e sua jurisprudência compõe o SIDH. Portanto, essa tese corrobora a legalização do

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Da *Convenção Americana*.

¹⁰⁰ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 75 e 78

¹⁰¹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 80 e 81

aborto induzido, mesmo que apenas em condições específicas, pois firma o entendimento de que o direito à vida, desde a concepção, não é absoluto e que a superproteção do embrião por parte do Estado não pode ser alegada como ampliação da proteção prevista no artigo 4.1 da Convenção Americana, quando isso limitar os direitos da mulher gestante.

Então, os magistrados passam as considerações sobre decisões em instâncias nacionais:

260. A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula "em geral, desde a concepção" estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe.¹⁰² (grifo e destaque próprio)

A primeira jurisprudência citada é do Tribunal Constitucional da Alemanha e depois apresentam-se as produções judiciais americanas:

262. Por sua vez, na região, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos afirmou que “[é] razoável e lógico que um Estado, em um determinado momento, proteja outros interesses [...] como, por exemplo, os da potencial vida humana”, o qual deve ser ponderado com a intimidade pessoal da mulher - a qual não se pode entender como um direito absoluto - e “outras circunstâncias e valores”.

Por outro lado, segundo a Corte Constitucional da Colômbia, “embora corresponda ao Congresso adotar as medidas idôneas para cumprir o dever de proteção da vida [...] isto não significa que estejam justificadas todas as que profira com esta finalidade, porque, apesar de sua relevância constitucional a vida não tem o caráter de um valor ou de um direito de caráter absoluto e deve ser ponderada com os outros valores, princípios e direitos constitucionais”.

A Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina afirmou que nem da Declaração Americana nem da Convenção Americana se deriva um mandato de maneira que corresponda interpretar, de modo restritivo, o alcance das normas criminais que permitem o aborto em certas circunstâncias, “já que as normas pertinentes destes instrumentos foram expressamente delimitadas em sua formulação para que delas não se derivasse a invalidez de um caso de aborto” como o previsto no Código Penal argentino.

Em sentido similar, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México declarou que, do fato de que a vida seja uma condição necessária da existência de outros direitos não se pode validamente concluir que se deve considerar a vida como mais valiosa que qualquer um desses outros direitos.

263. Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula "em geral" do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos.¹⁰³ (grifo e destaque próprio)

¹⁰² Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 81

¹⁰³ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 81 e 82

Nessa sessão, o Tribunal estabelece um diálogo com a produção jurídica dos Estados Parte do SIDH. Isso é necessário não só para fins comparativos, mas, principalmente, para que a Corte entenda qual a realidade jurídica a qual as pessoas, que pretende proteger, estão submetidas. Dessa maneira, é possível aproximar as estruturas do SIDH às Cortes Nacionais e, conseqüentemente, aos cidadãos de cada país. Esse diálogo é essencial para o fortalecimento do Sistema e ampliação de sua atuação na vida jurídica e social na esfera nacional.

É importante que os Estados reconheçam os Direitos Humanos, mas também é importante que os órgãos internacionais conheçam a regulação e a realidade dos Estados para se atualizar, se inspirar, adotar teses jurídicas, formas de solução de conflitos, conceitos ou ações que possam tornar mais eficaz sua atuação. Deve-se sempre considerar que, quando se trata de Direitos Humanos, o objetivo é garantir a dignidade de pessoas reais, inseridas em contextos sociais, submetidas à ordenamentos jurídicos e ao poder de Estados soberanos, os quais intermediam a relação do Direito Internacional com esses sujeitos de direito. Por isso, é importante que a Corte e a Comissão conheçam a vivência dos destinatários das normas que pretendem proteger e, para além disso, é preciso fazer com que as pessoas conheçam essas garantias e os meios de exigi-las, para que a população, consciente de suas prerrogativas, atue pressionando uma postura garantista e aberta de seu Estado no cenário internacional.

Deixando registrado, então, a excelência desse julgado em recorrer à jurisprudência nacional dos Estados Parte, segue a conclusão da decisão:

C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral. (...)

273. A esse respeito, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que um direito pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrarias; por isso, devem estar previstas em lei no sentido formal e material, perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. No presente caso, a Corte ressaltou que o “direito absoluto à vida do embrião”, como base para a restrição dos direitos envolvidos, não tem fundamento na Convenção Americana.

274. (...)Para realizar esta ponderação deve ser analisado: i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro. (...)

276. A Corte efetuará uma ponderação na qual analisará: i) a severidade da interferência ocorrida nos direitos à vida privada e familiar e aos demais direitos envolvidos no presente caso. Além disso, esta severidade é analisada desde o impacto desproporcional relacionado com: ii) a incapacidade; iii) o gênero, e iv) a situação socioeconômica. Finalmente, será avaliada: v) a controvérsia sobre a alegada perda embrionária. (...)

279. Em primeiro lugar, a proibição da FIV impactou na intimidade das pessoas, visto que, em alguns casos, um dos efeitos indiretos da proibição foi que, ao não ser possível praticar esta técnica na Costa Rica, os procedimentos utilizados para recorrer a um tratamento médico no exterior exigiam expor aspectos que faziam parte da vida privada. (...)

282. ...Viu-se impactada a integridade psicológica das pessoas ao lhes negar a possibilidade de ter acesso a um procedimento que faz possível aplicar a liberdade reprodutiva desejada. (...)

284. De maneira que, em face do afirmado anteriormente, os casais sofreram uma interferência severa em relação à tomada de decisões sobre os métodos ou práticas que desejavam tentar com o fim de procriar um filho biológico. Mas também existiram impactos diferentes, relacionados à situação de incapacidade, ao gênero e à situação econômica, que foram alegados pelas partes em conexão com uma possível discriminação indireta no presente caso.

D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica

286. O Tribunal afirmou que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação determina que os Estados devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos. O Comitê de Direitos Humanos, o Comitê contra a Discriminação Racial, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconheceram o conceito da discriminação indireta. Este conceito implica que uma norma ou prática aparentemente neutra tem repercussões particularmente negativas em uma pessoa ou grupo com algumas características determinadas...

287. A Corte considera que o conceito de impacto desproporcional está ligado ao de discriminação indireta, razão pela qual se analisa se no presente caso existiu um impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica.¹⁰⁴ – (grifo próprio)

Todas as disposições acima se aplicam igualmente à proibição e penalização do aborto, pois isso também constitui uma intervenção excessiva que anula completamente os direitos da mulher, em prol de uma superproteção do embrião. Assim, as mulheres que não tem acesso à procedimentos seguros de interrupção da gravidez também tem sua integridade física, psicológica, privacidade, autonomia e direitos reprodutivos violados. Além disso, a proibição total da técnica também gera discriminação indireta, uma vez que tem impactos mais severos nas mulheres pobres, negras e provenientes de comunidades tradicionais ou originárias da América, uma vez que a elas são negados com mais severidade vários direitos, dentre eles o acesso à saúde e educação básica. Por isso, todo o disposto pela Corte quanto ao acesso à FIV

¹⁰⁴ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 82 a 90

se aplica ao acesso a interrupção voluntária e segura da gestação, que ainda está diretamente relacionado a situação econômica e a etnia da mulher.¹⁰⁵

Nos próximos parágrafos, a Corte, sabiamente, avalia como o gênero determina diferentes graus de acesso a direitos:

D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero

294. A Corte considera que a proibição da FIV pode afetar tanto homens como mulheres e lhes pode produzir impactos desproporcionais diferentes em virtude da existência de estereótipos e preconceitos na sociedade¹⁰⁶.

295. (...) Hunt explicou que “em muitas sociedades se atribui a infecundidade em grande medida e de forma desproporcional à mulher, devido ao persistente estereótipo de gênero que define a mulher como a criadora básica da família”. Citando as conclusões de pesquisas do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisas Conexas da Organização Mundial da Saúde (OMS), afirmou que:

(...) A carga psicológica e social da fecundidade, na maioria das sociedades, é muito superior sobre a mulher. A condição de uma mulher se identifica com frequência em sua fecundidade, e a falta de filhos pode ser vista como uma desgraça social ou causa de divórcio. O sofrimento da mulher infértil pode ser muito real”.

296. A Corte observa que a OMS afirmou que, embora o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminidade é definida muitas vezes através da maternidade...

297. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher afirmou que quando uma "decisão de adiar a intervenção cirúrgica devido à gravidez esteve influenciada pelo estereótipo de que a proteção do feto deve prevalecer sobre a saúde da mãe", esta é discriminatória.

298. Por outro lado, a perita Neuburger explicou que “...O impacto da incapacidade fértil nas mulheres costuma ser maior que nos homens, porque [...] a maternidade [he]s] foi designada como uma parte fundante de sua identidade de gênero e transformada em seu destino. O peso de sua autoculpabilização aumenta em um grau extremo quando surge a proibição da FIV [...]. As pressões familiares e sociais constituem uma carga adicional que incrementa a autoculpabilização”. (...)

300. (...) A Corte concorda com o Comitê CEDAW quando ressaltou que é necessário considerar “os direitos de saúde das mulheres sob uma perspectiva que leve em consideração seus interesses e suas necessidades em razão dos fatores e dos traços distintivos que as diferenciam dos homens, a saber: (a) fatores biológicos [...], tais como [...] sua função reprodutiva”. (...)

302. A Corte resalta que estes estereótipos de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los. O Tribunal não está validando estes estereótipos e unicamente os reconhece e visibiliza para precisar o impacto desproporcional da interferência gerada pela sentença da Sala Constitucional¹⁰⁷.

Essas considerações sobre a discriminação de gênero se aplicam perfeitamente às mulheres que não desejam ter filho, ou não tem condições de levar uma gravidez de forma

¹⁰⁵ Cf. CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria J. Cavalcante de; e CASTRO, Viviane Vaz. *Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres*. Florianópolis: v. 21, n. 3, p. 452-470, set./dez. 2018

¹⁰⁶ Cf. ADESSE; Leila; JANOTTI Claudia Bonan, SILVA Katia Silveira da; FONSECA, Vania Matos. *Aborto e estigma: uma análise da produção científica sobre a temática*: “(...) o aborto tem se mantido em segredo ou em seletiva revelação, numa tentativa das mulheres que abortam de prevenir atitudes estigmatizantes e de serem marcadas por estereótipos”.

¹⁰⁷ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 92 a 94

segura. Deste modo, a proibição do aborto atinge de forma muito dura as mulheres que têm seus corpos colocados à disposição das expectativas da sociedade e da vontade do Estado. Além disso, essas pessoas têm sua própria identidade questionada já que não realizam o estereótipo de maternidade.

Nesse sentido, a mulher que recorre a procedimentos abortivos é estigmatizada socialmente por não cumprir os papéis de gênero construídos pelo patriarcado, fruto da colonização europeia e reafirmado pelo cristianismo, realidade majoritária nas comunidades da América. Essa situação de exclusão e rejeição se agrava quando o Estado reafirma esse estigma ao proibir e principalmente quando penaliza a conduta. Isso faz com que mulheres se tornem ainda mais vulneráveis a situações de abortos inseguros, como definido pela OMS¹⁰⁸.

D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica

303. Finalmente, a proibição da FIV teve um impacto desproporcional nos casais inférteis que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV no exterior. Constados autos que Gretel Artavia Murillo,... não tinham os recursos econômicos para realizar de maneira exitosa o tratamento da FIV no exterior¹⁰⁹.

Mais uma vez se estabelece um paralelo entre a situação tratada e a realidade do aborto na América. Como ocorre uma grande diferença entre as legislações nacionais sobre o tema, verifica-se que a condição econômica permite que algumas mulheres viajem para realizar um procedimento seguro e que outras, sem recursos, recorrem a alternativas extremamente arriscadas. Dessa forma, novamente, a renda determina quem morre em procedimentos clandestinos e quem tem seus direitos garantidos com segurança e salubridade. Aqui se destaca o papel crucial do Direito Internacional na realização de um standard mínimo de proteção às mulheres que desejem ou precisem interromper a gravidez, para que essa desigualdade seja ao menos diminuída, assim como o número de mortes e afecções derivadas de procedimentos temerários.

D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida

314. Uma ponderação entre a severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso e a importância da proteção do embrião permite afirmar que a violação do direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada, à intimidade, à autonomia reprodutiva, ao acesso a serviços de saúde reprodutiva e a formar uma família é severa e supõe uma violação destes direitos, pois estes direitos são anulados na prática para aquelas pessoas cujo único tratamento possível da infertilidade era a FIV. Além disso, a interferência teve um impacto diferente nas supostas vítimas por

¹⁰⁸ Cf. WHO. *Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*.

¹⁰⁹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros ("Fecundação In Vitro") Vs. Costa Rica*. p. 94 e 95

sua situação de deficiência, os estereótipos de gênero e, diante de algumas das supostas vítimas, por sua situação econômica.

316. Portanto, a Corte conclui que a Sala Constitucional partiu de uma proteção absoluta do embrião que, ao não ponderar nem ter em consideração os outros direitos em conflito, implicou uma intervenção arbitrária e excessiva na vida privada e familiar, o que fez dessa interferência desproporcional. Além disso, a interferência teve efeitos discriminatórios...

E) Conclusão final sobre o mérito do caso

317. Por todo o anteriormente resenhado durante o presente capítulo, a Corte declara a violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, (...).¹¹⁰

A partir desse ponto, é apresentado o capítulo de reparações devidas pela República da Costa Rica às vítimas indicadas no documento, conforme previsão do artigo 63.1¹¹¹ da Convenção Americana.

A sentença foi proferida em 28 de novembro de 2012, quando a Corte era formada pelos Juízes: Diego García Sayán (Presidente), Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet, Alberto Pérez Pérez e Eduardo Vio Grossi, sendo este último o único a votar contra à responsabilização do Estado pelas violações da Convenção.

Por fim, assinala-se que o colegiado é formado por maioria masculina, tendo uma desigualdade de representação de gênero na proporção de 5 homens para 1 mulher e que decisão foi publicada pouco depois da decisão brasileira citada adiante, mas não houve menção a ela.

3.3. Caso Sra. B vs. El Salvador (2013)

O caso “Sra. B versus El Salvador”¹¹² foi decidido em uma medida cautelar (MC 114/13 - B, El Salvador) apresentada pela Comissão à Corte em 2013. Trata-se de um pedido emergencial de autorização para realização de procedimento médico para interromper a gravidez que gerava risco à saúde da gestante. Verificada a urgência que justifica o pedido, “a

¹¹⁰ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. p. 94

¹¹¹Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. da *Convenção Interamericana*

¹¹² Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana De Derechos Humanos. *Resolución Medidas Provisionales. Respecto de El Salvador. Asunto B*. De 29 de Mayo de 2013. 1 Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>. > Acesso em 14 jun 2020

*Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos defere medida cautelar para autorizar a interrupção de gravidez com fins humanitários.*¹¹³

Segundo a ementa do processo:

O pedido de medidas cautelares assinala que o Ministério da Saúde e o Comitê Hospitalar onde “B” está hospitalizada determinaram que “B” sofre de uma série de patologias, que sua gravidez acarreta alto risco de morte para a mãe e que o feto é anencefálico. Também indica que as referidas autoridades de saúde determinaram que o efeito da passagem do tempo sem a implementação do tratamento médico recomendado poderia afetar os direitos da mãe à vida, à integridade e à saúde. Os peticionários declararam que, apesar de ter solicitado às autoridades nacionais, incluindo o Supremo Tribunal de Justiça, o fornecimento do tratamento recomendado pelos médicos especialistas, não há resposta final até o momento¹¹⁴ – (grifo próprio)

Na ocasião, após o próprio Estado salvadoreño confirmar que não havia dado resposta jurídica ou administrativa satisfatória à situação da senhora “B”, a Comissão encaminhou a petição à Corte, alegando que havia violação dos direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal da petionária, por não ter recebido o tratamento médico que lhe foi indicado.

‘B’, como foi identificada, estava grávida de um feto anencefálico e apresentava um quadro clínico de “lúpus eritematoso discoide”, agravado com “nefrite lúpica”. A Comissão relatou que ela havia obtido medidas judiciais, inclusive da Corte Suprema de Justiça de El Salvador, autorizando tratamento médico necessário que garantisse seu direito à vida. No entanto, ela apenas havia sido internada e recebia medicações, sem que nenhum procedimento para interrupção da gestação fosse iniciado. A Comissão argumentou que o país não adotava as medidas necessárias para permitir a interrupção da gestação e que “B” corria risco iminente de morte. Alegou que o principal obstáculo para realizar o procedimento seria a criminalização absoluta do aborto no país. Contudo, não requereu o pronunciamento da Corte quanto à compatibilidade da norma em relação à Convenção, mas que a Corte garantisse o direito à vida da gestante sem temer represálias em consequência.¹¹⁵ – (grifo próprio)

A Corte emitiu resolução provisória outorgando as medidas cautelares, após a análise dos critérios exigidos para a admissibilidade da ação. “A Corte analisou apenas os argumentos relacionados à extrema gravidade, à urgência e à necessidade de evitar danos irreparáveis à pessoa”¹¹⁶.

Assim, considerando que El Salvador não adotou as medidas necessárias para salvaguardar os direitos humanos de “B”, especificamente o direito à vida, à integridade pessoal

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto*. p. 5

¹¹⁴ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Resolución Medidas Provisionales. Respecto de El Salvador. Asunto B*.

¹¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto*. p. 5

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto*. p. 5

e a à saúde - previstos nos artigos 4 e 5 da Convenção - a Corte ordenou medidas provisórias, em 29 de maio de 2013, determinando a obrigação (negativa) do Estado de não impedir que “B” recebesse o tratamento que a equipe médica entendesse adequado ao caso e garantisse sua integridade até sua plena recuperação.

A decisão unânime foi assinada pelo Presidente da Corte Diego García-Sayán e pelos juízes Manuel E. Ventura Robles, Alberto Pérez Pérez, Eduardo Vio Grossi, Roberto de Figueiredo Caldas, Humberto Antonio Sierra Porto e Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Cabe destacar que a decisão foi aprovada por um grupo de magistrados composto somente por homens.

Devido à demora da resposta estatal e dos trâmites no SIDH, a gestação de “B” já havia passado do segundo trimestre da gestação, logo a interrupção não poderia mais ser considerada um aborto. A senhora “B” teve que ser submetida a uma cesariana – procedimento cirúrgico mais arriscado que o aborto induzido - para a retirada do feto, tendo sua saúde monitorada e estabilizada pela equipe médica que a acompanhava, tudo sob garantia do Estado, que foi proibido de impor entraves aos procedimentos e obrigado a salvaguardar os direitos da solicitante, conforme decisão da Corte.

A Corte suspendeu em 19 de agosto de 2013 a medida cautelar pela perda de objeto da demanda, uma vez que El Salvador cumpriu as determinações da última decisão provisória e a senhora “B” já estava recebendo o tratamento adequado.

Destaca-se que nesse processo a Comissão não requereu e a Corte não se posicionou especificamente sobre o direito à vida do feto, ou ao aborto, mas sim ao “*tratamento médico recomendado pela equipe técnica que a acompanhava*”. Ademais, o caso comprova como a demora de respostas institucionais para casos que envolvam a interrupção gestacional podem gerar maiores prejuízos às mulheres ou até mesmo a perda do objeto da demanda, devido ao desenvolvimento do feto pelo decorrer do tempo.

Registra-se a importância dessa decisão, não só para a parte atendida, mas em âmbito geral ao declarar o direito das mulheres de terem acesso aos tratamentos de saúde adequados, inclusive ao aborto terapêutico¹¹⁷. Entretanto, aqui se destaca o silêncio dos órgãos: diante da

¹¹⁷ “Aborto terapêutico ou necessário: utilizado para salvar a vida da gestante ou impedir riscos iminentes à sua saúde em razão de gravidez anormal”. Cf. MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher. 2008

oportunidade de abordar diretamente o assunto e fixar um standard mínimo de proteção às mulheres americanas que precisam ou queiram recorrer à interrupção da gestação, tanto a Comissão, quanto a Corte se omitiram, ignorando não só os Direitos Humanos registrados nos instrumentos que compõem o SIDH, mas também sua própria jurisprudência que vinha se consolidando no sentido de proteção dos direitos reprodutivos femininos.

3.4. Caso Sra. I vs. Bolívia (2016)

O caso “Sra. I versus Bolívia”¹¹⁸ trata da esterilização forçada de uma mulher ocorrida no país. O Estado foi condenado a reparar os danos causados à requerente e promover ações de educação sexual e formação médica sobre a importância do consentimento do paciente após ser plenamente informado sobre o procedimento. Essa decisão discutiu a necessidade do consentimento informado no âmbito da saúde, o acesso à informação e os direitos reprodutivos femininos.

