

DIREITOS REPRODUTIVOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADES DE DIÁLOGO PARA O ESTADO BRASILEIRO

REPRODUCTIVE RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: POSSIBILITIES OF DIALOGUE FOR THE BRAZILIAN STATE

Giovanna Dall'Agnol¹

RESUMO: Através de uma análise casuística do Caso Artavia Murillo e outros *vs.* Costa Rica, o presente trabalho trata da temática dos direitos reprodutivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Teoria do 'Diálogo das Cortes', com o fim de evidenciar a importância do diálogo interpretativo para efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as possibilidades para o Estado Brasileiro no âmbito dos direitos reprodutivos.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos. Diálogo. Corte Interamericana. Direitos Humanos.

ABSTRACT: By analysing the Artavia Murillo and others *vs.* Costa Rica Case, this paper deals with the theme of reproductive rights in the Inter-American Court of Human Rights and the Theory of the 'Dialogue of Courts, in order to highlight the importance of dialoguing for the effectiveness of the Inter-American Human Rights System and the possibilities to Brazilian in the sphere of reproductive rights.

1287

Keywords: Reproductive rights. Dialogue. Inter-American Court. Human rights.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos reprodutivos tratam-se da liberdade de cada indivíduo decidir de forma autônoma sobre sua vida reprodutiva, englobam tanto o direito de ter filhos como o direito de não os ter. Mais que isso, possuem intrínseca relação com o direito à saúde: de ter acesso à métodos contraceptivos adequados, de usufruir das variadas técnicas reprodutivas disponibilizadas pela ciência, da tomada de decisões informadas e conscientes, enfim, do mais amplo espectro de saúde sexual e reprodutiva (PIOVESAN; PIROTTA, 2010).

Insta salientar que os direitos reprodutivos não se confundem com os direitos sexuais. Enquanto aqueles tratam do exercício da sexualidade voltado para liberdade de planejamento da vida reprodutiva, estes tratam da sexualidade sob o viés da isonomia, da não discriminação, da identidade de gênero. Desse modo, em que pese a íntima relação existente, convém o estudo em separado dos direitos sexuais e reprodutivos, de modo a

¹ Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. E-mail: dallagnol.giovanna@gmail.com.

garantir aprofundamento e amplitude adequados aos direitos em análise, pois, “da mesma forma que o direito da sexualidade não pode se resumir ao direito da reprodução, os direitos sexuais não devem restringir-se a um direito da sexualidade não-reprodutiva” (LIMA, 2014, p. 335).

Com foco nos direitos reprodutivos, não há como dissociá-los da perspectiva feminina e da histórica luta das mulheres por isonomia. Atentando-se a isso, a primeira parte do presente trabalho propõe-se a analisar a evolução histórica dos direitos reprodutivos até seu reconhecimento enquanto um direito humano essencial para a garantia da igualdade e do desenvolvimento humano e social. Em segundo momento, busca-se estabelecer a postura da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte – IDH, 2012) na interpretação de tais direitos, através de uma análise casuística do Caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*.

Por fim, com a finalidade de responder à problemática do presente trabalho sobre qual a importância do diálogo interpretativo para efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e as possibilidades para o Estado Brasileiro no âmbito dos direitos reprodutivos, realizou-se um estudo bibliográfico sobre teoria do ‘Diálogo das Cortes’. Arelado a isso, por meio de pesquisa legislativa e jurisprudencial, buscou-se evidenciar casos que merecem a atenção brasileira quanto à interpretação dada pela Corte IDH (2012) no Caso *Artavia Murillo e outros*, a fim de se estabelecer um diálogo interpretativo capaz de dar unicidade e coerência a todo Sistema Interamericano.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos marcos do constitucionalismo moderno e da concretização dos direitos fundamentais, pautou-se em um cenário político social em que as desigualdades entre homens e mulheres era tido como fator natural. Desse modo, em que pese o ideal de igualdade e liberdade da Revolução Francesa, as reivindicações femininas quanto à participação política e social não foram ouvidas (ÁVILA; MELLO, 2019).

