

FLÁVIA PIOVESAN

TEMAS DE
DIREITOS HUMANOS

5ª edição

2012



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709
— Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Piovesan, Flávia
Temas de direitos humanos / Flávia Piovesan.
– 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
Bibliografia.
1. Direito constitucional 2. Direitos humanos -
Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional)
I. Título.
CDU-347.121.1:341:342

Índice para catálogo sistemático:
1. Direitos humanos e direito constitucional internacional
347.121.1:341:342

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Raquel Benchimol de Oliveira Rosenthal

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Rita de Cássia S. Pereira / Willians Calazans de V. de Melo

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Elaine Cristina da Silva

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Imagem de capa O sementeiro (segundo Millet) – Vincent Van Gogh / Arles, junho de 1888 / Óleo sobre tela, 64 x 80,5 cm / Otterlo, Rijksmuseum Kröller-Müller

Data de fechamento da edição: 5-1-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

CAPÍTULO 12

OS DIREITOS HUMANOS DA MULHER NA ORDEM INTERNACIONAL¹

1. Introdução

Objetiva este estudo focar os direitos humanos da mulher na ordem internacional. Inicialmente será examinado o chamado “processo de especificação do sujeito de direito”, que estimulou a criação do sistema especial de proteção dos direitos humanos. Em sequência, serão apreciadas a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que constituem alguns dos mais relevantes instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos da mulher na ordem internacional.

2. O Processo de Especificação do Sujeito de Direito

A partir da Declaração Universal de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas.

Esse sistema normativo, por sua vez, é integrado por instrumentos de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a discriminação racial, a discriminação contra a mulher, a violação dos direitos da criança, dentre outras formas de violação.

Firma-se, assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares.

O sistema especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protegem-se as mulheres, as crianças, os grupos étnicos minoritários etc.). Já o sistema geral de proteção (ex.: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade.

Com o processo de especificação do sujeito de direito, mostra-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Torna-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica, diferenciada. Nesse sentido, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

3. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

É nesse cenário que as Nações Unidas aprovam em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. Esta Convenção foi impulsionada pela proclamação de 1975 como Ano Internacional da Mulher e pela

realização da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, no México, também em 1975. Em março de 2010, essa Convenção contava com 186 Estados-partes².

Qual o perfil dessa Convenção? Quais seus objetivos centrais?

A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como uma obrigação vinculante, seja como um objetivo.

Para a Convenção, a discriminação contra a mulher significa “toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (art. 1º). Isto é, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Dentre suas previsões, a Convenção consagra a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação contra as mulheres, a fim de que se garanta o pleno exercício de seus direitos civis e políticos, como também de seus direitos sociais, econômicos e culturais. Acolhe-se, assim, a tônica da Declaração Universal, com relação à indivisibilidade dos direitos humanos.

Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes assumem o compromisso de, progressivamente, eliminar todas as formas de discriminação, no que tange ao gênero, assegurando a efetiva igualdade entre eles. Trata-se de obrigação internacional assumida pelo Estado ao ratificar esta Convenção, que prevê, por exemplo, a necessidade de adoção de políticas igualitárias, bem como de legislação igualitária e educação não estereotipada etc. No dizer de Andrew Byrnes: “A Convenção em si mesma contém diferentes perspectivas sobre as causas de opressão contra as mulheres e as medidas necessárias para enfrentá-las. Ela impõe a obrigação de assegurar que as mulheres tenham uma igualdade formal perante a lei e ela reconhece que medidas temporárias de ação afirmativa são necessárias em muitos casos, se as garantias de igualdade formal devem se transformar em realidade. Inúmeras previsões da Convenção também incorporam uma preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, e que o Estado deve assegurar que as escolhas das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam a elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas. A Convenção também reconhece que há experiências, às quais mulheres são submetidas, que necessitam ser eliminadas (como estupro, assédio sexual, exploração sexual e outras formas de violência contra as mulheres). Em suma, a Convenção reflete a visão de que as mulheres são titulares de todos os direitos e oportunidades que os homens podem exercer; adicionalmente, as habilidades e necessidades que decorrem de diferenças biológicas entre os gêneros devem também ser reconhecidas e ajustadas, mas sem eliminar da titularidade das mulheres a igualdade de direitos e oportunidades”³.