O documento apresenta assim o caso:

O caso submetido à Corte. – Em 23 de abril de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ... submeteu à jurisdição da Corte o caso “I.V.” contra O Estado Plurinacional da Bolívia ... De acordo com a Comissão, o caso se refere à alegada responsabilidade internacional do Estado pela intervenção cirúrgica à qual foi submetida a senhora I.V. em um hospital público em 1 de julho de 2000. Segundo a Comissão, esta intervenção, que consiste em uma laqueadura bilateral ou ligadura das trompas de Falópio, teria sido realizada sem que se tratasse de uma situação de emergência e sem o consentimento informado da senhora I.V., quem teria sofrido a perda permanente e forçada da sua função reprodutora. A Comissão determinou que a intervenção cirúrgica teria constituído uma violação à integridade física e psicológica da senhora I.V., bem como ao seu direito a viver sem violência nem discriminação, de acesso à informação e à vida privada e familiar, entendendo a autonomia reprodutiva como parte desses direitos. Para a Comissão, o Estado não teria dado à suposta vítima de uma resposta judicial efetiva frente a tais violações¹¹⁹.
– (grifo próprio)

Os fatos descritos foram considerados pela Comissão como violações, por parte do Estado boliviano, dos “*direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1, 11.2, 13.1, 17.2 e 25.1 da Convenção Americana*”¹²⁰, em relação às suas obrigações estatais consagradas no artigo 1.1 do mesmo

¹¹⁸ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V. vs. Bolívia*. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações E Custas). Sentença de 30 de novembro de 2016. Disponível em < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Caso_I_V_Vs_Bolivia_sentenciaVF.pdf > Acesso em: 16 abr. 2020.

¹¹⁹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V. vs. Bolívia*. p. 6

¹²⁰ *Artigo 5*. Direito à integridade pessoal - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. / 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou

instrumento” e que a Bolívia também “*violou o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará e os seus incisos a), b), c), f) e g)*”¹²¹.”¹²²

A representante da parte: Sra. Rielma Mencias Rivadeneira, Diretora Executiva de “Direitos em Ação”, por sua vez, pediu a “*adição da violação dos artigos 3, 5.2, 11.1 e 25.2.a) da Convenção Americana*”¹²³, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção em prejuízo da senhora I.V.; bem como o artigo 5 da Convenção, em conexão com os artigos 19 e 1.1 do mesmo instrumento¹²⁴, em prejuízo de N.V. e L.A., filhas de I.V.”¹²⁵

Assim, o processo segue os ritos normais de dar voz às partes, apresentação de provas e o debate é focado, principalmente, no consentimento informado dos pacientes, especialmente quando estes estão em situação de vulnerabilidade. Por fim, a Corte decidiu pela condenação

degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Artigo 8. Garantias judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Artigo 25. Proteção judicial - 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. / 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; / b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e / c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. da *Convenção Interamericana*.

¹²¹ *Artigo 7 - Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; / b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; / c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; / f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; / g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes. da *Convenção de Belém do Pará*.*

¹²² Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V.vs. Bolívia*. p. 6

¹²³ *Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade - 1.* Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. da *Convenção Interamericana*.

¹²⁴ *Artigo 19. Direitos da criança - Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. da *Convenção Interamericana*.*

¹²⁵ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V.vs. Bolívia*. p. 8

do Estado boliviano reconhecendo todas as violações citadas acima, exceto as referentes aos artigos 3 e 25.2. a) da Convenção Americana.

Entretanto, essa decisão traz postulações da Comissão importantes para a discussão do aborto, as quais serão citadas, literalmente, a seguir:

A.1 Argumentos sobre o direito à integridade pessoal (artigo 5.1 da Convenção Americana)

119. A Comissão alegou que o direito à integridade pessoal é um conceito que abrange a saúde materna das mulheres e a sua proteção entranha a obrigação do Estado em garantir que elas tenham acesso em igualdade de condições a serviços adequados e oportunos de saúde e à informação necessária relacionada à maternidade e à saúde reprodutiva. (...)

A.3 Argumentos sobre os direitos à dignidade, à vida privada e familiar, e a fundar uma família (artigos 11.1, 11.2 e 17.2 da Convenção Americana)

128. A Comissão informou que a esterilização de I.V. foi realizada de forma arbitrária e sem o consentimento informado... afetou o seu direito à autonomia reprodutiva o qual compreende a livre e autônoma decisão sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos, o qual, por sua vez, forma parte da esfera mais íntima da vida privada e familiar, conforme o artigo 11.2 da Convenção¹²⁶. – (grifo próprio)

A Comissão afirma a importância da proteção dos direitos reprodutivos e como isso está intimamente relacionado à prestação de serviços de saúde. Complementarmente, é afirmado o direito à autonomia reprodutiva, que é conceituada pela Comissão de forma a deixar claro que a mulher tem direito de escolher ter ou não filhos. Logo, essa afirmação é de extrema relevância para a defesa do direito à interrupção da gestação, uma vez que a Corte afirmou, em julgados anteriores, que o embrião não é considerado pessoa - logo, não é sujeito do direito à vida - e que a mulher é o sujeito de direito das garantias previstas internacionalmente, sendo a proteção da mulher o objetivo fim do artigo 4.1 da Convenção. Por sua vez, nesse julgamento a Comissão reitera a posição de sujeito de direito da mulher, inclusive do direito à autonomia reprodutiva que abrange a decisão de não ter filho.

Em seguida, a Corte igualmente apresenta considerações pertinentes ao debate:

149. A Corte observa que o artigo 11 da Convenção Americana protege um dos valores mais fundamentais da pessoa humana, entendida como ser racional, ou seja, o reconhecimento da sua dignidade. De fato, o inciso primeiro desse artigo contém uma cláusula universal de proteção da dignidade, cujo embasamento está sustentado tanto no princípio da autonomia da pessoa quanto na ideia de que todos os indivíduos devem ser tratados como iguais, como seres em si mesmos conforme as suas intenções, vontade e próprias decisões de vida. Por sua parte, o inciso segundo estabelece a inviolabilidade da vida privada e familiar, entre outras esferas protegidas. Nesse âmbito da vida privada das pessoas, a Corte afirmou que se caracteriza por ser um

¹²⁶Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso I.V. vs. Bolivia*. p. 41 a 45

espaço de liberdade isento e imune às ingerências abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.

150. (...) um aspecto central do reconhecimento da dignidade constitui a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme as suas próprias opções e convicções. Nesse âmbito, desempenha um papel fundamental o princípio da autonomia da pessoa, o qual proíbe toda atuação pública que procure a instrumentalização do indivíduo, ou seja, que a transforme em um meio para fins alheios às eleições sobre a sua própria vida, o seu corpo e o desenvolvimento pleno da sua personalidade, dentro dos limites que a Convenção impõe¹²⁷. – (grifo próprio)

Dessa forma, a Corte enfatiza que a autonomia e a inviolabilidade da vida privada são princípios que formam a dignidade da pessoa. Importante destacar esse termo, pois ele aparece em muitos instrumentos internacionais e cartas constitucionais, porém é sempre interessante assinalar o que a palavra “dignidade” compreende e, nesse ponto, a Corte foi bem clara. Assim, afirma-se que é inaceitável a instrumentalização do indivíduo, o que refuta todos os estereótipos de gênero que reduzem a mulher à maternidade, à procriação, à gestação, eliminando completamente seus direitos de escolha sobre o próprio corpo.

151. Nesse sentido, a Corte interpretou amplamente o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e de não fazer tudo o que estiver licitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa a organizar, com arranjo à lei, a sua vida individual e social conforme as suas próprias opções e convicções. A liberdade, assim definida, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana¹²⁸ – (grifo próprio)

Mais uma vez, os magistrados se preocupam em expor o conteúdo dos direitos que tutela, dessa vez, o direito à liberdade. Destaca-se como é entendido essa garantia de forma ampla, sempre a favorecer a pessoa, permitindo que ela viva da forma que entenda ser a melhor, o que inclui a escolhas sobre o que fazer com seu corpo e como conduzir sua vida familiar.

152. Além disso, o Tribunal precisou que a proteção do direito à vida privada não se limita ao direito à privacidade, pois envolve uma série de fatores relacionados à dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar a sua própria identidade e definir as suas próprias relações pessoais.(...) A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar aos demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte vem afirmando que as escolhas e decisões em relação à maternidade formam parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.

¹²⁷ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V.vs. Bolívia*. p. 50

¹²⁸ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V.vs. Bolívia*. p. 50 e 51

Consequentemente, a decisão de ser ou não ser mãe ou pai pertence à esfera das decisões autônomas dos indivíduos a respeito da sua vida privada e familiar¹²⁹. – (grifo próprio)

O direito à privacidade é aqui destrinchado, estabelecendo a ligação entre ele e o desenvolvimento da personalidade e da autonomia de qualquer pessoa, o que no caso de mulheres tem especial importância nas decisões sobre a maternidade. Eles afirmam, mais uma vez, que decisão de ser mãe ou não cabe à mulher e não ao Estado, ou qualquer outro indivíduo.

154. Além disso, a Corte vem destacando a intrínseca vinculação entre os direitos à vida privada e à integridade pessoal com a saúde humana, e que a falta de atenção médica adequada pode levar a violação do artigo 5.1 da Convenção. A Corte assinalou que, aos efeitos de dar cumprimento à obrigação de garantir o direito à integridade pessoal e no marco da saúde, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado que regule a prestação de serviços de saúde, estabelecendo padrões de qualidade para as instituições públicas e privadas, que permita prevenir qualquer ameaça de vulneração à integridade pessoal nas referidas prestações (...)

155. A saúde, como parte integrante do direito à integridade pessoal, não apenas envolve o acesso a serviços de atendimento à saúde no qual as pessoas tenham oportunidades iguais para gozar do mais elevado nível possível de saúde, mas também a liberdade de cada indivíduo de controlar a sua saúde e o seu corpo e o direito a não sofrer ingerências, tais como não ser submetido a torturas nem a tratamentos e experiências médicas não consentidas. Desse modo, a existência de uma conexão entre o consentimento informado com a autonomia pessoal e a liberdade de tomar decisões sobre o próprio corpo e a saúde exige, por um lado, que o Estado assegure e respeite decisões e escolhas feitas de forma livre e responsável e, por outro, que se garanta o acesso à informação relevante para que as pessoas estejam em condições de tomar decisões informadas sobre o curso de ação relativo a seu corpo e saúde de acordo com seu próprio plano de existência. Em matéria de saúde, o fornecimento de informação oportuna, completa, compreensível e fidedigna, deve ser realizado de ofício, uma vez que este é imprescindível para a tomada de decisões informadas nesse âmbito.

157. A saúde sexual e reprodutiva constitui certamente uma expressão da saúde que tem especiais implicações para as mulheres devido à sua capacidade biológica de gravidez e parto. Por uma parte, relaciona-se com a autonomia e a liberdade reprodutiva no que se refere ao direito a tomar decisões autônomas sobre o seu projeto de vida, o seu corpo e a saúde sexual e reprodutiva, livre de toda violência, coação e discriminação. Por outro lado, refere-se ao acesso tanto a serviços de saúde reprodutiva quanto à informação, à educação e aos meios que lhe permitam exercer o seu direito a resolver de forma livre e responsável o número de filhos que desejam ter a o intervalo de nascimentos. A Corte considerou que “a falta de respaldos legais para tomar em consideração a saúde reprodutiva pode levar a um prejuízo grave à autonomia e à liberdade reprodutiva...”

158. Em especial, cabe destacar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde genésica significa que “a mulher e o homem estão em liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito a estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis da sua escolha, bem como o direito de acesso aos pertinentes serviços de atendimento à saúde”. Dessa forma, a Corte considera que todos os Estados devem garantir o acesso à informação em questões de saúde, principalmente em relação à saúde sexual e reprodutiva, cuja denegação muitas vezes significou uma barreira para o exercício pleno desse direito e um impedimento para a tomada de decisões de forma livre e plena. (...)

¹²⁹ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V. vs. Bolívia. p. 52

206. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, senão que é imperativa a adoção de medidas positivas, determinantes em função das necessidades específicas de proteção do sujeito de direito, seja pela sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra¹³⁰. – (grifo próprio)

Os juristas expõem como a saúde é um direito essencial para o exercício de todos os outros citados. A saúde compreende a prestação ativa do Estado que deve fornecer acesso aos procedimentos médicos e informações, mas também compreende a limitação de não interferência no corpo do indivíduo. Dessa forma, pode-se afirmar que a criminalização total do aborto fere gravemente o direito à saúde, visto que é uma ingerência desproporcional do Estado sobre o corpo das mulheres, ao mesmo tempo que as impede de acessar formas seguras de realizar o procedimento, como a OMS declara em seu relatório¹³¹.

238. A Corte destacou que a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; o que, à inversa, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do exercício de direitos que se reconhecem a quem não consideram incursos nessa situação. Na atual etapa da evolução do direito internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do jus cogens. Sobre ele descansa a estruturação jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico. Os Estados devem se abster de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de jure ou de facto. (...)

243. A Corte reconhece que a liberdade e a autonomia das mulheres em matéria de saúde sexual e reprodutiva tem sido historicamente limitada, restringida ou anulada com base em estereótipos de gênero negativos e prejudiciais(...). Isso se deve a que social e culturalmente os homens tenham assumido um papel preponderante na adoção de decisões sobre o corpo das mulheres e que as mulheres são vistas como o ser reprodutivo por excelência. (...)

246. ... A Corte reconheceu que determinados grupos de mulheres sofrem discriminação ao longo da sua vida com base em mais de um fator combinado com o seu gênero, o qual aumenta o risco de sofrer atos de violência e outras violações dos seus direitos humanos (...) seja pela sua posição socioeconômica, raça, deficiência ou por conviver com HIV.¹³² – (grifo próprio)

A igualdade também é abordada de forma a demonstrar que ainda há discriminação de gênero no acesso aos direitos, em especial os reprodutivos. A proibição do aborto claramente gera uma discriminação indireta de gênero, como citado no primeiro caso abordado, visto que, as consequências de um procedimento sem segurança e amparo do sistema de saúde impacta

¹³⁰ ¹³⁰ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V.vs. Bolívia. p. 51 a 54 e 76

¹³¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde. 2. ed. Genebra, 2013. Disponível em:

< http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437_por.pdf >. Acesso em: 14 jun 2020

¹³² ¹³² Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V.vs. Bolívia. p. 87 e 89

apenas o corpo da mulher, mesmo que a decisão tenha sido do casal. Percebe-se, ainda, que a discriminação ocorre mesmo entre as mulheres, pois a classe social, a raça, o nível de instrução determinam diferentes graus de acesso a serviços de saúde e informação, o que estabelece a possibilidade de acessar uma interrupção segura da gravidez.

249. No âmbito interamericano, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará” estabelece que todas as mulheres têm direito a uma vida livre de violência, e que esse direito inclui o direito a ser livre de toda forma de discriminação. (...). Para tornar efetiva essa proteção, a Corte considerou que não basta com que os Estados se abstenham de violar os direitos, senão que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja pela sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra. A Corte considera que esse dever estatal adquire especial relevância quando se encontram implicadas violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, como é o caso de esterilizações não consentidas praticadas em hospitais públicos.

250. A Convenção de Belém do Pará estabeleceu parâmetros para identificar quando um ato constitui violência e define no seu artigo 1º que “deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. Da mesma forma, a Corte afirmou que a violência baseada no sexo, “abrange atos que infringem danos ou sofrimentos de caráter física, mental ou sexual, ameaças de cometer esses atos, coação e outras formas de privação da liberdade. (...)

262. ...a comunidade internacional foi reconhecendo de forma progressiva que a tortura e outros tratamentos inumanos também podem acontecer em outros contextos de custódia, domínio ou controle nos quais a vítima está indefesa, tais como no âmbito dos serviços de saúde e especificamente da saúde reprodutiva. Nessa linha, a Corte destaca o papel transcendental que ocupa a discriminação ao analisar a adequação das violações dos direitos humanos das mulheres à figura da tortura e os maus tratos desde uma perspectiva de gênero.¹³³ – (grifo próprio)

A definição de tortura nesse trecho é fundamental, pois estabelece que isso pode ocorrer no ambiente de atendimento de saúde e, igualmente, no impedimento de acessá-lo. Mais uma vez, a Corte vai além do tema da esterilização forçada para defender os direitos reprodutivos das mulheres e a necessidade de promover a proteção desse grupo contra a violência, inclusive a Estatal, baseada em estereótipos de gênero.

Nesse contexto, reforça-se o fato de que a manutenção de uma gravidez indesejada ou de risco à vida da mulher causa sequelas físicas e psicológicas, enquanto os procedimentos de interrupção clandestinos causam os mesmos danos e ainda podem implicar o encarceramento da pessoa, uma medida extrema se considerarmos o direito penal como última solução. Portanto, a proibição e a penalização do aborto constituem formas de tortura que o Estado impõe

¹³³ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso I.V.vs. Bolívia*. p. 91 e 95

as mulheres que se submetem a continuidade de um processo indesejado, ou arriscam sua saúde para fazer valer sua autonomia e direitos reprodutivos.

264. Certamente, o contexto dos serviços de saúde pode implicar um maior risco para as mulheres de que sejam submetidas a atos contrários ao artigo 5.2 da Convenção Americana, especialmente a respeito daquelas práticas ou políticas que estão dirigidas primordialmente contra a mulher, que as afetam de forma desproporcionada, ou àquelas práticas em que a mulher seja especialmente vulnerável devido a estereótipos de gênero negativos ou prejudiciais, incluindo o aspecto social e cultural das mulheres como responsáveis pela função reprodutiva e pela anticoncepção. No mesmo sentido, o Comitê contra a Tortura reconheceu que, entre as situações em que a mulher corre risco de ser submetida a tortura ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, encontra-se o tratamento médico, especialmente no caso de decisões relacionadas à reprodução. (...)

297. Em efeito, tal como foi destacado pela Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, “a violência e as violações da saúde reprodutiva da mulher podem dever-se à ação direta do Estado, que aplica políticas reprodutivas prejudiciais, ou ao descumprimento por parte do Estado de suas obrigações fundamentais para promover a mulher, o que leva implícita a obrigação do Estado de agir com a diligência devida para impedir, investigar e castigar as violações.

298. Portanto, a proteção dos direitos das mulheres através do acesso a recursos oportunos, adequados e efetivos para remediar estas violações de forma integral e evitar a repetição desses fatos no futuro resulta de suma relevância se considerarmos que, atualmente, no marco do atendimento médico e do acesso aos serviços de saúde, as mulheres continuam sendo vulneráveis a sofrer violações a seus direitos sexuais e reprodutivos, na maioria dos casos através de práticas discriminatórias que são consequência da aplicação de estereótipos em seu prejuízo. (...)

304. Em sua Observação Geral No. 22 de 2016, sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais indicou que os Estados Partes devem colocar em prática leis, políticas e programas para prevenir, tratar e corrigir violações do direito de todas as pessoas à autonomia da tomada de decisões sobre questões relacionadas com sua saúde sexual e reprodutiva, livre de violência, a coerção e a discriminação¹³⁴. – (grifo próprio)

Portanto, essa decisão vai além da condenação da esterilização forçada, mas versa sobre os direitos femininos à autonomia, à privacidade, à liberdade, à saúde, à não discriminação, as liberdades reprodutivas e a obrigação estatal de combater as práticas discriminatórias baseadas em estereótipos de gênero, inclusive as praticadas por meio de lei que viola os direitos das mulheres.

Finalmente, a Corte formada por Roberto F. Caldas (Presidente), Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni e L. Patricio Pazmiño Freire decidiu por unanimidade condenar o Estado Plurinacional da Bolívia. Apontando, mais uma vez, a constituição majoritariamente masculina do colegiado.

¹³⁴ ¹³⁴ Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V.vs. Bolívia. p. 95 e 106 a 108

3.5. Considerações sobre os casos do SIDH e o direito ao aborto

Sendo assim, ao analisar todos esses julgados, as normas internacionais invocadas, as jurisprudências apresentadas, percebe-se que o SIDH considera os direitos reprodutivos femininos um direito humano, que compreende a liberdade e autonomia para decidir sobre ser ou não mãe e o direito de acesso à saúde para garantia de sua integridade física e psicológica. Além disso, deixou claro que o direito à vida não é absoluto e que o titular desse direito é a mulher e não o embrião, que não pode ser considerado pessoa. A Corte adota a tese de que o direito à vida é adquirido de forma gradual, conforme o embrião se desenvolve e se torna capaz de sobreviver fora do útero. Destacou, também, como a discriminação de gênero impacta as mulheres, diminuindo seu acesso, principalmente, aos direitos reprodutivos, devido aos estereótipos ligados à maternidade e aos tratamentos de saúde atrelados a essa esfera. Considerou, ainda, como os impactos da opressão de gênero são sentidos de forma mais cruel e intensa pelas mulheres pobres, etnicamente discriminadas, não escolarizadas, periféricas e imigrantes.