Neste contexto, as discussões entre desigualdades e diferenças ganham relevo: aquelas seriam situações em que indivíduos se encontram em relação jurídica de superioridade e inferioridade, negando-se a dignidade de determinados grupos sociais,

enquanto estas seriam as distinções decorrentes da própria complexidade do ser humano (COMPARATO, 2003). Desse modo, defende Comparato:

[...] os indivíduos ou grupos diferentes sempre foram vistos com suspeita, ou tratados com desprezo, ou seja, na raiz de toda desigualdade encontramos uma diferença, quer biológica, quer cultural, quer meramente patrimonial. Ora, "a humanidade", como bem disse Teilhard de Chardin, "se enriquece pela união de suas diferenças". Sem a existência de sexos, raças ou culturas diferentes, a humanidade perderia toda a sua capacidade evolutiva e criativa. **Por isso, enquanto as desigualdades devem ser perpetuamente combatidas, as diferenças, quando não contrárias à dignidade humana, hão de ser estimuladas e apoiadas** (COMPARATO, 2003, p. 174) (grifos da autora).

No século XVIII, as lutas das mulheres pautavam-se primordialmente nos direitos de voto, representatividade, educação, ou seja, na busca pelo exercício da cidadania de forma plena e igualitária. Neste momento histórico, a temática da sexualidade ainda não possuía espaço, de forma que somente no século XX que o debate acerca dos direitos reprodutivos e à saúde da mulher ganhou relevo. Desse modo, conforme aponta Caetano, pode-se dividir o movimento feminista em três 'ondas':

A primeira onda do feminismo surgiu em meados do século XIX, onde as reivindicações eram pelo reconhecimento de direitos políticos, sociais e econômicos para as mulheres, que eram subordinadas socialmente pelo estatuto civil. [...] **A segunda onda feminista começa no início da década de 1960, [...] se ocupou da proteção da mulher com as suas especificidades, partindo-se de uma perspectiva de isonomia formal, característica da primeira onda, para de isonomia material [...] Foram levantadas questões como a violência doméstica e sexual, a reivindicação pelo domínio do próprio corpo, a busca pelo prazer sexual e o aborto, o controle de natalidade, e a sua realização pessoal enquanto ser e indivíduo.** [...] A terceira onda ou terceira fase do movimento feminista busca desenvolver o próprio conceito da categoria "mulher" enquanto categoria pretensamente universal, que carregaria as mesmas questões, debruçando-se sobre a análise da diferença dentro da semelhança (CAETANO, 2017, p. 4-7) (grifos da autora).

No cenário internacional, um dos marcos na luta por isonomia entre homens e mulheres foi a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher - CEDAW (1979), celebrada em 1979 pela Organização das Nações Unidas (ONU). A CEDAW (1979) reconheceu, como meio para plena igualdade, a necessidade de se alterar o papel tradicional do homem e da mulher no âmbito familiar e social, modificando-se os padrões socioculturais de conduta, a fim de eliminar preconceitos e práticas consuetudinárias baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos (CEDAW, 1979).

Em seu artigo II, inciso I, item f, a CEDAW dispôs que devem ser tomadas medidas para eliminar a discriminação no emprego, entre elas "o direito à proteção da

saúde e à segurança nas condições de trabalho, **inclusive a salvaguarda da função de reprodução**” (CEDAW, 1979) (grifos da autora). No âmbito da liberdade individual e familiar, o artigo 16 da Convenção reconheceu a igualdade entre os sexos no tocante à escolha do cônjuge, à contração matrimônio, mesmos direitos e responsabilidades na educação e criação dos filhos, e, em especial, 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”** (CEDAW, 1979) (grifos da autora).

Percebe-se que, em que pese a importância para reconhecimento da autonomia feminina, a CEDAW (1979) não esclareceu se os direitos reprodutivos seriam partes integrantes dos direitos humanos. Apenas em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, que um instrumento internacional passou a incluir, de forma explícita, os direitos reprodutivos no rol de direitos humanos. Nos termos do artigo 18 da Declaração e Programa de Ação de Viena:

18. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E DAS CRIANÇAS DO SEXO FEMININO CONSTITUEM UMA PARTE INALIENÁVEL, INTEGRAL E INDIVISÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS UNIVERSAIS. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social (BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, 1993, s/p).

Quanto ao termo ‘direitos reprodutivos’, tem-se que sua primeira aparição se deu através dos movimentos feministas, especificamente no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em 1984 em Amsterdã (LIMA, 2014). No âmbito do direito internacional, há dois marcos normativos acerca da temática: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD, 2007), realizada no Cairo em 1994, e IV Conferência Mundial sobre a Mulher (VIOTTI, 1995), realizada em Pequim em 1995, possibilitando o reconhecimento da liberdade sexual feminina em sentido positivo e emancipatório.