No entanto, para o alcance da igualdade não basta a proibição da discriminação. No entender da Convenção, a eliminação da discriminação não é suficiente para assegurar a igualdade entre os gêneros. Prevê, assim, a possibilidade da adoção das medidas afirmativas — “ações afirmativas” — como importantes medidas a serem adotadas pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade.

A exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial,

esta Convenção também permite a “discriminação positiva”, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório. Através delas busca-se garantir a pluralidade e a diversidade social. No caso brasileiro, a Lei n. 9.100/95 que, ao estabelecer normas para a realização das eleições para o Poder Legislativo, determinou que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido fossem preenchidas por candidaturas de mulheres, ilustra um exemplo concreto de ação afirmativa em favor das mulheres⁴.

Desse modo, a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Para garantir a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais estratégias capazes de incentivar a inserção e inclusão social de grupos historicamente vulneráveis. Alia-se à vertente repressiva-punitiva a vertente positiva-promocional.

A Convenção ainda estabelece, como mecanismo de implementação dos direitos que enuncia, a sistemática dos relatórios. Ineditamente, os Estados-partes têm que encaminhar relatórios ao Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Nesses relatórios, devem evidenciar o modo pelo qual estão implementando a Convenção — quais as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas para esse fim. Os Estados têm que prestar contas a organismos internacionais da forma pela qual protegem os direitos das mulheres, o que permite o monitoramento e fiscalização internacional. Muitos Estados se preocupam com o fato de o Comitê realizar comentários positivos ou negativos acerca de sua política de direitos humanos. Uma avaliação positiva em um fórum internacional a respeito do desempenho e dos esforços de um Estado pode dar ensejo a progressos futuros. Uma avaliação crítica pode causar embaraços ao governo, no plano doméstico e internacional, idealmente significando um incentivo para que se empenhe mais no futuro⁵.

Entretanto, esta Convenção é o instrumento Internacional que mais fortemente recebeu reservas dentre as Convenções internacionais de Direitos Humanos, considerando que ao menos 23 dos 100 Estados-partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais. Um universo significativo de reservas concentrou-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família. Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família⁶. Isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado — cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público. A respeito, ressalte-se que o Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em sua Recomendação Geral n. 21, destacou ser dever dos Estados desencorajar toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem, quer seja afirmada por leis, pela religião ou pela cultura, de forma a eliminar as reservas que ainda incidam no artigo 16 da Convenção, concernente à igualdade de direitos no casamento e nas relações familiares.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação da Mulher pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à Convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade. A título de exemplo, quando da ratificação da Convenção, em 1984, o Estado brasileiro apresentou reservas ao artigo 15, § 4º, e ao artigo 16, § 1º (a), (c), (g), e (h), da Convenção. O artigo 15 assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. Já o artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Em 20 de dezembro de 1994, o Governo brasileiro notificou o Secretário-Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas.

Cabe acrescentar que a Conferência de Direitos Humanos de Viena, em 1993, reafirmou a importância do reconhecimento universal do direito à igualdade relativa ao gênero, clamando pela ratificação universal da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Nos termos do art. 39 da Declaração de Viena, ficou estabelecido que: "A Conferência Mundial de Direitos Humanos clama pela erradicação de todas as formas de discriminação contra a mulher, tanto explícitas como implícitas. As Nações Unidas devem encorajar a ratificação universal por todos os Estados da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (...). Ações e medidas para reduzir o particularmente amplo número de reservas à Convenção devem ser encorajadas. Dentre outras medidas, o Comitê de Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher deve continuar a revisão das reservas à Convenção. Estados são convidados a eliminar as reservas que sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção ou que sejam incompatíveis com os tratados internacionais".