Entretanto, ainda há barreiras a serem rompidas para o tratamento completo do acesso ao aborto, uma vez que, tanto a Comissão, quanto à Corte deixaram de se pronunciar diretamente sobre o procedimento. Dessa forma, o SIDH deixa margem para que países como El Salvador, Nicarágua, Honduras, Suriname, Haiti e República Dominicana, apesar de serem membros da OEA, continuem proibindo o aborto em qualquer situação, violando direitos humanos de milhares de mulheres que vivem na América e deveriam ser respeitadas e protegidas não só pelo Estado, mas também pelo Direito Internacional.

Ademais, é importante assinalar que as mulheres não ocupam em igual proporção as posições de poder nos órgãos interamericanos. Isso reflete a situação de toda a América e é um obstáculo a democratização das decisões, pois diminui-se a pluralidade de visões e enfraquece a representatividade feminina, como ocorre também com outros grupos vulneráveis (negros, LGBTIQ+, pessoas com deficiência, indígenas...).

Contudo, é inegável que a produção doutrinária e jurisprudencial dos órgãos aponta para ampliação da proteção da mulher, contrariando a aceção concepcionista presente no artigo 4.1 da Convenção e indicando a tendência de firmar a tese de que a proibição total da interrupção voluntária da gravidez é uma violação aos Direitos Humanos.

Portanto, não há como negar a importância do SIDH na luta das mulheres pelo livre exercício de seus direitos sexuais e acesso à saúde - como será exemplificado a seguir – ainda que se reconheça que há muito o que conquistar na seara das liberdades reprodutivas e igualdade de gênero.

CAPÍTULO 4: AS CORTES CONSTITUCIONAIS NACIONAIS E O ABORTO

4.1. Aspectos gerais

Serão apresentados casos relacionados a interrupção da gestação que chegaram às Supremas Cortes de seus países, com ênfase nas teses jurídicas acolhidas para a tomada da decisão majoritária. Além disso, será destacado a presença de referências aos instrumentos e jurisprudências que compõem SIDH, assim como de outros órgãos internacionais. Ademais, busca-se identificar a utilização do recurso ao direito comparado de outros países - que compõem, ou não, o Sistema - para entender as influências que ultrapassam a cultura jurídica nacional na elaboração dessas decisões.

4.2. Brasil

A Constituição brasileira em seu artigo 4º e 5º declara:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.¹³⁵ - (grifo próprio)

¹³⁵ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

Percebe-se uma forte abertura ao discurso da proteção dos direitos humanos, da cooperação internacional, da valorização das relações com os povos da América Latina e da participação em organizações internacionais que promovam esses objetivos.

Entretanto, cabe assinalar a importância dada, também, à independência nacional que se reflete, por exemplo, na cláusula de integração dos tratados de direitos humanos (art, 5º, §3º) ao ordenamento nacional com o mesmo status de norma constitucional, mediante o processo legislativo descrito pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45/04). Isso significa que para o Brasil o Direito Internacional nunca está acima da Constituição, pode, no máximo, estar igualado a ela. Sobre o status das normas internacionais o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes resume em sua doutrina que “*vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo status normativo supralegal, mas infraconstitucional aos tratados de direitos humanos.*”¹³⁶

Enfatizando essa posição de prevalência da Constituição em detrimento do Direito Internacional, que, entretanto, é prestigiado com o status supralegal quando se trata de Direitos Humanos, analisar-se-á a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 de 2012 (ADPF 54/12)¹³⁷ julgada pelo STF.

Segundo o resumo do próprio Tribunal: “*ADPF 54 (2012). O Supremo Tribunal Federal assentou que é inconstitucional a interpretação segundo a qual a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico constitui crime de aborto*”¹³⁸. Para chegar a essa decisão houve um processo longo, com forte envolvimento da sociedade civil e da mídia.

O processo se iniciou em 17 de junho de 2004, quando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) formalizou a ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) apontando os preceitos dos artigos da Constituição Federal¹³⁹: (a) 1º, IV – dignidade da pessoa humana; (b) 5º, II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Feto Anencefalo. Interrupção Da Gravidez. Mulher. Liberdade Sexual e Reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos Fundamentais. Crime. Inexistência -Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. *Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental nº 54/2012*. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 07/01/20

¹³⁸ Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto*. Ed 3. Brasília: junho, 2018.

¹³⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

vontade; (c) 6º - Direitos sociais, incluindo a saúde; (d) direito à saúde; que estariam sendo violados pelo Poder Público, por meio da manutenção dos artigos 124; 126, caput; 128, incisos I e II¹⁴⁰, todos do Código Penal¹⁴¹, nos casos de gestação de fetos anencefálicos, uma vez que “*apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto*”.¹⁴² Requerendo o fim da lesão, “*de modo a viabilizar, com isso, a atuação médica interruptiva da gravidez.*”¹⁴³

Após a admissão da ação, o Ministro Marco Aurélio encaminhou o processo ao Plenário e convocou uma audiência pública “*visando a proporcionar a participação... das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos*”¹⁴⁴. Assim, o Ministro decidiu:

ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP.¹⁴⁵

Diante do exposto nas Audiências Públicas, nos autos e nas considerações de cada Ministro, elaborou-se a seguinte Ementa e Acórdão:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões.
Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

¹⁴⁰ “*Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. / Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. / Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro. II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal*”. *Código Penal*

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹⁴² STF- ADPF N° 54/12. p. 4

¹⁴³ STF- ADPF N° 54/12. p. 17

¹⁴⁴ STF- ADPF N° 54/12. p. 19

¹⁴⁵ STF- ADPF N° 54/12. p. 18 e 19

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 12 de abril de 2012. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR¹⁴⁶ – (grifo próprio)

Assim, em resumo, o STF adota o entendimento de que a vida é um direito adquirido conforme o desenvolvimento embrionário. “*Adotou-se uma concepção gradualista, traçando marcos, como fecundação, nidificação, formação do sistema neural e nascimento. Em cada um deles, o peso aumenta gradativamente*”¹⁴⁷. Esse entendimento é parecido com o expresso pela Corte Interamericana ao longo dos vários julgados que tratam sobre o direito à vida, direitos reprodutivos e saúde.

Na ADPF 54, portanto, decidiu-se pela inconstitucionalidade da criminalização do aborto de fetos anencefálicos, baseando-se, principalmente, na inviabilidade da vida extrauterina decorrente da má-formação fetal, capaz de ser identificada por ultrassonografia e irreversível nas atuais condições de desenvolvimento científico. Ademais, o STF reafirmou a laicidade do Estado e, aplicando o princípio da proporcionalidade, decidiu pela prevalência dos direitos à autodeterminação, à liberdade sexual e reprodutiva da mulher, à proteção da saúde e à dignidade humana, visto que, o feto é incapaz de exercer o direito à vida.

Não chegou a constar na ementa, mas foi consignada pelos especialistas que se apresentaram na audiência pública e em alguns votos a inviabilidade da vida extrauterina e o fardo excessivo de impor a obrigatoriedade de a mulher carregar tal feto até o final da gestação, quando se sabe que o desfecho inevitavelmente será um natimorto.¹⁴⁸

Assim, pela maioria dos votos, o aborto de fetos anencefálicos se tornou permitido no Brasil, sendo dever do Estado garantir o acesso a esse direito, por meio do sistema público de saúde.

Sobre o julgamento cabe destacar, a presença de instituições religiosas no debate, ainda que o Estado brasileiro já tenha se declarado laico em ocasiões anteriores. Apesar disso, os juízes consideraram os argumentos científicos e reafirmaram a laicidade, assim como a Corte

¹⁴⁶ STF- ADPF N° 54/12. p. 1

¹⁴⁷ LEGALE, Siddhartha. *O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?* Revista Publicum, Número 2, Rio de Janeiro, 2016. p 231

¹⁴⁸ LEGALE, Siddhartha. *O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?* Revista Publicum, Número 2, Rio de Janeiro, 2016. p 232

Interamericana afirma em sua jurisprudência, uma vez que isso garante a não discriminação das pessoas que não seguem determinado credo.

Entre os vários argumentos levantados pelos representantes da sociedade, em Audiência Pública destacarei aqueles que utilizaram o Direito Internacional como argumento:

Deputado Federal Luiz Bassuma, Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto manifestou-se a favor do direito inviolável à vida. Acrescentou que, recentemente, o Estado brasileiro referendou a **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** – circunstância que alcançaria a situação dos anencefálicos –, mediante a qual se impõe à República Federativa do Brasil e à sociedade o dever de assegurar o direito de igualdade de oportunidade aos deficientes.¹⁴⁹ - (destaque próprio)

A jornalista Cláudia Werneck, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz, representando a Escola de Gente – Comunicação em Inclusão, defendeu não ser a antecipação terapêutica do parto um ato de discriminação com base na deficiência. Afirmou descaber falar em negação do direito à vida, quando há total ausência de expectativa de vida extrauterina. Asseverou não se aplicar aos anencefálicos a **Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, vigente no Brasil desde 9 de julho de 2008, pois visa a eliminar as barreiras que impedem a plena e efetiva participação dos portadores de deficiência na sociedade. Argumentou, mais, que a finalidade da Convenção é oferecer condições de melhorar a qualidade de vida desses indivíduos, integrando-os ao meio apesar da limitação, e afastar o preconceito. Não estaria voltada, portanto, a garantir o nascimento de quem não possui expectativa de vida¹⁵⁰. - (destaque próprio)

Quanto aos votos, os Ministros utilizaram-se do Direito Comparado com frequência, como demonstram os trechos a seguir:

(...) no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da **Corte Constitucional italiana**...¹⁵¹ - (destaque próprio)

No direito comparado se tem que, em 11.4.85, o **Tribunal Constitucional espanhol** manifestou-se sobre um recurso prévio de inconstitucionalidade contra um `projeto de lei orgânica de reforma do art. 417 do Código Penal...¹⁵² - (destaque próprio)

No julgamento do *leading case* conhecido como "*Engel x Vitale*", em 1962, a **Suprema Corte dos Estados Unidos** decidiu...¹⁵³ - (destaque próprio)

E, se nós olharmos a jurisprudência que se consolidou posteriormente, vamos verificar que o próprio Tribunal avançou, em casos de omissão, para reconhecer a técnica hoje muito utilizada, especialmente, no **Direito italiano** e no **Direito espanhol**, quanto à possibilidade da sentença de perfil aditivo.¹⁵⁴ - (destaque próprio)

¹⁴⁹ STF- ADPF N° 54/12. p. 23

¹⁵⁰ STF- ADPF N° 54/12. p. 25 e 26

¹⁵¹ STF- ADPF N° 54/12. p. 59

¹⁵² STF- ADPF N° 54/12. p. 199

¹⁵³ STF- ADPF N° 54/12. p. 228

¹⁵⁴ STF- ADPF N° 54/12. p. 267

O próprio **caso Roe v. Wade** traz esse debate: "Mas já houve o nascimento! (...)".¹⁵⁵
- (destaque próprio)

A propósito, referindo-se ao caso **Webster versus Reproductive Health Services** (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em **Roe versus Wade** (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto...¹⁵⁶ - (destaque próprio)

É o **caso italiano**, que discutiu esse tema na década de 1970. Em 1975, a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal, que previa a punição do aborto, sem ressaltar os casos em que sua realização poderia implicar dano ou risco à saúde da gestante.¹⁵⁷ - (destaque próprio)

Análise semelhante foi feita pelo **Tribunal Constitucional Federal alemão**, ao verificar a constitucionalidade da denominada solução por prazo "Fristenlösung" ...¹⁵⁸
- (destaque próprio)

Em relação à **Espanha**, legislação vigente entre 1985 a 2010 estabelecia três casos de despenalização do aborto: grave perigo à vida, saúde física ou psíquica da gestante; estupro ou quando fosse possível presumir que o feto nasceria com graves danos físicos ou psíquicos.¹⁵⁹ - (destaque próprio)

(...) o célebre **caso norte-americano Roe v. Wade 410 US 113** (1973) sobre a discussão do aborto e de sua criminalização (...) a Suprema Corte já havia decidido pela inconstitucionalidade de lei estadual que proibia o uso de drogas contraceptivas – **Griswold v. Connecticut, 381 US 479** (1965) –, absolvendo educadores que instruíram casais sobre como prevenir a gravidez (...). Assim, com fundamento no direito à privacidade como liberdade individual fundamental, protegida pela Décima Quarta Emenda à Constituição (cláusula do devido processo), a **Suprema Corte dos Estados Unidos** declarou inconstitucional, em 1973, qualquer lei que proibisse a livre e voluntária decisão da mulher, assistida por seu médico, em interromper a gravidez.¹⁶⁰ - (destaque próprio)

(...) novos casos submetidos à Suprema Corte (entre outros, ver: **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 US 833** (1992); **Gonzales v. Carhart, (2007)**) que, pouco a pouco, atualizam e contextualizam o entendimento fixado à nova realidade histórica e social daquele país.¹⁶¹ - (destaque próprio)

"É o caso da **Alemanha**, que atribui especial relevância ao direito à vida com base em sua conhecida história recente."¹⁶² - (destaque próprio)

"**Corte italiana** já teve a oportunidade de se pronunciar dessa forma em caso sobre aborto praticamente idêntico ao versado nesta ADPF 54."¹⁶³ (destaque próprio)

"Como expressou a **Corte Constitucional alemã**, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas..."¹⁶⁴
- (grifo próprio)

¹⁵⁵ STF- ADPF N° 54/12. p. 269

¹⁵⁶ STF- ADPF N° 54/12. p. 274

¹⁵⁷ STF- ADPF N° 54/12. p. 277

¹⁵⁸ STF- ADPF N° 54/12. p. 278

¹⁵⁹ STF- ADPF N° 54/12. p. 281

¹⁶⁰ STF- ADPF N° 54/12. p. 282

¹⁶¹ STF- ADPF N° 54/12. p. 283

¹⁶² STF- ADPF N° 54/12. p. 284

¹⁶³ STF- ADPF N° 54/12. p. 305

¹⁶⁴ STF- ADPF N° 54/12. p. 336

Percebe-se que, nesse processo, o recurso ao Direito Comparado foi utilizado várias vezes, mas se baseou, em sua maioria, na jurisprudência de países europeus: Alemanha, Itália e Espanha. Quanto aos países da América destacou-se a recorrente referência aos Estados Unidos da América. Constatou-se, portanto, que na decisão brasileira a produção jurídica dos países centrais do capitalismo é privilegiada em detrimento de todas as outras, inclusive das de seus vizinhos sul-americanos que vivem realidades socioeconômicas mais próximas à do Brasil.

Quanto ao Direito Internacional, é possível encontrar referências à instrumentos e organizações que compõem essa esfera:

A **Organização Mundial de Saúde**, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”. No **Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento**, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental¹⁶⁵. - (destaque próprio)

Esse foi o entendimento endossado pelo **Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas**. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “**Caso K.L. contra Peru**”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo.¹⁶⁶ - (destaque próprio) Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, também conhecida como “**Convenção de Belém do Pará**”, ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.¹⁶⁷ - (destaque próprio) Não há dúvida que o artigo 5º da [Constituição da República] assegura a inviolabilidade da vida, mas não existe direito absoluto. Feliz, portanto, a redação do **art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos**, que diz: ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.¹⁶⁸ - (destaque próprio)

O Brasil subscreveu a **Declaração de Pequim**, adotada pela **4ª Conferência mundial sobre as mulheres (ação para igualdade, desenvolvimento e paz)** e, a ocasião, comprometeu-se a garantir o respeito aos direitos humanos das mulheres. Subscreveu, ainda: a) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, comprometendo-se a assegurar a assistência à saúde das mulheres; b) as Convenções Internacionais que o obrigam a prestar assistência a todos os homens e mulheres submetidos a tortura ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, bem como a tomar providências concretas para prevenir, punir e erradicar toda e qualquer violência contra a mulher, garantindo especialmente assistência à sua saúde (**Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir, punir e**

¹⁶⁵ STF- ADPF N° 54/12. p. 60

¹⁶⁶ STF- ADPF N° 54/12. p. 65

¹⁶⁷ STF- ADPF N° 54/12. p. 68

¹⁶⁸ STF- ADPF N° 54/12. p. 219

erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará).¹⁶⁹ - (destaque próprio)

É que, além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos **tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1)**, uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.¹⁷⁰ - (grifo e destaque próprio)

Nesse sentido, **a Câmara Superior (Grand Chamber) da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)** reformou, por 15 votos a 2, decisão de uma de suas câmaras no sentido de que a presença de crucifixos em escolas públicas na Itália ofendia o direito à educação e à liberdade de pensamento, consciência e religião (**arts. 2º e 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos**) ...”¹⁷¹ - (destaque próprio) “Estudos indicam que praticamente a metade dos países membros da **Organização das Nações Unidas** reconhece a interrupção da gravidez na hipótese de anencefalia do feto.¹⁷² - (destaque próprio)

É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana (...). Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, que se delineia, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.¹⁷³ - (destaque próprio)

É certo que a **Convenção Americana de Direitos Humanos**, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama, em seu Art. 4º, § 1º, que “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 (...). **A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana**, no entanto, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu Artigo I, ao “direito à vida”, sem qualquer menção ao instante da concepção (...) Foi por essa razão que a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, ao examinar o caso “**Baby Boy**” (**Resolução nº 23/81**), advertiu que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula “em geral” tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo Artigo, a expressão (nele inexistente) “desde o momento da concepção”, a significar, portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução nº 23/81 – Caso 2141), que a **Convenção Americana de Direitos**

¹⁶⁹ STF- ADPF Nº 54/12. p. 220

¹⁷⁰ STF- ADPF Nº 54/12. p. 246

¹⁷¹ STF- ADPF Nº 54/12. p. 275

¹⁷² STF- ADPF Nº 54/12. p. 277

¹⁷³ STF- ADPF Nº 54/12. p. 329 e 330

Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção.¹⁷⁴ - (destaque próprio)

Pode-se afirmar, então, baseando-se nos trechos destacados, que o STF está alinhado com as teses admitidas pela Comissão e pela Corte Interamericana, além de considerar os Tratados do SIDH para formular sua argumentação. Ademais, também há menção a outros órgãos internacionais, como a Organização Mundial da Saúde, Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e até da Corte Europeia de Direitos Humanos, demonstrando uma abertura dos Ministros à internacionalização das garantias fundamentais, por meio dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos na esfera do Direito Internacional.

Dessa maneira, recorrendo ao Direito Comparado e ao Direito Intenacional para embasar seus votos, os Ministros do STF, “*por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada*”¹⁷⁵ no Código Penal, ou seja, por meio dessa ADPF o aborto de feto anencéfalo deixou de ser crime e foi incluído como uma das prestações de saúde devidas pelo Estado brasileiro no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, o país passa a permitir o aborto em três situações: (a) casos em que a gestação gere risco de vida para a gestante; (b) gestação resultante de estupro; (c) anencefalia fetal.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação votou pela descriminalização da conduta de interrupção da gestação de feto anencéfalo, sendo acompanhado pelos Ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Luiz Fux e pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. Já os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello julgaram procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da tipificação da conduta, mas acrescentaram em seus votos condições de diagnóstico específicos de anencefalia. O Ministro Dias Toffoli foi considerado impedido. Por fim, votaram pela manutenção da criminalização do aborto de fetos anencefálicos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Cabe registrar que o julgamento foi realizado em uma Corte formada por 11 magistrados, sendo apenas dois deles mulheres: a Ministra Rosa Weber e a Ministra Cármen Lúcia. O advogado dos requerentes foi o Professor e, hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso. O Procurador-Geral da República, à época, era o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Concluiu-se, assim, que os cargos de maior poder de fala, convencimento e decisão foram ocupados por

¹⁷⁴ STF- ADPF N° 54/12. p. 353 e 354

¹⁷⁵ STF- ADPF N° 54/12. p. 433

homens e, apesar de se tratar de um assunto que atinge especialmente pessoas que tem útero, essas foram sub-representadas na decisão, uma vez que a Corte não tem composição equilibrada entre gêneros.