O princípio 4 do capítulo II do Relatório da Conferência do Cairo reconhece que a equidade dos sexos e a emancipação da mulher, no sentido de ela própria poder controlar sua fecundidade, são fundamentais ao pleno desenvolvimento da população (CIPD, 2007). O capítulo VII, direcionado aos direitos de reprodução e saúde reprodutiva, dispõe que:

7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. (...) **7.3 Tendo em vista a definição supra (...) Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer,** e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. (...) A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento (CIPD, 2007, pg. 62) (grifos da autora).

Já o relatório e plataforma de ação da Conferência de Pequim reconheceu que “a capacitação das mulheres para controlar sua própria fertilidade constitui uma base fundamental para o gozo de outros direitos” (VIOTTI, 1995, pág. 33), de modo que a falta de políticas relacionadas aos direitos reprodutivos da mulher implica em grave prejuízo ao exercício de direitos econômicos, políticos e à educação. Segundo Piovesan e Pirotta (2010), um dos principais avanços da Conferência de Pequim foi o compromisso dos Estados participantes em rever suas leis punitivas do aborto, bem como:

A conferência de Beijing enfatiza que as relações igualitárias entre homens e mulheres, no que se refere às relações sexuais e à reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade da pessoa, exigem o respeito e o consentimento recíprocos e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade das consequências do comportamento sexual. A violência sexual que afeta milhares de mulheres e meninas e a discriminação contra a mulher foram concebidas como fatores determinantes na precariedade da saúde sexual e reprodutiva das mulheres no mundo, assim como na violação cotidiana desses direitos. A autodeterminação da mulher, a igualdade e a equidade constituem assim princípios de importância central (PIOVESAN; PIROTTA, 2010, p. 313-314).

Nas palavras de Lima (2014, p. 338), com “a Plataforma de Pequim, as mulheres passaram a ser consideradas, além de seres reprodutivos, seres sexuais”. Desse modo, é possível concluir que, com o impulso dos movimentos feministas e das mudanças socioeconômicas que ampliaram a autonomia feminina, os direitos das mulheres têm se mantido em pauta no cenário internacional.

No que concerne aos direitos reprodutivos, ainda há muito a evoluir. Acerca da sexualidade feminina “sexualidade feminina, pontua o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto nos autos do HC 124.306, que “ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p. 10).

3 CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS: UMA ANÁLISE CASUÍSTICA SOBRE OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

3.1 O caso artavia murillo e outros vs. costa rica: fecundação ‘in vitro’

O Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica trata da violação de direitos humanos pela Costa Rica, tendo em vista Sentença da Corte Suprema Costarriquenha de 15 de março de 2000 que declarou inconstitucional o Decreto Executivo nº240029-S do Ministério da Saúde, datado de 03 de fevereiro de 1995, que autorizava a realização da Fertilização ‘in vitro’ (FIV) no país.

Na sentença, a Corte Suprema da Costa Rica entendeu que o procedimento da fertilização ‘in vitro’, dentro das viabilidades médicas e científicas da época, violava o direito à vida, tendo em vista o grande número de embriões excedentários descartados durante o processo. Estima-se, segundo o Tribunal Constitucional, que para cada nascido vivo, até 50 embriões podem acabar sendo perdidos (CORTE – IDH, 2012).

Diante do exposto, a Corte declarou a inconstitucionalidade do Decreto Executivo nº 240029-S por violação: a) ao princípio da reserva legal, visto que somente lei em sentido formal poderia ter restringido o direito fundamental à vida dos embriões; b) ao artigo 4.1 da CADH (1969) que dispõe sobre o direito à vida e sua proteção, “em geral, desde o momento da concepção”; e c) a todos as demais normas de direito internacional que protegem a vida humana, utilizando-se de uma interpretação sistemática dos direitos humanos.

Após tentativas frustradas de reversão da decisão no âmbito interno, em 19 de janeiro de 2001, as vítimas e seus representantes apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), alegando violação dos direitos humanos pelo Estado da Costa Rica. Com a aprovação do Relatório de Mérito e o reiterado

descumprimento das recomendações pelo Estado, a Comissão IDH submeteu o caso à jurisdição Corte IDH em 29 de julho de 2011, sob a alegação de que a proibição da FIV violaria o artigo 11.2 (Proteção da honra e da dignidade), artigo 17.2 (Proteção da família) e artigo 24 (Igualdade perante a lei) da CADH (1969).