Relativamente aos mecanismos de monitoramento da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Declaração e o Programa de Ação de Viena pontuaram: "40. Os órgãos de monitoramento dos tratados devem disseminar informações necessárias que permitam às mulheres fazerem um uso mais efetivo dos procedimentos de implementação existentes, com o objetivo do pleno e equânime exercício dos direitos humanos e da não discriminação. Novos procedimentos devem também ser adotados para fortalecer a implementação da igualdade das mulheres, bem como de seus direitos humanos. A Comissão relativa ao Status da Mulher e o Comitê de Eliminação da Discriminação contra a Mulher devem rapidamente examinar a possibilidade de introduzir o direito de petição, mediante a preparação de um Protocolo Optativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher".

Relevante é a proposta de introdução do mecanismo de petição individual, mediante a elaboração de um Protocolo Facultativo à Convenção, na medida em que tal mecanismo constitui o sistema mais eficiente de monitoramento dos direitos humanos internacionalmente enunciados.

A respeito da introdução da sistemática das petições individuais, afirma Theodor Meron: "Um procedimento para a consideração de petições individuais deve ser estabelecido através de um Protocolo Facultativo, ao qual os Estados-partes da Convenção poderiam aderir. Essa inovação não seria tecnicamente difícil e não haveria a necessidade de se criar órgãos adicionais para sua implementação; o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, já existente, apenas seria autorizado a acumular funções adicionais em conformidade com o Protocolo"⁷.

Uma segunda proposta é a introdução do mecanismo de comunicação interestatal, que permitiria a um Estado-parte denunciar outro Estado-parte, quando este violasse dispositivos da Convenção. Compartilha-se da posição de Theodor Meron, quando afirma que "embora na prática essa previsão não tenha sido invocada, ela apresenta grande importância simbólica"⁸.

Finalmente, em 12 de março de 1999, a 43ª sessão da Comissão do Status da Mulher da ONU adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Protocolo institui dois mecanismos de monitoramento: a) o mecanismo de petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e b) um procedimento investigativo, que habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres. Para acionar estes mecanismos de monitoramento, é necessário que o Estado tenha ratificado o Protocolo Facultativo. O Protocolo revitaliza e revigora a gramática internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres, constituindo uma real garantia voltada a assegurar o pleno e equânime exercício dos direitos humanos das mulheres e sua não discriminação. Note-se que o Protocolo entrou em vigor em 22 de dezembro de 2001, tendo sido ratificado pelo Brasil em 28 de junho de 2002.

Acrescente-se que a gramática internacional dos direitos humanos das mulheres foi reforçada pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995⁹ ao enfatizarem que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Nesse sentido, não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres.

4. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”)

Outro grande avanço na proteção internacional dos direitos das mulheres foi a aprovação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Essa Convenção foi editada, no âmbito da OEA, em 1994, e ratificada pelo Brasil em 1995.

Observe-se que, em 1993, foi adotada pela ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que define a violência contra a mulher como “qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada”. À luz desta definição, a violência contra a mulher é concebida como um padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher¹⁰. Este preceito rompe com a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado, no tocante à proteção dos direitos humanos, reconhecendo que a violação destes direitos não se reduz à esfera pública, mas também alcança o domínio privado. Ressalte-se que, segundo a ONU, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo. A Declaração estabelece ainda o dever dos Estados de condenar e eliminar a violência contra a mulher, não invocando qualquer costume, tradição ou consideração religiosa para afastar suas obrigações concernentes à eliminação dessa violência (artigo 4º).

A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres¹¹.

A Convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Define ainda a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada”. A violência contra a mulher é

concebida como um padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher. A Convenção é explícita em reconhecer que a violência contra a mulher pode se manifestar tanto na esfera pública como na esfera privada. No mesmo sentido, é a definição constante da Declaração da ONU sobre a Violência contra a Mulher de 1993.

Sob a perspectiva de gênero, a Convenção elenca um importante catálogo de direitos a serem assegurados às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência.