Esse processo teve sua decisão publicada em 12 de abril de 2012¹⁷⁶ e a Corte Interamericana publicou a decisão do caso “Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica” em 28 de novembro de 2012, portanto essa decisão não poderia servir de consulta aos Ministros do STF. Entretanto, a Corte poderia ter avaliado os argumentos levantados na ADPF quanto às considerações sobre o início da vida, mas não o fez.

4.3. Bolívia

A Constituição Boliviana¹⁷⁷ é muito particular, pois se declara um “Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário” o que significa uma especial preocupação com a afirmação e promoção da pluralidade de culturas, povos e nações. Para garantir isso, o instrumento acaba por deixar em aberto as cláusulas de garantias fundamentais, ao invés de enumerá-las:

Artículo 7.

La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible.

Artículo 10.

I. Bolivia es un Estado pacifista, que promueve la cultura de la paz y el derecho a la paz, así como la cooperación entre los pueblos de la región y del mundo, a fin de contribuir al conocimiento mutuo, al desarrollo equitativo y a la promoción de la interculturalidad, con pleno respeto a la soberanía de los estados.

Artículo 13.

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

¹⁷⁶ Após 2012, o STF enfrentou outros processos que tratavam do tema: “em 2016 foi proposta a ADI 5.581, através da qual se pleiteava o reconhecimento da constitucionalidade da interrupção de gravidez nos casos em que a gestante era diagnosticada com infecção pelo vírus Zika. Ocorre que o feto infectado por tal vírus poderia ter microcefalia, o que não inviabilizava sua vida, como ocorria no caso da anencefalia O que se apresentava como controverso, nesse caso, era se este não seria um tipo de aborto eugênico, em que se autoriza a interrupção devido à deficiência grave. De todo modo, em 1º de maio de 2020, o STF rejeitou por unanimidade o pedido por questões meramente processuais, sem, contudo, enfrentar seu mérito. O mesmo não ocorreu com o Habeas Corpus 124.306/2016 julgado pela 1º Turma do Superior Tribunal Federal sobre a prisão em flagrante de médicos que mantinham clínica de aborto. A decisão ali proferida traz um entendimento muito próximo ao da Lei 18.987/2012, na medida em que consigna que não poderia ser punido o aborto realizado pela mulher ou por terceiros com seu consentimento desde que fosse realizado até o primeiro trimestre de gravidez”. In FONSECA, Priscila de Figueiredo. *A escolha de Sofia: um estudo sobre a descriminalização do aborto no Uruguai e os Caminhos para o Brasil*. UFRJ. FND. Rio de Janeiro, 2020.

¹⁷⁷ BOLÍVIA. *Constitución (2009)*. Constitución Política del Estado (CPE): 7 Febrero 2009. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em 20 de jan de 2020.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Artículo 14.

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.¹⁷⁸ - (grifo próprio)

Diante desses artigos, percebe-se que a Bolívia afirma sua soberania, mas deixa claro seu posicionamento de abertura à cooperação internacional e ao tratamento especial dado aos Direitos Humanos. Sendo assim, nesse Estado, os instrumentos de Direitos Humanos têm hierarquia superior à Constituição e devem guiar sua interpretação para a maior promoção do bem viver¹⁷⁹. Dessa forma, a Bolívia aceita o controle de convencionalidade concentrado e difuso e prestigia a construção jurídica Internacional referente à proteção da pessoa.

Para entender esse posicionamento será analisada a Sentença Constitucional Plurinacional N° 0206/2014 (SCP – N° 0206/14)¹⁸⁰ que se trata de uma ação abstrata de inconstitucionalidade em que se afirmou, dentre outras questões, a excepcionalidade da punição do aborto em casos de perigo à vida da gestante e em casos de violência sexual, declarando a inconstitucionalidade da criminalização das condutas diante do novo ordenamento constitucional e dos parâmetros internacionais de direitos humanos.

A ação foi proposta pela deputada Patricia Mansila Martinez em face de alguns dispositivos do Código Penal, dentre eles os artigos 263, 264, 265, 266 e 269¹⁸¹ que tratam da penalização da interrupção da gravidez. Em sua petição, ela diz:

¹⁷⁸ Todos da CPE.

¹⁷⁹ Cf. SOUSA, Adriano Corrêa. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre o bem-viver e a dignidade da pessoa humana nas culturas jurídico constitucionais da Bolívia e do Brasil*. Disponível em: < http://www.ppgdc.uff.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=15 > Acesso em 08 de set de 2020

¹⁸⁰BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP). En la acción de inconstitucionalidad abstracta, interpuesta por Patricia Mancilla Martínez, Diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 56, 58, 245, 250, 254, 258, 263, 264, 265, 266, 269, 315 y 317 del Código Penal (CP), por ser presuntamente contrarios a los arts. 8.I, 14.I, II y III, 15.I, II y III, 35.I, 58, 64.I y II, 66, 109.I y “157.1” (sic) de la Constitución Política del Estado (CPE). *Sentencia Constitucional Plurinacional 0206/2014*. Acción de inconstitucionalidad abstracta. Sala Plena. Magistrado Relator: Efrén Choque Capuma. Sucre, La Paz 5 de febrero de 2014. Disponível em <http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/observatorio/archivos/marco/sentencia206_439.pdf> Acesso em: 17 de jan de 2020.

¹⁸¹ Art. 263 (*Aborto*). El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado: 1) Con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años, si el aborto fuere practicado sin el

En virtud de la Constitución Política del Estado, vigente a partir del 7 de febrero de 2009, es necesario el implementar en nuestra legislación los avances logrados en materia de igualdad de la mujer boliviana, desterrando del orden constitucional todas aquellas normas que contienen elementos de machismo, patriarcales y colonizadores, permitiendo un avance real en materia de derecho e igualdad de género. Bolivia ha ratificado varios convenios, convenciones, acuerdos y tratados internacionales, los cuales tienen rango de ley en el país; instrumentos normativos que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, "...forman parte del Bloque de constitucionalidad";...

Al respecto, están la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW**, la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, la **Convención Interamericana sobre Derechos Humanos**, **Declaración Universal de Derechos Humanos**, **Declaración de Beijing de 26 de octubre de 1994**, (...)

Al mantenerse...en vigencia el Código Penal de 1972, sin perjuicio de las modificaciones que se introdujeron, continúan vigentes algunos artículos que contienen elementos patriarcales del Estado y de desigualdad de la mujer...

El art. 263 del CP...Dicha norma establece una presunción dolosa en la realización del aborto, sancionando a la mujer que en pleno ejercicio de sus derechos reproductivos, consagrados por el art. 66 de la CPE, decide realizar la interrupción voluntaria de su embarazo en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo. La sanción se aplica por el sólo hecho de realizar la interrupción voluntaria del embarazo, obligando de esta manera a las mujeres bolivianas a tener que recurrir a abortos realizados en condiciones de insalubridad y clandestinidad. Al estar vigente el citado art. 66 de la Norma Suprema, la mujer adquiere el pleno derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que las condiciones sanitarias y de establecimientos de salud en que el mismo debe ocurrir deberán ser regulados por los organismos pertinentes en el ámbito de la salud pública; bajo este criterio también quedan al margen de la Constitución los arts. 264 (aborto seguido de lesión o muerte) y 265 (aborto honoris causa), ambos del CP; toda vez, que los mismos parten del desconocimiento de la mujer en su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo ambas instituciones ser reguladas en el ámbito de la salud pública y no del derecho penal; por lo que los artículos citados vulneran los arts. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 35.I, 66 y 109.I de la CPE.

La penalización del aborto, en ese contexto, tiene una directa incidencia en el legítimo derecho a la salud de las mujeres, debiendo tenerse presente que la CEDAW ha recomendado revisar la legislación que penaliza el aborto, fundado en la preocupación de la elevada tasa de mortalidad materna por abortos ilegales; por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas recomendó a Bolivia la adopción de medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas para afrontar el problema de la mortalidad de mujeres a causa de abortos clandestinos (E/C 12BOL/CO/2,2008).

consentimiento de la mujer o si ésta fuere menor de diez y seis años (16). 2) Con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer. 3) Con reclusión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento. La tentativa de la mujer, no es punible.

Art. 264 (Aborto seguido de lesión o muerte). Cuando el aborto con el consentimiento de la mujer fuere seguido de lesión, la pena será de privación de libertad de uno (1) a cuatro (4) años; y si sobreviniere la muerte, la sanción será agravada en una mitad. Cuando del aborto no consentido resultare una lesión, se impondrá al autor la pena de privación de libertad de uno (1) a siete (7) años; si ocurriere la muerte, se aplicará la de privación de libertad de dos (2) a nueve (9) años.

Art. 265. (Aborto honoris causa). Si el delito fuere cometido para salvar el honor de la mujer, sea por ella misma o por terceros, con consentimiento de aquella, se impondrá reclusión de seis (6) meses a dos (2) años, agravándose la sanción en un tercio, si sobreviniere la muerte.

Art. 266. (Aborto impune). Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada. Tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

Art. 269. (Práctica habitual de aborto). El que se dedicare habitualmente a la práctica de aborto, incurrirá en privación de libertad de uno (1) a seis (6) años.

Asimismo, la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, se acordó “mejorar la salud y el bienestar de la mujer” y “reducir considerablemente el número de muertes y la morbilidad causados por abortos realizados en malas condiciones. (...)

El art. 266 del CP...Lo dicho contempla la necesidad que la acción penal haya sido iniciada por los delitos detallados, hecho inconstitucional, puesto que para que la persecución penal del Estado se active, basta la sola denuncia de los delitos mencionados, no siendo necesario el inicio de una acción formal a través de la presentación de una querrela; asimismo, en ningún caso los delitos deben estar comprobados, puesto que ello implicaría esperar la conclusión de los procedimientos penales, por lo que para la realización del aborto en ese marco deberá interpretarse que basta con la sola denuncia de la víctima de esos delitos o de cualquier persona a su nombre. (...)

Al respecto, esta norma deberá interpretarse en el sentido que la determinación del peligro para la vida o salud física o psicológica de la madre debe ser de exclusiva responsabilidad de los prestadores de salud bajo cuyo cuidado se encuentre la mujer. En cuanto al párrafo tercero del mencionado artículo... dicha norma debe interpretarse en el sentido que la autorización judicial sólo será necesaria en caso de incapacidad de la propia mujer y ante la ausencia de un representante legal o persona bajo cuya esfera o cuidado se encuentre y que pueda dar su consentimiento, máxime si nuestra legislación no contempla que la autoridad jurisdiccional está llamada a otorgar autorización y, menos, haya un procedimiento sumarísimo para tal objeto. En mérito a lo anteriormente desarrollado, el art. 266 del CP, es contrario a los arts. 8.II, 14.I y II, 15.I, II y III, 35.I, 66 y 109.I de la CPE.

El art. 269 del CP,... previsión que sanciona a profesionales de la salud que prestan servicios requeridos por mujeres que ejercen plenamente sus derechos reproductivos, obligándolas a practicarse abortos en condiciones de clandestinidad e insalubridad; por lo tanto, la práctica habitual del aborto, entendido como la interrupción voluntaria del embarazo no es un delito, por lo que debe ser regulado por las autoridades pertinentes en el ámbito de la salud pública. Por lo previamente referido, este artículo vulnera lo establecido por los arts. 8.II, 14.I y II, 15. I. II y III, 35.I, 66, 109.I de la CPE.¹⁸² - (grifo e destaque próprio)

Em seguida, o Tribunal recebe as alegações do órgão que criou as normas impugnadas na ação, no caso, representado pelo Vice Presidente do Estado e Presidente da Assembleia Legislativa Plurinacional: Álvaro Marcelo García Linera. Ele discorre sobre os artigos relativos ao aborto, assumindo o seguinte posicionamento:

Por su parte el titular del Órgano emisor de la norma impugnada establece una presunción dolosa en la realización del aborto, ya que los tipos penales únicamente describen una conducta supuesta, como el caso de todos los tipos penales, atribuyéndole una sanción privativa de libertad y, sobre el ejercicio de sus derechos reproductivos, éste permitiría a la mujer, abortar en condiciones de seguridad y antes de las doce semanas de embarazo, extremos que no se hallan regulados en norma alguna; por lo que, si bien es cierto que la Norma Suprema garantiza los derechos sexuales y reproductivos de todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, el art. 66 de la CPE, no establece el derecho reproductivo como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo; por lo cual, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no implican el derecho al aborto.¹⁸³

Se debe tener en cuenta que la tipificación de la figura del aborto, responde a principios constitucionales, basados en el respeto por la vida (como derecho fundamental), siendo sustentado además por la legislación especial, como es el caso

¹⁸² SCP – N° 0206/14. p. 1 a 5

¹⁸³ SCP – N° 0206/14. p. 41

del Código Niño, Niña y Adolescente, en el que se hace referencia a los derechos del concebido. En consecuencia, que las mujeres tengan que recurrir a condiciones insalubres y de clandestinidad, transgrediendo la norma penal, vulnerando el derecho de otro ser y además, poniendo en peligro su propia integridad física; constituye simplemente la comisión de un hecho delictivo, que desde ningún punto de vista puede ser justificación para la despenalización del aborto...

En consecuencia es el Estado (por medio de la autoridad judicial) y no los particulares quienes deben determinar la interrupción del embarazo producto de la agresión a la víctima, por lo que no existe vulneración a los derechos de ésta, otorgándole en todo caso una tutela judicial efectiva de acuerdo al art. 115 de la CPE.

El derecho a la vida no solamente se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado, sino también en los tratados y convenios sobre derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad, tal es así que la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, instrumento que también componen al referido bloque, en su art. 3 determina que todo individuo tiene el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; mientras que en su art. 30 prohíbe a los Estados a adoptar medidas que atenten contra el derecho a la vida; en el mismo sentido de protección a este derecho se manifiesta dentro del su preámbulo de la **Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, en el que se establece que todo ser humano tiene derecho a la vida. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, más conocido como el **Pacto de San José de Costa Rica**, ratificada por la Ley 1430 de 11 de marzo de 1993, en su art. 4 establece que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción, por lo que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; criterio que es compartido por nuestra legislación, concretamente dentro del Código Civil, en su art. 1 que establece que al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida; en el mismo sentido se encuentra el Código Niño, Niña y Adolescente en su art. 2 en el que se declara como sujeto de protección al niño o niña, o todo ser humano considerado como tal a partir de su Concepción.¹⁸⁴ - (grifo e destaque próprio)

Portanto, percebe-se que, apesar de defenderem posições opostas, as duas partes dessa ação recorrem a instrumentos internacionais para justificar suas posições e embasar o status de constitucionalidade de suas teses. Além disso, dão extrema importância à própria Constituição Plurinacional que estabelece parâmetros inovadores e diversos daqueles encontrados, em geral, nas Constituições ocidentais, pois é marcada pela busca da emancipação e descolonização da sociedade e da cultura – inclusive jurídica - boliviana. Devido à essa virada constitucional, o Tribunal antes da análise dos artigos impetrados afirma:

Entendemos que el Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos. Para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción(...) En la visión de los constituyentes de la Comisión Visión de País de la Asamblea Constituyente, el “Estado Plurinacional” es el elemento nuevo y configurador del Estado, que se materializa a partir de la “reconstitución” de las naciones originarias y la consecuente descolonización del Estado Nación (...)

¹⁸⁴ SCP – N° 0206/14. p. 8 e 9

La Constitución de Bolivia ha transversalizado varios elementos indispensables para la construcción de una sociedad más justa y armoniosa, entre estos elementos la igualdad de género resulta de suma importancia hacia una nueva construcción del Estado. La desigualdad de género ha sido un problema que ha caracterizado a la sociedad boliviana, principalmente por la adopción de modelos comportamentales machistas heredados del pasado, de discursos y prácticas sistemáticas de reducción de los derechos femeninos que contribuyeron en la construcción de una precaria y colonial lógica de distinción en razón de la dicotomía masculino/femenino. De manera muy lenta y paulatina la mujer en el contexto internacional ha ido avanzando hacia la consolidación de sus derechos; sin embargo, no queda duda que hay mucho por recorrer hacia una verdadera y real vigencia material del principio de igualdad y no discriminación en la materia. (...)

Sin embargo, ahora vivimos un momento histórico desmitificante que debe alimentar a la construcción de una mejor situación de las mujeres a partir de redefiniciones conceptuales, así una atribución de sentido que parte de una nueva noción de género como un producto cultural, en el que se comprenda que la mujer no tiene debilidades, roles, temperamentos, obligaciones o cargas sociales por su sola condición femenina.¹⁸⁵ - (grifo próprio)

Então, a fim de respeitar a pluralidade e promover a descolonização proposta na Constituição, segue-se uma análise das diferentes concepções sobre os termos “vida”, “morte”, “filhos e filhas” e “aborto”, tendo como principal referencial teórico os saberes dos povos americanos originários, *“como una forma de ‘restituir’ seus saberes e conhecimentos no âmbito de uma interpretação constitucional plural e descolonizada”*¹⁸⁶. Legale resume essa exposição de forma eficiente:

definição que traz do direito à vida sob o ponto de vista de uma cosmologia indígena na qual a vida é concebida como um ciclo, relacionado à pacha mama. Essa “ciclicidade” da vida e da comunidade humana não é isolada do cosmos, da pacha. A vida é criação da própria pacha a partir de energias profundas e opostas, As concepções tradicionais denominam filho ou filha, em aymara, de wawa. Ser wawa abarca as expressões dos ciclos de fertilidade e crescimento, inclusive das plantas e animais. La wawa e a mulher são parte da comunidade. Em suma, wawa é a transição para outros espaços, a continuidade da constituição da terra, a energia em um eterno espiral que se transmite na transição natural ao outro. Nas culturas ancestrais, wawa é digna de proteção e cuidado. Nessa linha, demonstra-se que, em diversas etnias, o aborto (sullu) é como um acidente ou fato natural na Pachamama. A mãe natureza possui efeitos abortivos, por exemplo, em fenômenos naturais, como o vento, chuva e solo e também no aborto. Considera a vida como energia e movimento.¹⁸⁷ - (grifo próprio)

Ademais, O TCP faz uma contextualização histórica dos diferentes significados sociais do aborto. Começando pelo período pré-colonial:

en el Estado Inkario el aborto no fue ajeno a su realidad, se menciona que se producía como resultado de una enfermedad, de las mujeres embarazadas...pero se le da la connotación de que es un feto con vida, no es considerado como algo inerte sin

¹⁸⁵ SCP – N° 0206/14. p. 18 a 21

¹⁸⁶ SCP – N° 0206/14. p. 22

¹⁸⁷ LEGALE, Siddartha. *O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?* Revista Publicum, Número 2, Rio de Janeiro, 2016. p. 237

vitalidad. De esta manera, para que no cause malestar a la mujer, con ciertos procedimientos curativos y ritualidades se le expulsa y se ubica a otro espacio del cosmos al wayra sullu, con la finalidad de reconstituir el equilibrio en la mujer y la comunidad (...)se advierte la relación de la naturaleza, y la mediación de las energías que sostienen los equilibrios de la vida. En este sentido, en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas “todo tiene vida”, porque cada espacio y lugar tiene su propia energía; de ahí que no podemos pasar sin pedir licencia y guardar el respeto a su esencia de vitalidad (cultura de la vida). De modo que, la respuesta a cualquier desequilibrio social y natural se restablece, a través de la ritualidad y otras formas, que permiten recomponer el equilibrio y la armonía perdida. Ello significa, que en la concepción de las naciones y pueblos indígenas, ninguna situación o hecho se concibe como algo definitivo (finito), irremediable; ..., se concibe al aborto como parte de “tránsitos” y “traslaciones” en los ciclos, donde todo tiene vitalidad.¹⁸⁸ (grifo próprio)

Em seguida, destaca-se o período em que o território esteve submetido à colonização espanhola, demonstrando claramente como esse processo se deu de forma violenta e destacando a resistência dos povos tradicionais, com ênfase na atuação feminina na luta contra os invasores:

El aborto en la colonia.- Según cronistas e historiadores descritos en la Colonia, las mujeres indias, violadas y embarazadas; abortaban con yerbas y otras formas naturales, como mecanismo de resistencia y defensa ante agresiones sufridas; también abortaban las mujeres indias convivientes con indios de su misma raza, ello para evitar el sufrimiento a sus hijos indios que venían a morir en la mita de Potosí, a pagar los tributos y a ser esclavizados; situación que duro más de cinco siglos de colonización española y republicana, de esos antecedentes se establece que: “La ruptura de los principios ancestrales y cósmicos, ha sido provocada por la invasión española desde 1492 (...) Ahora bien, en este periodo, una forma de exterminio y sometimiento de los españoles, fue a través de la violencia sexual, o más propiamente dicho, por medio de las violaciones a las mujeres indias, sin importar la edad. Por tanto, la violación sexual a las indias, en la colonia ha sido establecida como parte de las políticas de la invasión, de ahí que, los que dirigían las violaciones, son autoridades coloniales (políticas o religiosas) (...) admitidas abiertamente, por lo que en toda la invasión colonial, según las crónicas las mujeres víctimas eran violadas (por igual) doncellas o casadas por el grado de la violencia ejercida sobre ellas, es por ello que las indias temían al solo verlos a los españoles (...). De esos hechos insoportables las mujeres indias y negras asumieron el aborto provocado, como defensa ante la fatalidad y desgracia impuesta por el “invasor” (hombre) generando desequilibrio y quiebres profundos en su concepción acerca de la relación sexual impuesta sobre la base de la simple dominación (del hombre blanco a la mujer india). (...) Asumiendo de esta manera algunas determinaciones claves, como es el aborto masivo, para ‘restituirse’ en su propio ‘equilibrio’ y ‘armonía’; y finalmente, la restitución no sólo es para ellas, sino tiene otros alcances a otros espacios, prevenir de toda violencia colonial a sus posibles generaciones resolviéndose una catástrofe colonial impuesta por los ‘invasores’.¹⁸⁹ (grifo próprio)

Por fim, eles apresentam o período da República como uma continuação da exploração europeia, não como uma independência de fato, que só teria ocorrido com o estabelecimento

¹⁸⁸ SCP – N° 0206/14. p. 25

¹⁸⁹ SCP – N° 0206/14. p. 26

do Estado Plurinacional. Suplementarmente, abordam a questão da urbanização e das mudanças sociais provocadas pelo desenvolvimento do capitalismo ao longo da história boliviana

El aborto en la república.- En los tiempos de la república, (como herencia de la colonia), han continuado reproduciéndose los abortos en la clandestinidad (...) en primer lugar, el aborto como tal, existe, por causas accidentales, pero también se hace notar que se dan abortos inducidos de mujeres en los centros urbanos y rurales es producto de factores educativos (concepciones de sexualidad), económicos (migración) y sociales, que evidencian un quiebre entre los principios y valores ancestrales con la comunidad” (...). Conforme se tiene del informe Técnico TCP/UD 036/2013 de 1 de agosto, de la Unidad de Descolonización de éste Tribunal.¹⁹⁰- (grifo próprio)

Preocupam-se, também, em explicar a relação dos direitos das mulheres com as novas concepções constitucionais de complementaridade e do princípio do viver bem:

Uno de los nuevos valores constitucionales, inspirado en la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es la “complementariedad vinculada al principio del “vivir bien” o “suma qamaña (...) la complementariedad desde las cosmovisiones aymara quechua, se despliega a partir del “encuentro”, “reciprocidad” entre “iguales”, así mismo refleja procesos de “igualación” y “retorno” a la “paridad” en términos de generación de condiciones de superen el desequilibrio que ha generado las relaciones de “desigualdad” y “dominación”. Asimismo, refleja la aplicación de la “complementariedad” en el sentido de “dualidad” expresado en el warmi/chacha (mujer-hombre), existente tanto en la comunidad humana, la naturaleza y las deidades, en el marco de las visiones plurales.

La complementariedad, desde un enfoque “restitutivo” y “descolonizador”, busca la “igualación” entre mujeres y hombres, en el sentido de la “dualidad”; es decir, cuando el texto constitucional establece derechos a favor de las mujeres, interpretados, desde una visión de complementariedad, conlleva a “restituirles” a las mujeres las condiciones de “igualdad perdidos” consecuentemente, el retorno al “equilibrio” y la “armonía” es la vía sobre la que se sustenta el “vivir bien” (...) bajo este pensamiento no es concebible el patriarcado, el machismo y la desigualdad entre el hombre y la mujer (...) como se advierte del texto constitucional, se tienen garantizados mayores espacios de ejercicio de los derechos en términos de equidad e igualdad de género, habiéndose así reconocido y garantizado a las mujeres mayores espacios de participación y decisión en lo político, económico y social, fundamentalmente a partir de la introducción del principio del “vivir bien” como uno de las bases en los que se sustenta el nuevo Estado Plurinacional Comunitario.¹⁹¹ - (grifo próprio)

Ademais, o Tribunal aborda a necessidade da limitação do poder punitivo do Estado, em contraste à ampliação dos direitos fundamentais e coletivos, destacando a concepção de Direito Penal mínimo e recorrendo à doutrina de um dos maiores penalistas latino-americano:

Uno de estos principios es el de intervención mínima, del que derivan otros como el de idoneidad, proporcionalidad, subsidiariedad; principios todos ellos que precautelan los derechos fundamentales de las personas y de las colectividades, limitando al mínimo el poder punitivo del Estado, bajo el entendido que el derecho penal es una de las ramas del derecho más violentas que, como anota acertadamente Zaffaroni, “se

¹⁹⁰ SCP – N° 0206/14. p. 26 e 27

¹⁹¹ SCP – N° 0206/14. p. 26 a 29

sustenta en la ilusión de la solución de gravísimos problemas sociales, que en realidad no los resuelve sino que, por el contrario, generalmente potencia, pues no hace más que criminalizar algunos casos asilados, producidos por las personas más vulnerables al poder punitivo. Este no es un efecto inofensivo del discurso, puesto que la ilusión de solución paraliza o neutraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces (...). Puede asegurarse que la historia del poder punitivo es la de las emergencias invocadas en su curso, que siempre son serios problemas sociales. En ese sentido se ha hablado correctamente de una emergencia perenne o continua, lo que es fácilmente verificable: el poder punitivo pretendió resolver el problema de la brujería, de la herejía, de la prostitución, del alcoholismo, de la sífilis, del aborto, de la insurrección, del anarquismo, del comunismo, de la toxicodependencia, de la destrucción ecológica, de la economía subterránea, de la corrupción... Cada uno de esos conflictivos problemas se disolvió (dejó de ser problema), se resolvió por otros medios o no lo resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo¹⁹² - (grifo e destaque próprio)

Enfatizadas todas essas balizas de interpretação jurídica, o TCP passa a análise dos artigos impugnados:

Para analizar este tema, y en el marco del pluralismo jurídico, es necesario partir tanto de la cosmovisión de los pueblos indígena originario campesinos respecto a la vida y su grado de protección, así como la protección constitucional de la que goza dicho derecho y su consideración por el **derecho internacional**.

Al respecto, cuando se efectuó la descripción de la diversidad de visiones sobre la “vida”, “muerte” y el “aborto”, haciendo énfasis en la construcción de pautas de interpretación plural, que tome en cuenta las concepciones y vivencias de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; en este sentido, se pudo analizar que el aborto es una situación que deviene desde la colonia y que esta vinculado con el sometimiento y exclusión histórica al que ha sido sometida las naciones y pueblos indígenas, en especial las mujeres indígenas, que realizaban “abortos masivos” frente a las violaciones y ultrajes que sufrían, esta realidad se extiende a la República y consiguientemente a la actualidad convirtiéndose en una problemática social que al mismo tiempo afecta los derechos de las mujeres. En este sentido corresponde ponderar si la penalización del aborto constituye una medida idónea y necesaria para precautelar la vida y restituir el equilibrio y armonía que sustenta el nuevo paradigma del “vivir bien” (suma qamaña).¹⁹³ - (grifo e destaque próprio)

Nesse julgamento, portanto, não há intenção de definir o limite dos direitos ou a proporcionalidade da norma, como recomenda a doutrina alemã - muito utilizada no Brasil - nem se busca a efetivação do princípio da dignidade humana, que é o princípio basilar da teoria clássica internacionalista de Direitos Humanos. Aqui, a ponderação se baseia na busca pela restituição do equilíbrio, o que não inclui apenas mulher e embrião, mas toda a “pachamama”, em uma visão que entende esse conflito de forma mais ampla, inserido em um ecossistema com relações naturais e sociais, permeadas pela busca do bem viver.

¹⁹² SCP – N° 0206/14. p. 30 e 31

¹⁹³ SCP – N° 0206/14. p. 41

O bem viver assume, então, a centralidade desse ordenamento, como uma alternativa às teorias hegemônicas no Direito Ocidental de dignidade humana. O instituto do bem viver é baseado nos saberes ancestrais e na caminhada histórica dos povos que coabitam o território boliviano e está intimamente relacionado à ideia de complementaridade, reequilíbrio e emancipação. Como resultado dessa discussão, o TCP decide:

O acórdão... declarou a constitucionalidade do art. 263 do CP que tipifica o aborto, permitindo-o em algumas exceções, como, por exemplo, com o consentimento da mulher em caso de perigo de vida para mãe ou tiver resultado de um crime. Ainda assim, procurou contextualizar a constitucionalidade da tipificação do aborto e declarar a inconstitucionalidade de procedimentos que dificultassem a sua realização do aborto legal, como uma autorização judicial, o início da ação penal ou a tipificação da prática reiterada de abortos que foi tipificada também, mas o TCP excluiu dessa os realizados por profissionais dentro das hipóteses autorizadas.

Exortou, ao fim, o Legislativo e o Executivo para desenvolver políticas públicas que diminuíssem os abortos clandestinos, desenvolvessem programas de apoio social a favor das mães solteiras, políticas de educação da reprodução sexual, programas de apoio aos pais de filhos com enfermidades congênicas e políticas de adoção. Deve-se enfatizar, ainda assim, que um aborto incondicional em qualquer etapa da gestação não é compatível com a Lei Fundamental. Apenas em certos casos, como os de risco de morte, mediante autorização judicial e com consentimento da mulher, sua realização seria possível, sem violar a cosmovisão indígena. A autorização para sua realização, no marco da interculturalidade e do pluralismo jurídico, apoia-se na compreensão de que a vida é concebida como energia vital, movimento do cosmos, criação da pachamama o que implica perpetuidade constante “sem início ou sem fim”, razão pela qual se compreende a vida em sentido amplo.¹⁹⁴ - (grifo próprio)

Entendendo os parâmetros e conclusões dessa sentença é possível afirmar que além dos argumentos baseados na Constituição Plurinacional, há um tratamento especial do Direito Internacional como parâmetro protetivo. Entretanto, percebe-se que não há recurso ao Direito Comparado, evento explicado pelo fato de o TCP procurar construir soluções inéditas para as questões a ele apresentadas, partindo de uma cosmovisão pluralista, de uma teoria jurídica emancipatória e restitutiva, em uma forma inovadora de organização estatal.

A partir desses traços, destacar-se-á como a sentença trata o Direito Internacional no processo de avaliação da constitucionalidade da penalização do aborto em geral:

En este mismo sentido, es preciso desarrollar el “derecho a la vida” desde el **derecho internacional de los derechos humanos**. De la revisión del Pacto **Internacional de Derechos Civiles y Políticos** ratificado por Ley 2119 de 11 de septiembre de 2000, en su art. 6 señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho esta protegido por ley.

Por su parte **la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, (...) establece en su art. 4.I que: (...)

¹⁹⁴ LEGALE, Siddartha. *O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?* Revista Publicum, Número 2, Rio de Janeiro, 2016. p. 237 e 238

Respecto a la citada disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido sobre los alcances de los derechos a la vida, en el **caso 2141 Baby Boy Vs. Estados Unidos de América**, oportunidad en la que afirmó sobre la base de los antecedentes legislativos de la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** así como de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, que no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción (Resolución 23/81)¹⁹⁵- (destaque próprio)

Em seguida, os magistrados consultam o Direito Internacional para identificar as possibilidades de interrupção legal da gestação:

Para analizar este tema, es preciso remitirnos al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Comité de Derechos Humanos**; estableciendo, a los Estados que tienen la obligación positiva de garantizar a las mujeres ...

El Estado parte debe garantizar que las mujeres víctimas de una violación que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo tengan acceso a servicios de aborto seguros y eliminar cualquier impedimento innecesario a los mismos. El Comité se remite al contenido de las recomendaciones dirigidas al Estado parte por el **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** (CEDAW/C/BOL/CO/4, párrs. 42 y 43). El **Comité contra la Tortura** insta al Estado parte a evaluar los efectos de la legislación vigente, muy restrictiva en materia de aborto, sobre la salud de las mujeres.

En ese sentido, el **Comentario 28 del Comité de Derechos Humanos** ... señaló que: "...deberán proporcionar información sobre las medidas que hubiesen adoptado para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida". (...)

En cuanto a jurisprudencia comparada, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso **Aydın c/ Turquía** dispuso que en tanto se ha establecido que la violación constituye una forma de tortura en sí misma, la cual ocasiona dolor y sufrimiento severos, no existe duda acerca de la necesidad de proveer servicios de aborto como parte de las obligaciones de protección a las víctimas de violencia sexual y de similar forma en el caso **MC c/ Bulgaria** que las demoras injustificadas o las barreras procesales para acceder a la justicia o a los servicios médicos constituyen una violación al **Convenio Europeo de Derechos Humanos**.

Al respecto, en las últimas recomendaciones del **Comité contra la Tortura** (CAT/C/BOL/CO/2), de 14 de junio de 2013, se observo con preocupación que el Código Penal en su art. 266 (aborto impune) impone la obligación de obtener una autorización judicial a las mujeres víctimas de una violación que deciden interrumpir su embarazo. Dicho requisito, según las informaciones recibidas por este Comité sobre objeción de conciencia en la judicatura, supone en muchos casos un obstáculo insalvable para las mujeres en esta situación que se ven forzadas a recurrir a abortos clandestinos, con los consiguientes riesgos para su salud (arts. 2 y 16").¹⁹⁶ - (destaque próprio)

Portanto, a Bolívia assume uma postura singular na legislação nacional, propondo a adoção de cosmovisões plurais para embasar sua decisão e levando o neoconstitucionalismo latino americano a um nível de maior inovação e maior distanciamento das heranças coloniais, para a promoção dos próprios povos que vivem em seu território. Assim, o país baseia sua proteção constitucional no bem viver que compreende não só os direitos fundamentais

¹⁹⁵ SCP – N° 0206/14. p. 41 e 42

¹⁹⁶ SCP – N° 0206/14. p. 44 e 45

humanos, mas a proteção de toda vida que forma a ‘pachamama’, ou seja, altera o status da natureza de objeto de direito para sujeito deste, o que vai além da proteção da dignidade humana, ampliando o conceito de vida.

Por suas peculiaridades, é compreensível que não haja menções ao Direito Comparado de outras nações, já que o TCP se propõe a superar a lógica colonizadora e valorizar a pluralidade nacional - que é única, como em qualquer Estado - e sua produção epistemológica para buscar soluções que se adequem a realidade dos povos bolivianos. Entretanto, destaca-se a grande valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, entendidos como orientadores da própria prática constitucional.

Em especial, destaco a citação do caso “baby boy”, julgado pela Corte Interamericana, em que se apresenta a tese de proteção gradual do embrião, reafirmada no caso “Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica”. Encontra-se, então, na adoção dessa tese uma coincidência com o julgado brasileiro, que inclusive cita o mesmo caso.

O voto majoritário expresso nessa sentença contou com a assinatura dos Magistrados Ruddy José Flores Monterrey (Presidente do TCP), Efren Choque Capuma (Relator), Tata Gualberto Cusi Mamani e Zenón Hugo Bacarreza Morales. As Magistradas Ligia Mónica Velásquez Castaños, Mirtha Camacho Quiroga e Neldy Virginia Andrade Martínez compuseram o voto minoritário. A Magistrada Soraida Rosario Chánez Chire não votou por ocasião de férias.

Sendo assim, a decisão foi aprovada por 4 votos, todos de magistrados homens. A dissidência foi composta exatamente pelas 3 magistradas mulheres presentes na votação. Assim como no Brasil, portanto, a decisão foi tomada por homens. Entretanto, cabe ressaltar a composição muito mais paritária entre gêneros do TCP, em comparação com o STF e com a Corte Interamericana, ambos formados por maioria masculina.

4.4. Chile

A Constituição¹⁹⁷ vigente no Chile data de 1980, período em que o país vivia sob o regime ditatorial de Augusto Pinochet. Durante o processo de redemocratização e nos governos seguintes ocorreram grandes alterações na Carta Magna para tornar o instrumento adequado a

¹⁹⁷ CHILE. *Constituição (1980)*. Constitución Política de la República de Chile (CPRC). Santiago. Disponível em: <<https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/senado/2012-01-16/093048.html>> Acesso em 17 de jan 2020.

um Estado democrático. O Tribunal Constitucional destacou essas reformas afirmando que “*la Constitución ha tenido 40 reformas 66 constitucionales, que han alterado profundamente el diseño original. También, porque ha cambiado el contexto jurídico y político en que fue dictada*¹⁹⁸”.

Portanto, a construção constitucional chilena é bastante singular ao ser comparada aos países vizinhos, uma vez que ocorreram diversas emendas à Constituição de 1980, ao invés de uma ruptura marcada pela redação de uma nova Carta, ou da realização de uma grande Reforma substancial em um único momento. Ademais, percebe-se pouca adesão aos direitos sociais no texto, o que é uma das marcas do constitucionalismo latino-americano. Sobre essas peculiaridades e seus reflexos na realidade chilena, discorrem Guedes e Val:

A trajetória político-constitucional chilena não permite divisar proximidade com qualquer experimentação de direitos sociais formalizados no texto constitucional. Atravessando as distintas eras de direitos, como assinalou Bobbio, o discurso liberal chileno renovou-se na Era Pinochet com recorte neoliberal na constituição de 1980, mantendo latente na sociedade chilena as suas contradições e vicissitudes, a demandar nova pactuação em momento de eventual crise ou de renovação constitucional. Esta é uma questão em aberto que está sendo abordada e desenvolvida pela sociedade chilena. O direito constitucional chileno é permeado de um diálogo multicultural à frente de seu tempo, uma verdadeira mescla de fontes políticas, bastante incomum e inusitado para um país tido como distante e isolado, a demonstrar uma olhada carregada de preconceitos e incompreensões ao país e de sua própria história¹⁹⁹.

Ressalta-se, portanto, que a Constituição “*embora alterada várias vezes, é criticada por ser uma herança do regime militar de Augusto Pinochet e por dar um papel residual ao Estado na prestação de serviços básicos*”²⁰⁰.

Passando então para a análise da posição chilena em relação ao Direito Internacional, registra-se que esta está prevista constitucionalmente por meio de uma cláusula extremamente aberta:

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como

¹⁹⁸TCC – ROL N° 3729/17. p. 65 e 66

¹⁹⁹GUEDES, Marco Aurélio Peri; VAL, Eduardo Manuel. *Gênese dos direitos fundamentais no constitucionalismo chileno do século XIX*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 9(1):42-52, janeiro-abril 2017. p. 52 Disponível em < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/download/rechtd.2017.91.05/5982>> Acesso em 25 de set. de 2020

²⁰⁰ PICHEL, Mar. *O que há de controverso na Constituição do Chile, que agora o país quer mudar*. BBC News Mundo: publicado em 12/11/2019. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50396727> > Acesso em 14 jun 2020

limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los **tratados internacionales** ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.²⁰¹ - (grifo e destaque próprio)

Logo, a cláusula chilena abre espaço para que os direitos humanos, previstos nos instrumentos assinados pelo Estado, sejam incorporados ao ordenamento jurídico, complementando e fortalecendo os direitos constitucionalmente previstos, sem necessidade de qualquer outro processo de incorporação. Sobre essa adesão dos direitos humanos ao bloco de constitucionalidade, leciona Nogueira Alcalá:

Por bloco constitucional de direitos fundamentais entendemos o conjunto de direitos da pessoas (atributos) assegurados por fonte constitucional ou por fontes de direitos internacional dos direitos humanos (tanto o direito convencional como o direito consuetudinário e os princípios de ius cogens) e os direitos implícitos, expressamente incorporados a nosso ordenamento jurídicos por via do artigo 29 literal c) da CADH, todos os quais, no ordenamento constitucional chileno, constituem limites à soberania, como especifica categoricamente o artigo 5º inciso segundo da Constituição chilena vigente²⁰².

Essa posição é corroborada pela Corte Interamericana que no caso paradigmático “Almonacid Arellano vs. Chile” condenou o Chile a reformar sua lei de anistia para garantir a investigação e punição dos crimes cometidos pelo governo autoritário de Pinochet. Sobre essa obrigação de controle de convencionalidade no espaço nacional, o órgão declara:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁰³ - (grifo e destaque próprio)

²⁰¹ CPRC

²⁰² NOGUEIRA, Humberto Alcalá. *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Librotecnia, 2006. p. 244 e 245

²⁰³ Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf > Acesso em 10 de out de 2020.