Em sua defesa, o Estado da Costa Rica alegou como fundamento para a proibição da FIV o artigo 4.1 da CADH (1969) (direito à vida). Coube então à Corte IDH estabelecer se a sentença da Sala Constitucional teria gerado uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas. Como até aquele momento, a intérprete suprema da CADH (1969) não havia se pronunciado sobre as controvérsias referentes ao direito à vida e o 'status' dos embriões, a Corte considerou relevante determinar quais seriam os alcances do artigo 4.1 da CADH (1969) em que pese não ter estabelecido como o objeto principal da ação.

Após exaustiva interpretação sistemática, histórica e evolutiva da CADH (1969) onde realizou um brilhante diálogo entre as cortes componentes dos demais sistemas de proteção de direitos humanos, a Corte IDH (2012) chegou ao entendimento de que as tendências no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião possua tratamento idêntico aos já nascidos ou, sequer, que lhes seria assegurado direito à vida, vez que não poderiam ser considerados pessoas para estes fins.

A Corte IDH (2012) observou que há um certo consenso internacional de que **o direito à vida não é absoluto, e sim gradual e incremental, de modo que o embrião não pode ser entendido como pessoa** (CORTE – IDH, 2012) (grifos da autora). A Corte - IDH (2012) esclareceu, ainda, que a decisão de ter ou não filhos e o acesso a serviços de saúde reprodutiva e à tecnologia médica necessária para exercê-lo fazem parte dos direitos à integridade, à liberdade e à vida privada e familiar, percebendo-se, assim uma íntima relação entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica dos indivíduos (CORTE – IDH, 2012). Pontuou também:

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 (...) **Além disso, a interferência teve um impacto diferente nas supostas vítimas por sua situação de deficiência, os estereótipos de gênero e, diante de algumas das supostas vítimas, por sua situação econômica.** Em contraste, o impacto na proteção do embrião é muito leve, tendo em vista que a perda embrionária ocorre tanto na FIV como na gravidez natural (CORTE – IDH, 2012, p. 98) (grifos da autora).

Evidenciou-se que não seria proporcional sobrepor o “direito absoluto à vida” dos embriões aos dos direitos individuais e reprodutivos das vítimas. Bem como, que a decisão interna gerou uma verdadeira discriminação indireta quanto à condição de incapacidade daqueles que não podem gestar naturalmente, à situação econômica dos que não possuíam condições de sair do país para realizar a FIV e, em especial, quanto ao gênero, visto que, por razões biológicas e sociais, há um estereótipo arraigado de que a mulher é a criadora básica da família (CORTE – IDH, 2012).

3.2 O alcance do direito à vida e a proporcionalidade frente aos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada e familiar

Ponto crucial para casos envolvendo os direitos reprodutivos das mulheres é a análise da controvérsia sobre quando começa a vida humana, vez que os direitos em embate decorrem da situação jurídica do embrião para o direito. Desta forma, a Corte IDH (2012) considerou crucial estabelecer o alcance do artigo 4.1 da CADH (1969) a fim de definir como deve ser interpretado o termo ‘concepção’ no âmbito da CADH (1969).

Portanto, com o fim de analisar se existe uma obrigação de proteção absoluta aos embriões, a Corte analisou o alcance do artigo 1.2, que estabelece que “para os efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano**” (CADH, 1969, s/p) e do artigo 4.1, que dispõe 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**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (CADH, 1969, s/p) em relação às palavras ‘**pessoa**’, ‘**ser humano**’, ‘**concepção**’ e ‘**em geral**’) grifos da autora).

Cientificamente há, pelo menos, duas leituras diferentes do termo “concepção”, uma considera o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide e a outra considera o momento de implantação do óvulo fecundado no útero, defendendo que a concepção seria um evento da mulher e não do embrião” (CORTE – IDH, 2012). Atenta ao fato de não existir consenso sob nenhuma das perspectivas biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, a Corte IDH (2012) considerou relevante a sua delimitação para fins jurídicos.