A partir da Convenção de Belém do Pará surgem valiosas estratégias para a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, merecendo destaque o mecanismo das petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nos termos do artigo 12 da Convenção, qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental, pode apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias de violência perpetrada contra a mulher. Há determinados requisitos de admissibilidade para as petições, sendo o principal deles o chamado "esgotamento prévio dos recursos internos". Isto é, para recorrer à Comissão é necessário ter esgotado todas as vias nacionais existentes, comprovando-se a ineficácia delas. Esta é, inclusive, a tônica dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que apresentam um caráter subsidiário, sendo uma garantia adicional de proteção. Por isso, os procedimentos internacionais só podem ser acionados na hipótese de as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas no dever de proteger os direitos fundamentais. Nesse caso, a comunidade internacional buscará responsabilizar o Estado violador, de forma a adotar medidas que restaurem ou reparem os direitos então violados¹².

A simples possibilidade de submeter casos de violações de direitos das mulheres ao conhecimento da comunidade internacional já impõe ao Estado violador uma condenação política e moral. A visibilidade e a publicidade das violações trazem o risco do constrangimento político e moral do Estado violador, que será compelido a apresentar justificativas da sua prática no fórum da opinião pública internacional. Além do constrangimento do Estado, a Comissão Interamericana poderá condená-lo pela afronta a direitos fundamentais assegurados às mulheres, determinando a adoção de medidas cabíveis (como, por exemplo, a investigação e punição dos agentes perpetradores da violência, a fixação de uma indenização aos familiares das vítimas etc.).

A Comissão Interamericana, todavia, não é um órgão judicial. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é que constitui o órgão jurisdicional no plano da OEA, tendo suas decisões força jurídica obrigatória e vinculante. Finalmente, em dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição dessa Corte, o que ampliou extraordinariamente as instâncias de defesa da cidadania.

Com relação aos direitos das mulheres, emblemático é o caso González e outras contra o México (caso "Campo Algodonero"), em que a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e da morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher¹³. Destacam-se, ainda, relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e a adoção da Lei "Maria da Penha" no Brasil, dentre outros avanços.

A partir da Convenção de Belém do Pará aprimoram-se, em definitivo, as estratégias para a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres.

Adicione-se que, no âmbito da ONU, merecem destaque as Resoluções do Conselho de Direitos Humanos n. 11/2, de 2009, e n.14/12, de 2010, sobre "Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women". A Resolução n. 14/12 demanda expressamente dos Estados que estabeleçam ou fortaleçam planos de ação de combate à violência contra mulheres e meninas, contemplando mecanismos de accountability para a prevenção da violência¹⁴, considerando a adoção de estratégias de alcance universal e de alcance específico endereçadas a grupos vulneráveis (por exemplo, mulheres afrodescendentes e indígenas). A Relatora Especial sobre a Violência contra a Mulher, de igual modo, tem realçado a necessidade de fortalecer due diligence standards, envolvendo tanto a prevenção como a repressão à violência no campo da responsabilidade do Estado.¹⁵

5. Conclusão

A existência de um instrumental internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres, por si só, revela um grande avanço. As Convenções analisadas traduzem o consenso da comunidade internacional acerca da urgência em se eliminar a discriminação e a violência contra a mulher e, ao mesmo tempo, promover a igualdade material e substantiva. Esse consenso mundial transcende a complexa diversidade cultural dos povos, que passam a compartilhar de uma mesma gramática, quando o tema é a discriminação e violência contra a mulher.

Por meio dos instrumentos internacionais examinados, busca-se proteger o valor da igualdade, baseado no respeito à diferença. Consagra-se a ideia de que a diversidade deve ser vivida como equivalência e não como superioridade ou inferioridade.

A aplicação desse instrumental internacional pode contribuir de forma decisiva para o reforço da promoção dos direitos humanos das mulheres no Brasil. Com o ativo protagonismo do movimento de mulheres e dos operadores do Direito, os instrumentos internacionais constituem poderosos mecanismos para a promoção do efetivo fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil.