Entretanto, no julgamento da ação ROL N° 346/02 pelo Tribunal Constitucional do Chile foi afirmado:

Que, com anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional; 62°. Que, en este aspecto, es relevante recordar que, aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental; En relación con los tratados a que se refiere esta norma, cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales (...)

64°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989 este Tribunal, en sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales (...)

72°. Que, si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile.²⁰⁴- (grifo próprio)

Assim, essa decisão adota o posicionamento de superioridade da Constituição, não sendo aceito o controle de convencionalidade. Contudo, essa sentença é do ano de 2002, enquanto a condenação do Estado na Corte IDH ocorreu em 2006. Alguns juristas defendem que essa condenação derogou o entendimento do Tribunal, outros argumentam que não houve mudança do entendimento e que a jurisprudência nacional foi sedimentada nesse sentido, como será demonstrado no caso a seguir.

Por fim, a doutrina majoritária chilena atualmente entende o art. 5° como prevalente no sentido de acatar os tratados como parte do bloco de constitucionalidade.

Para evidenciar essa relação e o tratamento do aborto no país será analisada a Sentença Rol n° 3729 de 2017 do Tribunal Constitucional de Chile (TCC – ROL N° 3729/17)²⁰⁵ em que ficou sedimentado que:

é constitucional lei que descriminaliza hipóteses de interrupção voluntária da gravidez, uma vez que o Estado não pode forçar a gestante a suportar o risco para sua

²⁰⁴ CHILE. Tribunal Constitucional de Chile (TCC). Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por treinta y cinco señores Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998. *Sentencia ROL N° 346/02*. Santiago, ocho de abril de dos mil dos. Disponível em: < em < https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_sentencia2.php?id=274 > Acesso em: 10 de out de 2020.

²⁰⁵ CHILE. Tribunal Constitucional de Chile (TCC). Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11. *Sentencia ROL N° 3729(3751) - 17-CPT*. Santiago, 28 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515> > Acesso em 20 de jan 2020

vida, a morte do filho por uma patologia letal ou a maternidade como resultado de estupro, por serem situações de encargo excessivo para as mulheres²⁰⁶.

Essa decisão foi proferida em 28 de agosto de 2017 em um requerimento de inconstitucionalidade, promovido por um grupo de senadores e deputados, em relação a normas previstas em um projeto de lei que regularia a interrupção voluntária da gravidez em três hipóteses:

Los actores refieren que, en términos generales, el proyecto propone sustituir íntegramente el artículo 119 del Código Sanitario, que hoy imposibilita en nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de acción alguna destinada a provocar un aborto. La nueva regulación dispone que, mediando la voluntad de la mujer, es permitido a un médico cirujano interrumpir el embarazo cuando: a) la mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida; b) el embrión o feto padezca de una alteración estructural congénita o genética de carácter letal; o c) sea el resultado de una violación.²⁰⁷ - (grifo próprio)

Os motivos para a impugnação do processo se sustentam basicamente na defesa do direito à vida do embrião desde a sua concepção, o que justificaria a manutenção da proibição completa do aborto no país. É interessante notar que os impugnantes também argumentam que a interrupção da gravidez representa um risco à saúde física e psíquica da gestante - ainda que nos contextos extremos pontuados no projeto - além de gerar a discriminação de mulheres por idade e pela quantidade de médicos exigidos em cada caso. Além disso, se questiona a reformulação do direito à objeção de consciência, que não é tema deste trabalho, mas é bastante discutido no processo. Assim o Tribunal resumiu a argumentação dos políticos impugnantes:

En primer lugar, sostienen que vulnera la vida del que está por nacer, toda vez que permite el aborto en tres causales. La protección constitucional al que está por nacer impide cualquier tipo de regulación que tienda a desproteger al embrión o al feto, por la vía de levantar la tipificación o la sanción penal. El aborto termina con la vida de un ser humano inocente en gestación, de un modo irreparable e irreversible... El proyecto establece una jerarquía de derechos a favor de la madre, impidiendo dar la debida protección al que está por nacer (...)

Respecto de... el riesgo vital que ponga en peligro la vida de la mujer, se sostiene que permite un aborto directo, en circunstancias en que la Constitución tolera sólo el aborto indirecto. Es decir, el que no tiene la intención de matar al embrión o feto. Enseguida, sostiene que la causal es innecesaria, porque el actual art. 119 del Código Sanitario permite el aborto indirecto (...)

Respecto de... la que autoriza el aborto cuando el embrión o feto padezca una patología congénita de carácter letal, se afirma que es difícil de diagnosticar. También, que el que está por nacer no puede ganar o perder derechos de acuerdo a su estado de salud. Asimismo, hay un riesgo para la salud de la madre, toda vez que este aborto no tiene plazo; y entre más edad gestacional tenga el feto, mayor riesgo para ella. Del mismo modo, no repara el efecto psicológico en las madres que el aborto produce, afectando su integridad física y psíquica, que le garantiza la Constitución. Además, se

²⁰⁶ Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto*. Ed 3. Brasília: junho, 2018

²⁰⁷ TCC – ROL N° 3729/17. p. 15

sostiene, que dos doctores para certificar la causal no es suficiente... no hay acuerdo entre los especialistas respecto al listado de enfermedades que se encuentra en esta causal.

En relación a... el que sea resultado de una violación, se sostiene que medicamento no se justifica porque estamos frente a una mujer sana, y un feto sano. Por lo mismo, es un asesinato. Enseguida, se sostiene que el alivio al trauma de la violación no es el aborto; por lo mismo, hay un efecto negativo en la salud de la mujer, que afecta su integridad física y psíquica. También, se reprocha que hay un riesgo para la mujer. Por otro lado, se cuestiona el que no se tomen los resguardos adecuados para acreditar la violación...

Finalmente, el acompañamiento del proyecto a la mujer que tiene que decidir, no es obligatorio; y no es un acompañamiento disuasivo. En tercer lugar, se reprocha la objeción de conciencia que regula el proyecto (...)

En cuarto lugar, se objetan varias desigualdades ante la ley. Por de pronto, el distingo de edad en las causales, al establecerse un marco distinto según la mujer se encuentre en los siguientes rangos de edad: menos de catorce años; más de catorce años y menos de dieciocho; y mayor de dieciocho años. Enseguida, se cuestiona las distintas formas de acreditación de las causales. En una se exige, un doctor; en otra se exige dos; y, en la tercera, se exige un equipo médico. También se objeta la forma en que los padres o representantes legales participan en el proceso. Finalmente, se objeta que el acompañamiento sea protector de la vida del que está por nacer, sólo cuando la mujer decide continuar su embarazo; y, en cambio, no es lo suficientemente protector cuando desea interrumpirlo, dejando en indefensión al nasciturus.²⁰⁸ (grifo e destaque próprio)

Por sua vez, a chefe de Estado Michelle Bachelet e o Presidente da Câmara dos Deputados defendem a proposta legislativa como fruto de uma decisão democrática que reflète as mudanças da sociedade chilena, incluindo a busca pelo pluralismo e alinhamento com as diretrizes internacionais. Enfatizam, ainda, a realidade chilena em que os abortos clandestinos ocorrem colocando a vida das mulheres em risco e violando seus direitos fundamentais. Assinalam, por fim, que a penalização completa da conduta não é o melhor método para resolver essa situação.

En su traslado, expone la Jefa de Estado que este proyecto de ley fue extensamente debatido en el Congreso Nacional por más de dos años de tramitación. En ambas Cámaras se recibieron a más de doscientos invitados e invitadas representantes de una amplia diversidad de posturas políticas, religiosas y espirituales, lo que permitió alcanzar un amplio acuerdo de mayoría. Por ello incuestionable resulta que el proyecto está legitimado por un proceso democrático que consideró los intereses ciudadanos, cuestión coherente con la definición constitucional de Chile como una República Democrática en que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo... La señora Presidenta enuncia que el proyecto de ley no legaliza el aborto libre, sólo despenaliza en tres causas extremas. El articulado del proyecto no puede producir abortos, dado que éstos ya existen en Chile, buscando más bien hacerse cargo de una dramática realidad, dado que la persecución penal no es buen método para evitarlos. Hoy en Chile se practican abortos de manera insegura, afectándose a las mujeres que se encuentran en las tres causales, violando sus derechos fundamentales. Con este proyecto se levanta de forma restringida una prohibición que hoy es absoluta. Agrega que las causales que aprobó el Congreso Nacional no son extrañas en el derecho comparado. Han sido aprobadas en legislaciones de países como Argentina, Colombia, Italia, Polonia, entre otros. Hoy, Chile es uno de las seis naciones en el mundo que establecen una prohibición absoluta respecto del aborto.

²⁰⁸ TCC – ROL N° 3729/17. p. 45 a 48

(...) la señora Presidenta de la República comenta que el proyecto favorece una decisión reflexiva de las mujeres, en que ellas toman la decisión final. La ley es neutral frente a la mujer: no la empuja a interrumpir su embarazo, su voluntad nunca se presume, ella decidirá de manera informada cuando se enfrente a alguna de las tres causales, con derecho a un programa de acompañamiento, sea cual sea su decisión, en un esquema respetuoso de las convicciones morales de todas las personas, regulando quiénes y cómo pueden ser objetos de conciencia.²⁰⁹- (grifo e destaque próprio)

Há, nesse trecho, uma clara preocupação em afirmar a maneira democrática em que se deu o processo de formulação da lei, aduzindo à princípios caros ao novo constitucionalismo latino-americano como a pluralidade e a participação popular. A menção aos abortos inseguros se coaduna com os estudos da OMS e é reconhecido como um problema de saúde que viola direitos fundamentais, se baseando também no estudo de legislações comparadas e na constatação de que o Chile é parte de um grupo muito reduzido de países, em todo o mundo, que ainda criminaliza todas as formas de aborto. Ademais, supera o paradigma liberal ao propor um programa de acompanhamento à gestante que se concretizaria como uma prestação estatal.

Destaca-se, a seguir, como as partes utilizaram o Direito Internacional para compor suas alegações. Os políticos que promoveram a ação de impugnação alegam que o Chile não está vinculado a decisões da Corte Interamericana que não incluam diretamente o país, o que permitiria a interpretação livre dos tratados que compõem o SIDH, já que a jurisprudência da Corte poderia ser praticamente toda ignorada. Além disso, apontam que nenhum tratado que o Chile assinou trata explicitamente do aborto como um direito feminino ou dever prestacional do Estado. Assim argumentaram:

las alegaciones que se formulan en torno a la **sentencia Artavia Murillo vis Costa Rica, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Exponen que dicha sentencia no tiene ni puede tener incidencia real en esta controversia constitucional. La obligación internacional que pesa sobre Chile es cumplir sólo con las decisiones de dicha judicatura en que nuestro país ha sido parte y desde la sentencia de esta Magistratura en causa Rol N° 346, su jurisprudencia ha sostenido claramente que los Tratados Internacionales, incluso los de derechos humanos, tienen un rango inferior a la Constitución Política. Incluso, se ha sostenido que no resulta plausible contrastar directamente los preceptos legales que se impugnen en un asunto con los Tratados Internacionales a efectos de sostener su eventual inconstitucionalidad.

A este respecto, las diputadas y diputados requirentes, efectuando una repaso global a la **Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo**, refiriendo vulneraciones a dichos cuerpos normativos, también anotan que bajo la jurisprudencia constante y vigente de esta Magistratura, la cuestión de constitucionalidad de autos no puede ser resuelta con referencia directa a ningún tratado de derechos humanos, no consagrando en cuerpo internacional alguno la consideración a un derecho al aborto.²¹⁰- (grifo e destaque próprio)

²⁰⁹ TCC – ROL N° 3729/17. p. 18 a 21

²¹⁰ TCC – ROL N° 3729/17. p. 37 e 38

Por sua vez, os defensores da constitucionalidade da lei abordam o Direito Internacional como um parâmetro a ser considerado, uma vez que os tratados assinados pelo Chile não contrariam a Constituição. Além disso, é citado o julgamento “*Artavia Murillo e outros vs Costa Rica*” na Corte Interamericana como referência de interpretação da Convenção, reconhecendo a CORTE IDH como o órgão competente para interpretar os instrumentos que formam o SIDH. Assim, a parte argumenta:

La Jefa de Estado expone a este respecto que **el Derecho Internacional de los Derechos Humanos** no prohíbe la despenalización del aborto en determinados casos; por el contrario, de **los Tratados Internacionales** que se encuentran vigentes en Chile, así como de la interpretación que han efectuado de su articulados los **órganos internacionales competentes para ello**, se desprende que sí se permite, cuestión acorde con el respeto a la dignidad de las mujeres (...) argumenta que ni la **Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** contemplan al nasciturus como titular de derechos...

A mayor abundamiento, expone que el **Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, ha instado a diversos países, como Chile, a introducir excepciones a la prohibición absoluta del aborto. El enunciado Comité nunca ha hecho aplicable el derecho a la vida reconocido en el artículo 6° al embrión.

A su turno, **la Convención sobre los Derechos del Niño** no establece en su artículo 1° que el nasciturus sea un niño. El **Comité de Derechos del Niño**, órgano encargado de su supervisión, tampoco ha hecho aplicable el derecho a la vida al nasciturus.

En el ámbito del **sistema interamericano**, expone la señora Presidenta, desde el artículo 4.1 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** se admiten excepciones al derecho a la protección de la vida desde la concepción, dada la expresión “y, en general”, contenida en la disposición, a efectos de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, **como sucede hoy en la mayoría de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**.

Por último, en el caso **Artavia Murillo y Otros v/s Costa Rica**, de 2012, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** sostuvo que el embrión no es persona titular del derecho a la vida en los términos del enunciado artículo 4.1, derecho que no es absoluto, prohibiéndose sólo la privación arbitraria de la vida. Hace presente que, así, se presentan coincidencias con nuestra Constitución, armonizando las obligaciones del Estado chileno con el sistema internacional.²¹¹ (grifo e destaque próprio)

Após apreciar esses argumentos, o Tribunal deu voz às partes para que se pronunciassem sobre os quatro conflitos constitucionais acolhidos: (a) a competência do legislador para tratar do tema, devido a limitação do direito à vida; (b) a violação do princípio da igualdade, devido às discriminações que o projeto produziria; (c) a violação da liberdade de consciência e do exercício da profissão médica; (d) e a violação da liberdade de associação e autonomia dos grupos representativos que não poderiam se opor à prestação do serviço. Por fim, convocou

²¹¹ TCC – ROL N° 3729/17. p. 38 e 39

uma Audiência Pública com a participação de várias entidades representando diversos segmentos sociais.

A decisão, então, limita os temas que serão tratados pelo Tribunal e aqui cabe ressaltar que os juízes anunciam que “*no examinaremos la forma en que afectan a Chile las sentencias de Tribunales Internacionales, ni las Declaraciones formuladas por Comités creados por ciertos Tratados Internacionales*”²¹², por entenderem que essas considerações não são necessárias à discussão da controvérsia. Em seguida, eles expõem os antecedentes necessários para a solução da questão: “*la regulación del aborto que contiene el proyecto; la regulación histórica del aborto en nuestro país; la regulación en el derecho comparado, y la manera en que los Tribunales de otros países han resuelto la legalización del aborto*”, delimitando assim os objetos de análise para formulação da sentença.²¹³

Nessa exposição de fontes, destaca-se que a abordagem histórica é completamente diferente da boliviana, uma vez que não considera o período pré-colombiano, nem de colonização, o que, por consequência, exclui o entendimento dos povos originários, o que é demonstrado no trecho:

La primera, transcurre entre 1875 a 1931. Se distingue porque el aborto es penado y no tiene ningún tipo de excepción. No obstante la ley penal exigía dolo directo para su comisión, al utilizar la expresión "maliciosamente".
La segunda etapa transcurre entre 1931 y 1989. En 1931, por el D.F.L N °226, se introduce el aborto con fines terapéuticos. Este se reguló con posterioridad en el D.F.L N °725 de 1967. Este último cuerpo legal exigió la opinión documentada de dos médicos cirujanos. El D.F.L n °226, en cambio, exigía la opinión de tres facultativos. La tercera etapa se abre en 1989. Ese año la Junta de Gobierno dictó la ley N °18.826. Esta dispuso que "no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto". Esta es la norma que el proyecto reemplaza;²¹⁴

Ocorre, ainda, o recurso ao Direito Comparado, tanto em relação a regulação do aborto, quanto ao direito à vida. O Direito Internacional também é considerado na análise. A seguir, portanto, serão destacados os países citados:

En el **derecho comparado**, las leyes que permiten el aborto son relativamente nuevas. Comenzaron en la década que se inició en 1970. En la actualidad son muy pocos los países con prohibición absoluta del aborto.

Los países tienen dos modelos de regulación. Por una parte, están los países con aborto libre, es decir, sin causales que lo justifiquen. Algunos establecen plazos; y otros no. Por la otra, están los países que establecen causales o indicaciones para su procedencia. Algunas deben ser probadas judicialmente y otras no. (...)

²¹² TCC – ROL N° 3729/17. p. 50

²¹³ TCC – ROL N° 3729/17. p. 51

²¹⁴ TCC – ROL N° 3729/17. p. 55

Que, respecto del marco constitucional, los países no establecen una referencia explícita al aborto. Sin embargo, regulan el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona.

Algunos establecen el derecho a tomar decisiones respecto a la reproducción y el derecho a la seguridad y el control sobre su cuerpo (**Sudáfrica**, artículo 12).

Otras pocas constituciones se refieren al no nacido. En **Latinoamérica**, lo hace la Constitución del Perú ("el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece", artículo 2); **Honduras** ("al que está por nacer se le considera nacido, para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley, artículo 67); **Paraguay** ("el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción", artículo 4). Algunas Constituciones dan un paso más en esta línea. Así, **Guatemala** ("El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción", artículo 3), y **República Dominicana** ("El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte", artículo 37); (...)

Que, en materia de Tratados Internacionales generales, suscritos y ratificados por Chile, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo tercero establece que "todo individuo tiene derecho a la vida". Enseguida, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo artículo cuarto dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo sexto que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente; (...)sentencias que han dictado organismos jurisdiccionales de otros países al momento de pronunciarse sobre objeciones de constitucionalidad a proyectos o leyes de aborto. (...) El primer período comienza en 1973, en **Estados Unidos**; y sigue en **Europa** con sentencias en **Alemania, Italia y Francia**, en 1975.

El segundo período está ubicado en la década de 1980. Aquí encontramos sentencias de **Portugal** (1984), **España** (1985) y **Canadá** (1988).

Después vienen las sentencias de 1990. Aquí se ubica **Hungría** (1991), **Irlanda** (1992) y **Polonia** (1996).

Finalmente, están todas las sentencias del siglo XXI. Aquí se ubican las sentencias de **Colombia** (2010), **México** (2007), **Eslovaquia** (2007); (...) formas en que las sentencias consideran al que está por nacer. La gran mayoría de los países no le reconocen derecho a la vida. Así están las sentencias que lo consideran un interés. En **Estados Unidos**, en 1973, se le consideró un interés legítimo que el Estado puede proteger. En la sentencia del **Tribunal italiano** (...) **España**, (...) las sentencias que lo han considerado como un valor (Colombia, 2006); un valor fundamental (**Eslovenia**, 2007); un valor objetivo (**Portugal**, 2010). (...) **Alemania** (1975) e **Irlanda** (1992); la forma en que estas sentencias han resuelto la compatibilidad del aborto con sus respectivas Constituciones. Para ello, han utilizado distintos criterios.

En primer lugar, destaca **Estados Unidos**. La Corte Suprema de ese país ha utilizado tres argumentos para sostener la legitimidad del aborto. El primero es la privacidad de la mujer (*Roe v. Wade*, 1973); el segundo, es el de la viabilidad del feto (*Roe v. Wade*, 1973); y el tercero, es el de la carga inmerecida o indebida (*Planned Parenthood v. Casey*, 1992).

Otro estándar utilizado por los Tribunales, es la inexigibilidad. No se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable. Este criterio fue utilizado por el **Tribunal Alemán**... El **Tribunal de Portugal** (...) no existía en la Constitución un mandato de criminalización. Lo mismo estableció la sentencia de México del año 2007.

Se ha establecido también como criterio, la protección incremental del embrión y feto. El interés del Estado predomina sobre el de la mujer, en la medida en que avanzan los meses de gestación y el feto se hace compatible con la vida extraterina independiente. Mientras los primeros meses se considera una unidad, la madre y el feto; en las siguientes es considerado una dualidad. Esto lo establece el **Tribunal alemán** en 1993, el **Tribunal esloveno** en el año 2007, y el **Tribunal portugués** en su sentencia del 2010 (...) En el mismo sentido, se expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso **Artavia Murillo y otros vs Costa Rica**, del año 2012. La Corte sostuvo que la protección del que está por nacer no es absoluta, sino que gradual e

incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional.