Em relação à expressão ‘e, em geral’, a Corte IDH (2012) definiu que se trata de exceção a uma regra, de forma que a proteção à vida não deve ser considerada um direito absoluto, cuja alegada proteção pudesse justificar a negação total de outros direitos

(CORTE – IDH, 2012). Quanto ao ‘*status*’ jurídico o embrião pontuou que se diferenciam dois momentos complementares e essenciais ao desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação, e que as tendências no direito comparado levam à conclusão de que somente ao se cumprir o segundo momento é que se fecha o ciclo e ocorre a concepção (CORTE – IDH, 2012).

Portanto, no âmbito da jurisdição da Corte IDH (2012) assentou-se que há uma “proteção gradual e incremental – e não absoluta – da vida pré-natal e à conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa” (CORTE – IDH, 2012, p. 80). Com isso, a Corte condenou o Estado da Costa Rica por violação dos artigos 5.1 (integridade pessoal), 7 (liberdade pessoal), 11.2 (honra e da dignidade) e 17.2 (proteção da família), da CADH (1969) tendo em vista a inegável conexão entre autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva, integridade física e psíquica dos indivíduos, direito à saúde e isonomia de gênero (CORTE – IDH, 2012).

4 TEORIA DO ‘DIÁLOGO DAS CORTES’ E PERSPECTIVAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

4.1 A teoria do ‘diálogo das cortes’

Os direitos humanos possuem como marco de consolidação e universalização a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Os crimes contra a humanidade, praticados sob o manto de um pretense nacionalismo, chamaram atenção da comunidade internacional e, neste cenário de segundo pós-guerra, os direitos humanos adquiriram caráter de prioridade. Segundo Lafer (2008), a Declaração subverteu a ordem trazida pela Paz de Wesfália (1648), transferindo o foco até então apontado aos anseios de Estados soberanos e independentes para uma pauta global, preocupada com os diferentes povos e seus indivíduos.

Desde então, a internacionalização dos direitos humanos mostra-se evidente, de modo que as obrigações assumidas pelos Estados se estendem a todo sistema normativo interno, sob pena de responsabilização estatal em nível internacional. Como aponta Ramos (2019, p. 2233) “a responsabilização internacional do Estado é essencial para reafirmar a juridicidade desse conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para afirmação da dignidade humana”.

Neste contexto de conformação do direito interno, sob pena de responsabilização estatal internacional, nota-se que, em que pese o Estado Brasileiro, desde a redemocratização, ter aderido a uma série de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e reconhecido a jurisdição obrigatória de Cortes Internacionais, há ainda evidente dissociação na interpretação destes Tratados em nível nacional e internacional, repercutindo diretamente na aplicabilidade prática de tais normas (RAMOS, 2013).

Não raras são as decisões em que o Judiciário Brasileiro, a despeito de invocar o texto formal dos Tratados incorporados ao ordenamento, acaba fazendo uso de um discurso retórico e que em pouco colabora para a consolidação de uma concepção unívoca de direitos humanos, vez que ignoram quase que totalmente as decisões jurisprudenciais das Cortes Internacionais.

Assim, sob o pretexto de que, em nível local, determinado caso concreto merece ‘interpretação peculiar’, os Estados descumprem Tratados formalmente incorporados, revelando a insuficiência material destes diplomas normativos no plano interno (RAMOS, 2013). Esta ausência de vinculação aos precedentes judiciais de Cortes Internacionais, gera o que Ramos (2013) denomina de ‘truque de ilusionista’, resultando em verdadeiros ‘Tratados Internacionais Nacionais’, em que há vinculação ao texto formal dos tratados, porém, com interpretação puramente pautada em conceitos locais.

Sob este enfoque, há a necessidade de se estabelecer um ‘Diálogo das Cortes’ (RAMOS, 2013), de forma que as decisões das Cortes Brasileiras considerem não apenas os costumes jurídicos pátrios e a exegese literal dos tratados, mas passe a fundamentar suas decisões com base em interpretações consolidadas pelas Cortes Internacionais. Este diálogo consiste no ideal de que os juízes brasileiros, quando fundamentarem suas decisões em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, considerem a jurisprudência e a interpretação dada pela Corte Internacional respectiva, de modo a se garantir uma universalidade de conceitos e conferir plena aplicabilidade prática aos direitos tutelados (RAMOS, 2013).

É certo de que não se mostra viável dar-se uma aplicabilidade idêntica aos direitos em todos os estados membro, todavia, todos devem seguir a mesma base interpretativa, pois é a interpretação do jurista que dá vida à CADH (1969) e não o texto normativo do tratado. Entender de forma diversa é dar espaço para que ocorra o ‘truque de ilusionismo’,

em que a tutela de direitos humanos é utilizada apenas como retórica política (RAMOS, 2011).

Mais do que o diálogo entre as Cortes, defende-se neste trabalho um diálogo em todas as esferas do Estado Brasileiro: executivo, legislativo e judiciário. A plena efetividade dos direitos tutelados pelo SIDH requer uma atuação conjunta dos poderes constituídos, vez que muitas das ações necessárias carecem de reformas legislativas e de políticas públicas promocionais para sua efetivação.

Sob este viés, portanto, e com base no caso analisado pela Comissão e pela Corte IDH (2012) anteriormente aventado, que se passará a analisar as possibilidades de diálogo do Estado Brasileiro no âmbito dos direitos reprodutivos, não apenas no âmbito jurisdicional, mas também quanto aos demais poderes.

4.2 Perspectivas de diálogo para o estado brasileiro no âmbito dos direitos reprodutivos

Tendo em vista que a autonomia da mulher, a igualdade e a integridade física e psíquica da gestante, encontram-se intimamente ligadas à proteção da dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88), não é demais ressaltar que a proteção dos direitos reprodutivos é matéria constitucionalmente protegida. O artigo 5º, inciso X, da Carta Magna Brasileira garante ainda a proteção da intimidade e da vida privada, o artigo 196 assegura a todos o direito à saúde integral, o artigo 203 protege a família e a maternidade (BRASIL, 1988).

No âmbito infraconstitucional, os artigos 124 a 127 do Código Penal (BRASIL, 1940) criminalizam o aborto, salvo nos casos resultantes de estupro ou para salvar a vida da mulher (art. 128, CP/40). Acresce-se à exceção, o aborto de fetos anencéfalos, nos termos do julgamento da ADPF 54 pelo STF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013). A Lei nº 9.263/1996 regulamenta o Planejamento Familiar e define em seu artigo 10 as situações em que é possível a esterilização voluntária (BRASIL, 1996).

Mais recentemente, a Lei nº 12.845 (BRASIL, 2013b) passou a regulamentar os fluxos para o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Dentro os objetivos da lei está a redução da necessidade de abortos e do risco de doenças sexualmente transmissíveis, “pois o atendimento precoce com (...) “pílulas do dia seguinte”, o já mencionado PEP, a administração de antibióticos (...) e de medidas como

atendimento psicológico, reduzem significativamente as consequências da violação ao corpo da mulher” (ÁVILA; MELLO, 2019, p. 274).

Percebe-se, com isso, que o Brasil possui um aparato legal mínimo de proteção aos direitos reprodutivos e à saúde da mulher, não raro, porém, a efetividade de tais normas esbarra em questões de cunho moral, religioso e cultural, de modo que estes temas, tão sensíveis para a vida humana, continuem sem resposta adequada. A Corte Constitucional Brasileira teve oportunidade de se posicionar acerca de algumas destas questões.

Caso paradigmático analisado pelo STF foi a questão das células-tronco embrionárias. No âmbito da ADI nº 3510 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010) decidiu-se que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. O Relator Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um ‘perfeito’ e ‘bem concatenado bloco normativo’ e sustentou que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero materno (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010).

Em 2012 foi julgada a ADPF nº 54 que entendeu ser inconstitucional a interpretação do código penal no sentido considerar que a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada como aborto (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013). Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio, citou a decisão proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU no “Caso K.L. contra Peru”, em que ficou assentado que obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto com anomalia incompatível com a vida extrauterina equiparar-se-ia à tortura (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013).

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável (...) O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 76).

Neste mesmo sentido, foi proposta a ADI nº 5581, que dentre as questões relacionadas às políticas públicas contra epidemia da zika constantes na Lei nº 13.301/2016, buscava autorização para interrupção da gestação contraída por pessoa portadora do zika vírus nos casos de má formação do feto. A ação restou prejudicada por ilegitimidade ativa

da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e o processo encontra-se já arquivado (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2020).