Por otro lado, se ha utilizado el criterio de proporcionalidad. El **Tribunal Alemán** sostuvo, en 1975 que en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo. En el mismo sentido, el **Tribunal de Portugal...** El **Tribunal de Eslovaquia**, el 2007... El Tribunal colombiano, en el 2006, sostuvo que la penalización en toda circunstancia implica la completa preeminencia y el consiguiente sacrificio de los derechos de la mujer embarazada...²¹⁵. (grifo e destaque próprio)

Conclui-se, portanto, que a consulta chilena é vasta, tanto na diversidade de países citados, quanto na consideração da evolução histórica das teses. É interessante pontuar a quantidade considerável de países americanos citados, além da consulta à produção jurídica da África do Sul, país que, assim como os latino-americanos, produz ‘epistemologias do Sul’²¹⁶.

O Direito Internacional é igualmente abordado por meio de vários instrumentos normativos internacionais, como a Convenção e a decisão da Corte, que integram o SIDH, além de outros tratados que garantem direitos femininos e versam sobre a vida:

la Constitución manda proteger la vida del que está por nacer... no habla de proteger el derecho a la vida.

Este, es decir, el derecho a la vida, está reconocido y definido en **convenciones internacionales**. Así, tanto el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (artículo 6), como la **Convención Interamericana de Derechos Humanos** (artículo 4), señalan que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Tal definición explica instituciones como la legítima defensa... Pero no lo hace "arbitrariamente". Lo mismo puede decirse de un acto médico riesgoso, que trae como consecuencia la muerte. Pero el derecho a la vida es distinto de la vida. Esta es la plataforma biológica y síquica de sustentación. No cabe confundir ambos conceptos”;

(...) la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que el derecho a la vida está protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Todos conocemos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo sobre esta disposición, en el caso Artavia Murillo versus Costa Rica. En lo que aquí interesa, esta sostuvo dos cosas. Por una parte, que la protección del que está por nacer no es absoluta sino que gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional. Por la otra, dicha protección implica proteger a la mujer, porque la concepción ocurre dentro de su cuerpo.²¹⁷ (grifo e destaque próprio)

O documento ainda ressalta como é importante uma interpretação condizente com as mudanças temporais, o que no caso é marcado pela busca da promoção da igualdade de gênero e direitos reprodutivos femininos.

²¹⁵ TCC – ROL N° 3729/17. p. 55

²¹⁶ No sentido apresentado pelo autor Boaventura de Souza Santos

²¹⁷ TCC – ROL N° 3729/17. p. 86 a 89

(...) existen cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar.”²¹⁸

“En lo relativo a los tratados internacionales, apuntan en el mismo sentido de los cambios constitucionales y legales, la promulgación de la **Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer...**, y la promulgación de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres (...)**

Que dichos tratados han reiterado que la mujer tiene ciertos derechos tradicionales, como su libertad, su privacidad, los que puede gozar, ejercer y demandar protección a plenitud. Pero han avanzado en el reconocimiento de otros nuevos que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales.

En este sentido, destaca la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre.

Entre estos nuevos énfasis destacan aspectos relacionados con la maternidad. Así, se le reconoce el derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente al cónyuge, para asumir los mismos derechos durante el matrimonio o su disolución. Asimismo, se le reconoce el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. También, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos;

(...) es en el marco de estos nuevos énfasis, definidos por el constituyente, el legislador y los tratados internacionales, que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas....²¹⁹ - (grifo e destaque próprio)

Dessa forma, “*con el pluralismo que garantiza nuestra Constitución, con la autonomía con los derechos de la mujer como persona, con el derecho penal concebido como última ratio y con los derechos de los pacientes*”²²⁰ o Tribunal reafirmou:

Que el derecho a la vida, no es un derecho de carácter absoluto, pues ningún derecho fundamental es un derecho absoluto, toda vez que los derechos fundamentales aceptan limitaciones, al exigirse su compatibilidad con la debida protección del ser humano y su dignidad, tal sería el caso de la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.²²¹

Finalmente, os magistrados consideram o projeto de lei constitucional, baseando-se na limitação do direito à vida nas três situações excepcionais expostas - que causariam encargo excessivo à gestante - sem, contudo, descriminalizar a conduta abortiva ou alterar a legislação que protege o nascituro.

²¹⁸ TCC – ROL N° 3729/17. p. 65

²¹⁹ TCC – ROL N° 3729/17. p. 78 e 79

²²⁰ TCC – ROL N° 3729/17. p. 75

²²¹ TCC – ROL N° 3729/17. p. 86

Com essa decisão, o Chile se alinha não só à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas também com a legislação da maioria dos países do mundo que aceitam exceções à proibição do aborto como forma de reconhecer a dignidade da mulher, especialmente pela prevalência do seu direito à saúde, à autonomia e liberdades reprodutivas. Também se nota uma presença marcante dos instrumentos internacionais na composição do voto majoritário e a importância dada ao Direito Comparado que não se limitou às referências aos países do capitalismo central. Dessa forma, o Chile vem promovendo uma reforma da Constituição, originariamente autoritária, em direção ao reconhecimento do papel Estatal na garantia dos direitos sociais, aproximando-se dos constitucionalismos latino-americanos baseados não só na principiologia da dignidade humana, mas também no pluralismo.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, fez-se uma análise do diálogo entre cortes constitucionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Buscou-se demonstrar como se constroem as decisões jurídicas, por meio do destaque das influências do Direito Internacional e do Direito Comparado. Para além disso, a fim de permitir uma melhor comparação, foi escolhido uma questão problemática em todo o continente: o acesso à interrupção da gestação.

Esse tema trata da harmonização de garantias inerentes aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais constitucionalizados: a vida, a saúde, a autodeterminação e as liberdades sexuais e reprodutivas, sendo especialmente relevante por abarcar um grupo historicamente excluído das decisões institucionais: as mulheres.

Os julgados expostos expressam como as pautas feministas e de garantias relacionadas à saúde e às liberdades sexuais e reprodutivas vêm ganhando espaço nos judiciários nacionais e no debate internacional. Isso demonstra como as lutas sociais não se mantêm apenas nas ruas, mas também estão atingindo as mais altas instâncias de poder, pressionando o reconhecimento de direitos e da dignidade dessas pessoas, promovendo o aumento da igualdade e da democracia dando espaço a vozes historicamente marginalizadas. Prova desse avanço é o fato de que todas as decisões seguiram, em maior ou menor nível, no sentido de expandir a proteção das mulheres e garantir maior acesso à direitos.

Ademais, registra-se um grau maior de democratização por meio da implementação de formas de participação popular direta por meio de audiências e consultas públicas, ampliando a discussão para além das vozes institucionais. Igualmente, a publicidade das sentenças - com o registro das considerações das partes e fundamentação da decisão – se apresenta como aspecto importante da democratização e transparência das decisões.

Essas medidas fortalecem a confiança nas instituições e permitem compreender a formação dos posicionamentos oficiais, seja para exigir seu cumprimento ou tecer críticas ao que foi disposto. De toda forma, o acesso à construção do Direito, por meio da aplicação direta das normas ou pela apreciação abstrata de sua validade, é prerrogativa fundamental para o reconhecimento e legitimação dos ordenamentos nacionais e internacionais, permitindo, por exemplo, a elaboração deste estudo e de tantos outros que se debruçam sobre a jurisprudência.

Quanto à publicidade, também é possível perceber como a linguagem utilizada imprime diferentes possibilidades de acesso ao conteúdo do Direito. Nesse sentido, destaca-se que os casos analisados, em geral, possuem redação clara, com referências indicadas e uma formatação que permite a compreensão de como o processo se desenrola naquele órgão. Contudo, há de se pontuar que a sentença brasileira se diferencia nesse ponto, pois é extremamente longa, apresenta o voto de cada juiz separadamente, sem, contudo, utilizar uma formatação que permita uma identificação rápida de quem fala no processo e qual fase do procedimento está sendo relatado, além de utilizar uma linguagem excessivamente rebuscada, extrapolando o academicismo comum aos órgãos judiciais, tornando o voto incompreensível para a maioria da população que não conhece os jargões jurídicos, as referências em latim, em alemão e até expressões portuguesas que estão muito distantes do uso comum da língua no país.

Outro aspecto importante da linguagem utilizada nos documentos é a expressão de objetivos institucionais pela maneira de construção do raciocínio, escolhas conceituais e emprego das palavras. As decisões da Corte IDH são marcadas pela preocupação em explicar e delimitar o conceito dos direitos, como forma de afirmar o entendimento do órgão sobre a aplicabilidade da norma, a fim de indicar, manifestamente, as teses que constituirão a jurisprudência que vincula todos os signatários sob sua jurisdição. Assim, a Corte não se preocupa apenas com a resolução do fato concreto, mas com a construção doutrinária que pode ser usada como referencial de aplicação de direitos envolvidos na lide, de forma a conceder à decisão aplicabilidade para além do caso específico.

A decisão boliviana, por sua vez, utiliza palavras e conceitos próprios dos idiomas originários como forma de afirmar a plurinacionalidade do Estado e também de reconhecer a importância desses povos. Essa escolha dá à sentença um caráter de reparação quanto às violências sofridas durante séculos de colonização e discriminação ao admitir a existência dessas opressões e declara-las avessas à nova proposta constitucional. Percebe-se, ainda, grande preocupação na utilização de referenciais que coadunam com o projeto emancipatório vigente no país a época, como, por exemplo, não indicar jurisprudências de nações em particular, mas valorizar os comandos do SIDH e de outras instâncias internacionais que contam com maior pluralidade de visões, já que se constroem por diferentes países em posição de igualdade. O desenvolvimento e utilização do princípio do bem viver é, igualmente, uma marca desse projeto constitucional que se baseia na pluralidade, na complementaridade, no reconhecimento da coletividade e na emancipação dos povos.

Ao revés, como dito acima, a decisão brasileira aponta uma escolha precisa de palavras no sentido de demonstrar a erudição dos magistrados. Ademais, aborda a capacidade de adquirir personalidade de forma bastante técnica e reafirma constantemente o status de dignidade humana do indivíduo, a laicidade do Estado e o poder vinculante da Constituição de 1988 que instaurou o Estado Democrático de Direito – conceito muito citado na decisão. Apreende-se que, para além da resposta da demanda, a fala do STF busca fortalecer o ordenamento constitucional vigente, reafirmando sua legitimidade democrática e coadunação com os princípios vigentes nas nações de capitalismo desenvolvido, tomadas como referencial teórico e jurídico.

Sobre a diferença da fundamentação da sentença brasileira e boliviana, a luz da teoria do novo constitucionalismo americano, Legale pontua:

A primeira perspectiva adota premissas antropocêntricas ocidentalizadas de um típico Estado Social e Democrático Direito, que compreende o direito à vida a partir da noção de dignidade da pessoa humana. É o que se observa na visão individualista do STF (ADPF 54 sobre anencefalia (...))

A segunda discorre sobre uma visão biocêntrica ou geocêntrica na qual o ser humano deve viver em harmonia com a mãe terra, a “Pachamama”, típicas de um Estado Plurinacional de Direito. Essa é a visão que pode ser encontrada na jurisprudência... na decisão do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia que trata do aborto (Sentença Constitucional Plurinacional n. 0206/2014).²²² (grifo próprio)

Por fim, a decisão do Chile tem especial preocupação em salientar o processo reformador da Constituição, o que lhe garantiria legitimidade democrática. Isso ocorre por meio da citação de transformações legais e afirmação da necessidade de interpretação contextualizada das normas, considerando não só a totalidade do ordenamento nacional, mas também o direito internacional e a realidade social chilena. Destaca-se, finalmente, que a sentença se fundamenta na tese de “encargo excessivo”, demonstrando a pluralidade de soluções jurídicas que podem ser adotadas para o mesmo conflito, mas que resultam em respostas similares, no caso, a descriminalização da interrupção voluntária da gestação.

Além disso, há que se falar no diálogo estabelecido entre as Cortes.

Na construção de uma decisão judicial no seio da atual sociedade globalizada, mostre-se perceptível que, cada vez mais, as decisões na jurisdição doméstica e transnacional são trabalhadas pelo diálogo entre Cortes ao redor do globo, sendo inegável que a cada dia juízes de diferentes tribunais olham para fora de suas fronteiras, à procura de novos argumentos para justificar seus próprios casos.

²²² LEGALE, Siddartha. **O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?** Revista Publicum, Número 2. Rio de Janeiro, 2016. p. 223

Pode-se afirmar que as decisões judiciais das Cortes Constitucionais em geral não são mais um processo isolado de deliberação dos tribunais locais, mas, sim, parte de um processo transnacional de diálogo entre Cortes em todo o globo, a partir da perspectiva de busca de justificação da consistência argumentativa da jurisdição de garantias, nos diálogos transnacionais.²²³ (grifo próprio)

Partindo dessa inegável conexão entre os ordenamentos jurídicos, é notável que todos os julgados nacionais fizeram referências ao SIDH, demonstrando como seu desenvolvimento vem contribuindo para a construção do direito latino-americano, tornando-se uma instância de debate, produção de conhecimento e resposta às demandas próprias da região, ganhando protagonismo na proteção dos Direitos Humanos no continente. Entretanto, é evidente que a influência do Sistema é mediada pela abertura estatal ao direito internacional.

Essa internalização é definida pela soberania nacional ao assinar os tratados e aceitar a jurisdição da Corte. Contudo, a forma como esse direito é recebido e aplicado pelos órgãos nacionais é diferenciada entre os países, uma vez que o status conferido aos instrumentos internacionais é diverso. Sobre essas nuances, Legale, Araújo e Dechanps

A criação de uma rede de uma maior ou menor reciprocidade em escala global entre essas Cortes arquitetou-se a partir de uma sociedade internacional pluralista. A ideia central é a intensificação do intercâmbio múltiplo entre Cortes na ordem jurídica globalizada por meio de decisões transnacionais que são trazidas à tona na tomada de decisões jurisdicionais, como uma estratégia para incrementar a qualidade das mesmas com a incorporação de novos e distintos argumentos ao debate judicial em questões convergentes, validada pela previsibilidade e respeito aos precedentes transnacionais.

Esta ideia, naturalmente, amplifica-se quando se coloca o diálogo entre as Cortes Constitucionais e as Cortes de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Incorpora-se ao debate o reposicionamento da teoria clássica da soberania nacional e da jurisdição — como manifestação do princípio da soberania do Estado e que estende seus efeitos dentro das fronteiras estatais — a partir da ideia de que a racionalidade argumentativa transversal e pontes de transição entre os sistemas nacional e regional. A competência exclusiva no seu território para adotar normas legais obrigatórias e resolver litígios em seus tribunais cede espaço, num mundo desterritorializado e globalmente ordenado, à necessidade de coordenação e harmonização de forma complexa (...) necessárias para a compreensão da cooperação internacional na sociedade global, por meio de um diálogo pluralista e participativo entre instituições locais e transnacionais, especialmente no que toca à jurisdição de garantias. Esta dinâmica entre transnacional, global, regional e o local se interpenetram e se realimentam, em processos múltiplos, simultâneos, iterativos e em ciclos recursivos de permanente reconfiguração da arquitetura global e local, a jurisdição acaba por trabalhar reconceptualizada e relegitimada, a partir do paradigma dos fenômenos transnacionais.²²⁴ (grifo próprio)

²²³ LEGALE, Siddhartha. MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. *O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves*. NIDH. Informativo da Casoteca de Direitos Humanos. Disciplina de Direitos Humanos – UFRJ / FND. Rio de Janeiro. p. 5

²²⁴ LEGALE, Siddhartha. MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. *O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves*. NIDH. Informativo da Casoteca de Direitos Humanos. Disciplina de Direitos Humanos – UFRJ / FND. Rio de Janeiro. p. 6

Dentro dessa dinâmica transnacional, o fato de a Bolívia e o Chile considerarem as normas de Direitos Humanos como parte do bloco de constitucionalidade e o Brasil impor procedimentos legais mais rigorosos para igualar o status dos instrumentos internacionais à Constituição, torna o nível de influência do SIDH diferente em cada país. Nesse sentido, o controle de convencionalidade²²⁵ é muito mais aplicado e melhor aceito nos Estados que reconhecem a superioridade ou igualdade do direito internacional e das normas constitucionais. A ausência de uniformidade no reconhecimento do direito externo, portanto, enfraquece o Sistema e dificulta a formação de uma comunidade internacional integrada e engajada no propósito de realização dos Direitos Humanos.

Em seu turno, a análise do recurso ao Direito Comparado reflete, similarmente, essa dificuldade de integração. As decisões brasileira e boliviana pouco se atentaram as construções jurídicas dos países vizinhos, perdendo a oportunidade de estabelecer diálogo com essas Cortes, como o órgão chileno fez. Essas consultas não apenas acrescentam embasamento teórico, mas podem ampliar o olhar do julgador sobre a demanda, além de demonstrar o reconhecimento e respeito ao saber produzido por outras nações, estreitando os laços acadêmicos, mas também políticos entre os Estados.

O mesmo se aplica na referência aos ordenamentos nacionais por parte da Corte Interamericana. Ao citar um julgado ou uma doutrina de um país signatário, a Corte indica que acompanha e reconhece a produção daquele país, fortalecendo o diálogo entre as instâncias jurídicas e se aproximando da realidade dos indivíduos, uma vez que eles estão submetidos aos ordenamentos internos.

A importância desse diálogo é bem descrita na defesa do “transconstitucionalismo”:

O ponto central do transconstitucionalismo é, em síntese, que qualquer ordenamento jurídico ou modelo de racionalidade possui pontos cegos, de modo que é necessário construir “pontes de transição” por meio de uma “racionalidade transversal” ou de “conversações constitucionais” entre os planos locais, estatais, transnacionais, internacionais ou supranacionais para melhorar a qualidade das decisões. Por meio do diálogo entre os diversos planos estatais, interestatais e não estatais procura-se

²²⁵ Cf. LEGALE, Siddharta; MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves : “a Corte IDH, que é considerada a intérprete autêntica do tratado, desenvolveu toda uma teoria do controle de convencionalidade, segundo a qual as interpretações das suas opiniões consultivas e a coisa julgada interpretada dos casos contenciosos fixados para um país vinculam os demais. O descumprimento pode ensejar responsabilidade internacional do Estado”.

estabelecer justamente esse modelo de racionalidade transversal, que busca, por meio desse olhar de outra ordem jurídica, encontrar soluções melhores para os problemas constitucionais semelhantes. (...)

Esta ideia, naturalmente, amplifica-se quando se coloca o diálogo entre as Cortes Constitucionais e as Cortes de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Incorpora-se ao debate o reposicionamento da teoria clássica da soberania nacional e da jurisdição — como manifestação do princípio da soberania do Estado e que estende seus efeitos dentro das fronteiras estatais — a partir da ideia de que a racionalidade argumentativa transversal e pontes de transição entre os sistemas nacional e regional. (...)

Logo, esta interação, baseada na noção de diálogo, em um trabalho de observação mútua, em que as ordens jurídicas devem cooperar em prol de formas de desenvolvimento de relações jurídicas estáveis, para soluções dialeticamente conduzidas no intercâmbio permanente de cortes, o que permite a incorporação e o enriquecimento das decisões tomadas no sistema jurisdicional global, em uma troca que gera a migração de ideias, e, conseqüentemente, uma maior uniformidade no tratamento de problemas comuns, visando ao aprendizado e fortalecimento recíproco, para o aprimoramento discursivo em prol da solução mais favorável ao ser humano.²²⁶

Portanto, apesar dos avanços no sentido de formação de um sistema regional de proteção dos direitos humanos, a América ainda tem muito o que melhorar: seja na ampliação dos países signatários da Convenção, seja no engajamento dos que já fazem parte aos comandos internacionais e no diálogo entre cortes.

Finalmente, cumpre criticar o posicionamento do SIDH que - apesar de demonstrar nos votos a adoção da teoria da proteção gradativa do embrião e a interpretação do artigo 4.1 da Convenção no sentido de preservação da vida das mulheres – foi omissa na abordagem direta e clara do direito ao aborto induzido. Essa postura, demonstra que a Corte não impõe um standard mínimo de proteção à saúde e liberdades reprodutivas femininas, sendo, por conseguinte, conivente com a criminalização da prática no continente e com a proibição por completo que se dá em alguns países. A omissão dos órgãos interamericanos contribui para a atual situação de calamidade do atendimento de saúde pública às mulheres latinas, como denunciado pela OMS, permitindo que milhares de pessoas morram ou sofram complicações por não terem dinheiro para arcar com um tratamento digno.