Caso paradigmático e que merece destaque foi a decisão da 1ª Turma do STF em 29 de novembro de 2016, sob relatoria do Min. Marco Aurélio, no Habeas Corpus 124.306/RJ. Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que a criminalização do aborto até o primeiro trimestre de gravidez é incompatível com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e a igualdade da mulher (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017). Nas palavras de Barroso:

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017, p.2)

Importante ressaltar que a decisão foi tomada pela 1ª Turma do STF, sendo que o substancial voto do Ministro Barroso foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, ao passo que os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux não se debruçaram expressamente sobre a tese da descriminalização. Não se pode, portanto, afirmar se o Plenário assim votaria, de todo modo, a decisão pode impactar de forma direta no julgamento da ADPF nº 442, sob relatoria da Min. Rosa Weber, que questiona justamente a (in)constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação.

E como isso se conecta à teoria do ‘Diálogo das Cortes?’ As temáticas sobre as quais o judiciário brasileiro vem sendo instado a se pronunciar estão intimamente ligadas aos direitos da mulher em contraposição aos direitos do embrião, às discussões sobre quando se dá o início da vida, ao direito de ter e não ter filhos, a saúde e à autonomia para o livre exercício dos direitos reprodutivos. Assim, o Caso Artavia Murillo e outros, julgado pela Corte IDH (2012), possui inegável relevância para solução dos casos apontados.

A interpretação dada pela Corte IDH (2012) no sentido de que o direito à vida não é absoluto, mas sim de proteção gradual e incremental, bem como, no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa, serve de fundamento para eventual decisão a

ser proferida na ADPF nº 442. A decisão da Corte IDH (2012) no Caso Artavia Murillo foi exauriente e completa, tendo estabelecido um verdadeiro diálogo com os demais sistemas de proteção de direitos humanos, através de uma interpretação sistemática, histórica e evolutiva sobre a extensão do direito à vida.

Ainda, quanto aos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada e familiar, a sentença ressaltou a intrínseca conexão entre autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica (CORTE – IDH, 2012). Espera-se, assim, que a sentença e a interpretação da Corte IDH (2012) possam servir de fundamentação para os votos dos Ministros na ADPF nº 442, estabelecendo-se um verdadeiro ‘Diálogo das Cortes’ em uma matéria tão sensível e fundamental a todos os envolvidos.

Apesar da sensibilidade da matéria, não se pode deixar de reconhecer que tem havido certo alinhamento entre as decisões do STF e da Corte IDH (2012) sobre esta temática, ainda que não tenha havido referência direta à jurisprudência regional nos casos julgados pelo STF. Todavia, no âmbito legislativo, não se pode chegar à mesma conclusão. Embates morais e religiosos têm criado um cenário adverso para a autonomia dos direitos reprodutivos das mulheres.

O PL 5069 de 2013, de autoria do ex-deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ) busca tipificar como crime contra a vida o anúncio de meio abortivo e prevê penas específicas para quem induz a gestante à prática de aborto (BRASIL, 2013a). O PL 478 de 2007, de autoria do deputado Luiz Bassuma do PEN/BA e Miguel Martini do PHS/MG, denominado ‘Estatuto do nascituro’, prevê a tipificação do aborto como crime hediondo, podendo resultar, inclusive, em evidente retrocesso quanto à descriminalização do aborto sentimental e em casos de estupro (BRASIL, 2007).

Há ainda duas propostas de emenda à Constituição que vão diametralmente na contramão da jurisprudência da Corte IDH (2012) sobre os direitos reprodutivos e o direito à vida: a PEC 164 de 2012, de autoria do ex-deputado Eduardo Cunha, e a PEC 29 de 2015, de autoria do senador Magno Malta (PR/ES), que propõe a alteração o artigo 5º da Constituição para estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção.

Nas palavras de Ávila e Mello (2019, p. 289), essas “propostas legislativas no Congresso Nacional são o próprio “modus operandi” da discriminação social da mulher, sobretudo num ambiente em que o homem branco detém a hegemonia no legislativo federal”. Isto evidencia que “o direito internacional dos direitos humanos no Brasil está

manco” (RAMOS, 2011, p. 212), uma vez que se encontra engajado apenas com o texto formal da CADH (1969) desprezando qualquer precedente capaz de dar unidade ao sistema regional.

Com isso, novamente se ressalta a necessidade de se estabelecer um diálogo não apenas entre Cortes, mas de todo o sistema. A tutela dos direitos humanos requer uma atuação conjunta dos poderes constituídos, evitando-se que entraves legislativos e jurisprudenciais coloquem em risco a segurança jurídica e a plena efetividade dos direitos tutelados pelo SIDH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo do Caso Artavia Murillo e outros *vs.* Costa Rica decidido pela Corte IDH em 2012, buscou-se evidenciar a importância de se agregar ao debate e às decisões nacionais a interpretação dada pela Corte IDH (2012) sobre a CADH (1969) não apenas no âmbito jurisdicional, mas em todas as esferas políticas. Em que pese ao Poder Judiciário ser delegado, com prioridade, importante papel neste contexto de pluralidade de ordens jurídicas: o exercício de um efetivo controle preventivo de convencionalidade através do ‘Diálogo das Cortes’ compete a todos os poderes.

Acredita-se que, com a incorporação um efetivo diálogo entre decisões internas e externas, sob o aspecto político ou jurisprudencial, haverá maior conformidade de entendimento e se evitará eventuais responsabilizações do Estado Brasileiro no âmbito internacional. Resta, portanto, evidente a importância do diálogo interpretativo para efetividade da tutela dos direitos humanos, bem como, as possibilidades para o Estado Brasileiro no âmbito dos direitos reprodutivos em prol da unicidade e da coerência de todo Sistema Interamericano.

Por fim, como aponta Barroso (2013), a dignidade da pessoa humana enquanto valor comunitário busca sua legitimidade limitadora da autonomia pessoal com a realização de 3 objetivos: a) proteção do próprio indivíduo; b) proteção de terceiros; c) proteção dos valores sociais compartilhados (consenso social). No âmbito dos direitos reprodutivos, parece haver certo consenso regulatório no âmbito internacional no sentido de não se justificarem as limitações impostas à autonomia pessoal das mulheres, ainda que confrontadas com restrições ao eventual direito à vida dos embriões e do próprio feto, até a formação do sistema nervoso central.

REFERÊNCIAS

AVILA, A. P.; MELLO, K. A proteção dos direitos sexuais e reprodutivos na corte interamericana de direitos humanos e a teoria dos diálogos jurisdicionais. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 2, p. 266- 292, 2019.

BARROSO. L. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, A.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e programa de ação de Viena**. Universidade de São Paulo – USP, 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em 1 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442**. Relatora Min. Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 29 de 2020**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228631>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581**. Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, DJe-265 de 05-11-2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435625/false>>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. Relator Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, julgamento em 09/08/2016, DJe de 17/03/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, DJe de 30/04/2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 5069 de 2013. **Câmara dos Deputados**. 2013a. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>>. Acesso em: 25 de nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.845 de 01 de agosto de 2013. **Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual**. 2013b. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 164 de 2012**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224677>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 478 de 2007. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=34510>>. Acesso em: 25 de nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, Julgamento em 29/05/2008, DJe-096 de 28/05/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjuri178396/false>>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

BRASIL. Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996. **Lei de planejamento familiar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei n. 2848 de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

CADH - **Convenção Americana de 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: 5 dez. 2020.

CAETANO, I. O Feminismo Brasileiro: Uma análise a partir das três ondas do movimento feminista e a perspectiva da interseccionalidade. **Revista do Curso de Especialização em Gênero e Direito**, n. 1, 2017.

CEDAW - **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. 1979. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-isp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CIPD - Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência do Cairo)**. 2007. Disponível em: <<https://brazil.unfpa.org/pt-br/publications/relat%C3%B3rio-da-confer%C3%Aancia-internacional-sobre-popula%C3%A7%C3%A3o-e-desenvolvimento-confer%C3%Aancia-do>>. Acesso em: 5 dez. 2020.

COMPARATO, F. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE – IDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.

LAFER, C. **Declaração universal dos direitos humanos (1948)**. In: MAGNOLI, D. (org.), **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2008.

LIMA, S. Os direitos reprodutivos das mulheres e a comissão interamericana de direitos humanos: uma análise dos casos admitidos entre 2000 e 2013. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 14, n. 14, 2014.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 5 dez. 2020.

PIOVESAN, F.; PIROTTA, W. A proteção dos direitos reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno. In: PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, A. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

1304

RAMOS, A. O “diálogo das cortes”: o caso da obrigatoriedade do diploma de jornalismo. In: ANJOS FILHO, R. STF e Direitos Fundamentais - Diálogos Contemporâneos. Salvador: JusPodivm, 2013.

RAMOS, A. Crimes da ditadura militar: A ADPF 153 e a corte interamericana de direitos humanos. In: GOMES, L.; MAZZUOLI, V. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da corte interamericana de direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

VIOTTI, M. L. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2020.