Infelizmente, ao observar todos os casos relatados, conclui-se que - mesmo diante da situação fática vivida no território, dos direitos positivados em âmbito nacional e internacional e das diversas contribuições científicas no sentido de apontar a necessidade de descriminalização e acolhimento desse grupo vulnerável - o direito ao aborto seguro ainda é uma realidade muito distante da maioria das mulheres latino-americanas. Para além disso, a

²²⁶ LEGALE, Siddharta; MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves. p. 3, 6 e 15

faculdade de interromper a gravidez por simples escolha, ainda que em estágios primitivos da formação embrionária, como expressão da autodeterminação e liberdade reprodutiva, não é sequer cogitada pelas instituições de poder da maioria dos Estados americanos, que ainda promovem a instrumentalização dos corpos femininos e a discriminação de gênero.

Essa discriminação, que foi afirmada diversas vezes e entendida como violação dos Direitos Humanos, acaba sendo comprovada pela simples constatação de que todos os órgãos julgadores eram formados majoritariamente por homens, sendo o Tribunal boliviano o mais equilibrado em representatividade²²⁷. Esse fato demonstra como as mulheres ainda tem dificuldade em acessar cargos de poder e, em esfera ampliada, de decidir sobre o destino de suas próprias vidas.

Isto posto, constata-se que a apresentação da formação histórica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e consequente regionalização, por meio do Sistema Interamericano, não deixa dúvidas de que essa estrutura foi construída e se baseia na produção jurídica europeia e norte-americana, mesmo que se pretenda universal. Portanto, não há como negar a influência desses países, que não ficou restrita à colonização, sendo estendida até a atualidade, o que se verifica, por exemplo, na organização das populações em Estados Liberais, no sentido de reconhecer um poder político, dotado de soberania sobre determinado território e sobre a população que nele habita, apropriando-se do conceito de nação.

Dessa forma, o diálogo entre os povos na América se dá pela intermediação do Estado: pessoa jurídica de direito internacional - que atua no âmbito do SIDH - e, ao mesmo, tempo, pessoa jurídica de direito interno – sendo o ator que organiza todo o sistema jurídico nacional no exercício de sua soberania. Portanto, a forma como esse Estado opera é fundamental para a criação dos Direitos Humanos e para implementação deles.

Ciente desse protagonismo estatal, esse trabalho buscou demonstrar como a organização interna determina variados graus de interação com o SIDH e como as Cartas Constitucionais são utilizadas para justificar a soberania, mas também limitar os poderes do Estado e vinculá-lo a obrigações prestacionais. Portanto, é possível perceber um processo de constitucionalização

²²⁷ Cabe esclarecer que a simples representatividade, no sentido defendido pelas teorias de feminismo liberal, estão longe de ser suficientes para abarcar toda a diversidade de condições vividas na América Latina, sendo necessário ampliar o acesso de vozes, não apenas femininas, aos espaços de poder. Essa demonstração numérica, portanto, é meramente ilustrativa da situação de desigualdade vivenciada no continente.

dos Direitos Humanos e flexibilização da soberania estatal por meio do reconhecimento da legitimidade da Comissão e da jurisdição da Corte em muitos países da América Latina.

Ademais, foi possível demonstrar o Direito Comparado sendo aplicado como ferramenta hermenêutica e de posicionamento político. Nessa esfera, ainda se identifica uma forte influência dos países desenvolvidos sobre os Estados latino-americanos, ao passo que também se desenha uma tentativa de emancipação nos movimentos anticoloniais na Bolívia e em outros países como Venezuela e Equador. De toda forma, as duas vertentes muito tem a acrescentar no debate jurídico e na tentativa de desenvolver soluções para os problemas vividos aqui.

As teorias ocidentais dominantes têm ampla produção relativa à organização já estabelecida e estão incrustadas na acadêmica e na cultura da América subdesenvolvida, sendo impossível ignorá-las em um contexto globalizado regido pelo capitalismo. Conhecer essa epistemologia é fundamental para entendermos nossa história, compreender as similitudes e diferenças e absorver o que de melhor possa ser retirado desses saberes.

Por sua vez, estreitar nossos estudos, nos debruçando apenas nessas fontes, é limitador e irracional²²⁸, pois, uma vez que vivemos realidades distintas, o simples transplante de conceitos e soluções está fadado ao fracasso. Por isso, é essencial incentivar a produção local, reconhecer os saberes vizinhos e resgatar as cosmovisões ancestrais num esforço de entender quem é a população que habita a América, qual suas demandas, qual seu entendimento sobre o mundo e construir uma teoria e uma prática de Direitos Humanos de fato aplicável, repleta de representatividade e eficácia, considerando a diversidade dos indivíduos e a necessidade de entender a valorização da natureza como parte indispensável do processo de desenvolvimento.

²²⁸Cf. Sobre a apreensão de conceitos dominantes de forma acrítica destaca-se o trabalho: VASCONCELLOS, Mércia Miranda. Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da Ética da Libertação: “Não há criatividade, não há transformação, somente arquivos, depósitos e reproduções. Na visão bancária, o saber é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber, ensejando uma absolutização da ignorância, um falso saber. Seguindo esse raciocínio, a educação depositária, realizada a partir transferência de valores e conhecimentos, reflete a sociedade opressora e torna-se um ótimo instrumento de manutenção de conquista e dominação, com transmissão das idéias e dos argumentos daqueles que oprimem. A educação bancária integra o oprimido como tal na estrutura sistêmica opressora, educando a mentalidade para se conformar com a situação e não transformá-la e acaba sendo uma educação a serviço da desumanização. (...) A libertação autêntica, que é a humanização em processo, não é uma coisa que se deposita nos homens. Não é uma palavra a mais, oca, mitificante. É práxis que implica na ação e na reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo. (FREIRE, 1984, p. 77) O conhecimento por imitação repete na Periferia o conhecimento do Centro, ensejando um processo duplamente ideológico: aceitar a ideologia dominante centrada nas suas teorias, estudadas na periferia, e repetir, no contexto periférico, a dominação.

Portanto, constata-se a importância do Sistema Interamericano no processo de democratização da América e como instância de harmonização e diálogo constitucional, especialmente pela progressiva implementação do controle de convencionalidade. Por conseguinte, é notório o esforço do SIDH em estabelecer um parâmetro mínimo de proteção da pessoa, manifesto na ampla produção jurisprudencial e consultiva da Corte e da Comissão, mas que ainda carece de maior efetividade e poder de influência.

Os países membros, por sua vez, ainda deixam a desejar na formação de uma consciência jurídica integrada ao estabelecer diferentes graus de hierarquia dos Tratados Internacionais. Ademais, até então permanece a dificuldade em produzir uma discussão jurídica de fato descolonizada e conectada à realidade social. De resto, persiste, em alguns países, a resistência na valorização e possível absorção de inovações jurídicas criadas pelos Estados vizinhos, reproduzindo, com frequência, a lógica norte-americana e europeia que domina a matéria dos Direitos Humanos. Essa prática jurídica colonizada e isolacionista que permanece no continente dificulta o fortalecimento do SIDH, criando um ciclo de enfraquecimento da proteção aos direitos humanos na região por ainda haver certa limitação no reconhecimento mútuo e diálogo entre as partes.

Quanto a questão do direito ao aborto, utilizado como critério de seleção dos julgados, pode-se perceber que há uma tendência a expansão desse direito, resultado das lutas sociais travadas principalmente por mulheres, abolicionistas penais e profissionais de saúde. Entretanto, ainda é forte a oposição ao reconhecimento das liberdades reprodutivas femininas e a Corte Interamericana pode acabar se tornando a última instância de defesa desse grupo, à medida que governos reacionários e teocráticos vêm ganhando espaço na América.

Portanto, o posicionamento contundente da Corte é essencial para que esse direito seja garantido em todos os países e para que as conquistas realizadas, até o momento, não se percam frente às mudanças de governos, pois há que se impor a garantia e a promoção dos direitos humanos como um projeto de Estado e uma obrigação internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADESSE; Leila; JANOTTI Claudia Bonan, SILVA Katia Silveira da; FONSECA, Vania Matos. **Aborto e estigma: uma análise da produção científica sobre a temática.** *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(12). Rio de Janeiro, 2016. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001203819&lng=pt&tlng=pt> Acesso em 24 de mar de 2020

AFP. Acesso ao aborto permanece muito desigual no mundo. **Estado de Minas**; Internacional; Belo Horizonte, 28 de mai de 2019. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2019/05/28/interna_internacional,1057296/acesso-ao-aborto-permanece-muito-desigual-no-mundo.shtml> Acesso em: 16 jun 2020.

ANJOS, K. F.; SANTOS, V. C.; SOUZAS, R.; EUGÊNIO, B. G. **Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos.** *Saúde em Debate*. Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-515, jul/set 2013. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300014> Acesso em: 22 de jul de 2020

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos.** Santiago: Librotecnia, 2006.

_____. **El bloque constitucional de derechos fundamentales y su aplicación en Chile y América Latina.** In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (orgs.). *Dereitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Carolina León e MERAZ Víctor Alejandro Wong. **Cláusulas de Apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Constituciones Iberoamericanas.** *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 2. p. 93-125; 2015.

BERNARDES, Edilene Mendonça; Ventura, Carla Aparecida Arena. **A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010.** *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, jan./jun. 2013

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 7ª ed. Tradução por Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAUN, Julia. Como é o acesso ao aborto em todo o mundo. *Veja. Mundo*. 10 ago. 2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/mundo/como-e-o-acesso-ao-aborto-em-todo-o-mundo/>> Acesso em: 16 mai. 2020

BRAUNSCHWEIGER, Amy; WURTH, Margaret. **Las mujeres afectadas por la prohibición del aborto en Honduras se ven obligadas a decidir entre la vida y la muerte.** *Humans Rights Watch, Impacto Mediático*, 6 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.hrw.org/es/news/2019/06/06/las-mujeres-afectadas-por-la-prohibicion-del-aborto-en-honduras-se-ven-obligadas>> Acesso em: 16 jun 2020.

BUERGENTHAL, Thomas. Foreword. In Pasqualucci, Jo M., **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights.** Cambridge: Cambridge University Press, p. XV- VIII.; 2009.

_____. **The Inter-American system for the protection of human rights.** In MERON, Theodor (ed.). *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues.* Oxford Press. 1986.

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **Pensamento Descolonial e Teoria Crítica dos Direitos Humanos na América Latina: um diálogo a partir da obra de Joaquín Herrera Flores.** Dissertação Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós Graduação em Direito. São Leopoldo, 2013. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3003>> Acesso em 24 de set. de 2020

CASTRO, Paloma Lara. **Regulación y acceso al Aborto. Análisis comparativo entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de derechos humanos.** *Revista Derechos en Acción*. Año 3/Nº 8. p. 167-182; 2018,

CENTENERA, Mar. A justiça fecha os olhos diante do drama do aborto na América Latina. **El País**: Buenos Aires, 12 de ago. 2017. Disponível em < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/11/politica/1502413757_091099.html > Acesso em: 16 mai 2020

CISNE, Mirla; OLIVEIRA, Giulia Maria J. Cavalcante de; e CASTRO, Viviane Vaz. **Aborto inseguro: um retrato patriarcal e racializado da pobreza das mulheres**. Florianópolis: v. 21, n. 3, p. 452-470, set./dez. 2018

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em 13 jun 2020

_____. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Belém do Pará, Brasil, 9 de junho de 1994. Disponível em: < <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm> > Acesso em 13 jun 2020.

_____. **Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, “Protocolo De San Salvador”. 17/11/1988. Disponível em: < http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm > Acesso em 13 jun 2020.

COMMISSION TO STUDY THE ORGANIZATION OF PEACE. **Regional promotion and protection of human rights: twenty-eighth report of the Commission to Study the Organization of Peace**, 1980, in Henry Steiner, material do Curso International Law and Human Rights, Harvard Law School, 1994.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. **What Are Human Rights? Four Schools of Thought**. Human Rights Quarterly, Vol. 32, No. 1. The Johns Hopkins University Press, pp. 1-20. Feb., 2010. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/40390000> > Acesso em: 25 de out. de 2020

DWORKIN, Ronald. “**The Moral Reading of the Maroritarian Premise**”. In Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996

_____. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362 p.

ESPIELL, Hector Gross. **The Organization of American States (OAS)**. In VASAK, Karel (ed.). The international dimensions of human rights v. 1. Praeger. p. 558-559; 1982

FALQUETO, Ana Claudia Brandão. **A Descriminalização do Aborto como Forma de Garantia dos Direitos Humanos das Mulheres à Margem da Sociedade**. Revista Âmbito Jurídico, publicado em: 01/05/2020. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-descriminalizacao-do-aborto-como-forma-de-garantia-dos-direitos-humanos-das-mulheres-a-margem-da-sociedade/#_ftn6> Acesso em: 11 de nov. de 2020.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; COUTO, Maria Claudia Giroto do. **O Aborto e o NCLA: O Caso Boliviano**. Direito Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 10, N.03, p. 1812-1833; 2019

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos: estudios comparativos**. 2 ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1999.

FONSECA, Priscila de Figueiredo. **A escolha de Sofia: um estudo sobre a descriminalização do aborto no Uruguai e os Caminhos para o Brasil**. UFRJ. FND. Rio de Janeiro, 2020.

GADELHA DE SÁ, André Beltrão. **Evolução histórica do aborto**. Publicado em 30 de agosto de 2016. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>>. Aceso em 11 de nov. de 2020.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Direitos Humanos: As escolas de pensamento sobre os direitos humanos. *Jornal Carta Forense*. Artigo. São Paulo, 05 de outubro de 2010. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-escolas-de-pensamento-sobre-os-direitos-humanos/6082> > Acesso em: 30 de out. de 2020

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.

KLOCK, Gabriel Klemz; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Criminalização do aborto no Brasil como violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos: possibilidades jurisprudenciais**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 166-182, dez. 2017.

LAFER, Celso. **Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LANGER, Ana. **El embarazo no deseado: impacto sobre la salud y la sociedad en América Latina y el Caribe**. Revista Panamericana de Salud Publica/Pan American Public Health. 11(3), 2002

LEDESMA, Héctor Faúndez: **El Sistema Interamericano De Protección De Los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales Y Procesales**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1996

LEGALE, Siddartha. **O que é a vida segundo as Cortes Constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano?** Revista Publicum, Número 2. Rio de Janeiro, 2016. p. 222-244. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/23684> > Acesso em: 17 de jan de 2020

_____. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. Tese de Doutorado pela UERJ, 2017

_____. CYRILLO, Carolina; SOUSA, Adriano Correa. **Constitucionalismo latino-americano: Teoria, Instituições, decisões, direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

_____. MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio; DECHANPS, Luiza. **O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves**. NIDH. Informativo da Casoteca de Direitos Humanos. Disciplina de Direitos Humanos – UFRJ / FND. Rio de Janeiro. Disponível em < https://1drv.ms/b/s!AjjfhLgX2CTrgeJqfhA_ApZ5yIuQTQ?e=KvjhyE > Acesso em: 08 de set. de 2020

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. **Os Direitos Reprodutivos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Uma Análise Dos Casos Admitidos entre 2000 e 2013**. 335-350. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34044.pdf> > Acesso em 14 jun 2020

LOREA, Roberto Arriada. **Acesso ao Aborto e Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, ano 12, n. 26, p. 185-201, jul./dez. 2006

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. **O Diálogo Institucional entre Cortes Constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais**. Revista da AGU, v. 39, p. 225-252, 2014.

_____. **O Diálogo Institucional entre Cortes Locais e Cortes Transnacionais**. Revista da AGU, v. 134, 2013. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3b24156ad560a696> > Acesso em: 20 de set de 2020

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. In. Saúde da Mulher, v. 6, n. 1, p. 50-58. Brasília: Senatus, maio 2008

NOGUEIRA, Humberto Alcalá. **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia, 2006.

_____. **El bloque constitucional de derechos fundamentales y su aplicación en Chile y América Latina.** In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (orgs.). *Derechos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLAYA, Mónica Arango. **Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano.** *Anuario de Derechos Humanos*, No. 10, pp. 177-185; 2014

PICHEL, Mar. **O que há de controverso na Constituição do Chile, que agora o país quer mudar.** *BBC News Mundo*: publicado em 12/11/2019. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50396727> > Acesso em 14 jun 2020

PINTO, Monica. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos: breve visión de los mecanismos.** In Comisión Internacional de Juristas. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: curso de actualización y complementación.* 1 ed. Montevideo: Colegio De Abogados Del Uruguay. 1993

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 1ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** In: SCHILLING, Maria Luiza Bernardi Fiori (Coord.) *Caderno de Direito Constitucional.* Escola Da Magistratura Do Tribunal Regional Federal Da 4ª Região. 2006.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano.** 5. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios.** *Revista Direito e Práx.*, Vol. 8, N. 2, p. 1356-1388. Rio de Janeiro, mar. de 2017. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662017000201356&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em 4 de abr. de 2020

_____. **Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma.** *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD*, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 142-154, jul./set. 2014.

_____; DE FREITAS, Daniel Castanha. **O pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência interamericana em matéria de direito à saúde.** *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 54, p. 205-225, jun. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11843>>. Acesso em: 14 jun 2020

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

_____. **Temas de direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina** . In. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.* Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Buenos Aires, 2005. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf > Acesso em 14 de fev de 2020.

RAMPAZZO, Adriane. **A (In)Constitucionalidade da Interrupção Voluntária da Gravidez no Brasil: Um Estudo de Direito Comparado.** Rio de Janeiro: R. EMERJ, v. 20, n. 78, p. 9 - 38, Janeiro/Abril 2017

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania**, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, École des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris et Cercle Condorcet, Paris. 1998

SAGUES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales e control de convencionalidad.** Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf> > Acesso em 15 jun 2020

SEGATO, Rita Laura. **Que Cada Povo Teça Os Fios Da Sua História: O Pluralismo Jurídico em Diálogo Didático com Legisladores**. Direito UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, 1 jan. 2014. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>> Acesso em 15 de jan de 2020

_____. **Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no Movimento de Expansão dos Direitos Universais**, em MANA 12, vol. 1, Rio de Janeiro, abril de 2006. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008> Acesso em: 15 de jan de 2020

SILVA, Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo na América do Sul**. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2010-Dialogo_e_integracao.pdf>

SOUSA, Adriano Corrêa. **O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre o bem-viver e a dignidade da pessoa humana nas culturas jurídico constitucionais da Bolívia e do Brasil**. Disponível em: < http://www.ppgdc.uff.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=15 > Acesso em 08 de set de 2020

SMITH, Rhona K. M. **Textbook on international human rights**. 5ªed. New York: Oxford University Press. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim de Jurisprudência Internacional: Aborto**. Ed 3. Brasília: junho, 2018. Disponível em < <https://sistemas.stf.jus.br/dspace/xmlui/handle/123456789/1020>> Acesso em 8 de dez de 2020

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>> Acesso em: 14 jun 2020.

_____. **A interação entre o direito internacional e o direito interno**.

_____. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. 2003

_____. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Revista do instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 2, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: < http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_2.pdf> Acesso em: 14 out. 2019.

_____. **O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html>. Acesso em: 14 jun 2020

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. **Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da Ética da Libertação**. Dissertação de mestrado no Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro. Universidade Estadual do Norte Pioneiro. Jacarezinho, 2008. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp079477.pdf> > Acesso em: 15 de fev de 2020

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; GHISLENI, Pâmela Copetti. **O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 53 – 72, maio/ago. 2017.

WHO Global. **Abortion**. Net. Seção Health Topics. Disponível em < https://www.who.int/health-topics/abortion#tab=tab_1> Acesso em: 13 jun. 2020

_____. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. 2. ed. Genebra, 2013. Disponível em: <

https://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9789241548434/pt/ Acesso em: 14 jun. 2020

_____ **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Documentos básicos, suplemento da 45ª edição, outubro de 2006. Disponível em espanhol em < https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf > Acesso em 13 jun 2020

_____ Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year. **Net.** Seção News release. Geneva, 28 de setembro de 2017. Disponível em < <https://www.who.int/en/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year> > Acesso em: 13 jun. 2020

_____ **Unsafe abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008.** 6th ed. Geneva: 2011

WICHTERICH, Christa, **Direitos Sexuais e Reprodutivos.** Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 2015.