Observe-se que, no amplo horizonte histórico de construção dos direitos das mulheres, jamais se caminhou tanto quanto nas últimas três décadas. Elas compõem o marco divisório em que se concentram as maiores reivindicações, desejos e anseios das mulheres, invocando, sobretudo, a reinvenção da gramática de seus direitos.

Para encerrar, reitere-se o legado de Viena: os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais. Afinal, "sem as mulheres os direitos não são humanos"¹⁶.

¹ Este capítulo é baseado na palestra Using International Human Rights Law to Promote and Protect Brazilian Women,

proferida na Universidade de Columbia (School of International and Public Affairs), em Nova York, em 5 de março de 1998.

2 Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties, <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>>.

3 BYRNES, Andrew. The "other" human rights treaty body: the work of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. *Yale Journal of International Law*, v. 14, 1989, p. 1.

4 Note-se que em 30 de setembro de 1997 foi editada a Lei n. 9.504. De acordo com o § 3º do art. 10 dessa lei: "Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo". Acrescente-se que nos termos do art. 80 das Disposições Transitórias: "Nas eleições a serem realizadas no ano de 1998, cada partido ou coligação deverá reservar, para candidatos de cada sexo, no mínimo, vinte e cinco por cento e, no máximo, setenta e cinco por cento do número de candidaturas que puder registrar".

5 Byrnes, Andrew, op. cit., p. 1.

6 Henkin, Louis e outros, *Human rights*, p. 364.

7 Meron, Theodor. Enhancing the effectiveness of the prohibition of discrimination against women. *American Journal of International Law*, v. 84, p. 213, 1990. Reitera o mesmo autor: "(...) a Convenção deve também prever um procedimento que permita ao Comitê considerar comunicações individuais, de forma similar aos procedimentos criados pelo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo art. 14 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial" (MERON, Theodor. *Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 82).

8 Meron, Theodor. Enhancing the effectiveness of the prohibition..., cit., p. 214.

9 A Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995 afirmam a importância de se incorporar a perspectiva de gênero em todas as políticas públicas e programas governamentais. A Plataforma de Ação apresenta objetivos e ações estratégicas endereçadas a doze áreas consideradas de extrema preocupação: a) mulheres e pobreza; b) educação e treinamento às mulheres; c) mulheres e saúde; d) violência contra as mulheres; e) mulheres e conflitos armados; f) mulheres e economia; g) mulheres no poder e nos processos decisórios; h) mecanismos institucionais para o avanço das mulheres; i) direitos humanos das mulheres; j) mulheres e mídia; k) mulheres e meio ambiente e l) meninas.

10 A Recomendação Geral n. 19 do Comitê sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher entende ser a violência contra a mulher uma forma de discriminação.

11 No Brasil, de acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (Primavera já partiu, 1998), constata-se que 66,3% dos acusados de homicídios contra mulheres são seus parceiros. Por sua vez, a pesquisa *A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado*, realizada em outubro de 2001 pelo Núcleo de Opinião Pública (NOP) da Fundação Perseu Abramo, revela que uma mulher brasileira é espancada a cada 15 segundos. A violência doméstica ainda apresenta como consequência o prejuízo financeiro. Em conformidade com o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o fazem por terem sofrido agressão física (Folha de S. Paulo, Caderno S. Paulo, 21-7-1998, p. 1 e 3).

12 Em novembro de 1996, a União de Mulheres de São Paulo e o CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres) encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, as duas primeiras denúncias internacionais de violação de direitos de mulheres. Os casos de Delvita Silva Prates e de Márcia Cristina Leopoldi são os primeiros casos de violência contra a mulher submetidos perante a Comissão Interamericana, com base na Convenção de Belém do Pará. Ambos são casos dramáticos de violência contra a mulher, que marcaram o Movimento de Mulheres no Brasil. Delvita e Márcia foram cruelmente assassinadas, sem que houvesse qualquer responsabilização, no âmbito brasileiro, dos autores de brutal violência. Nos dois casos houve o esgotamento total das vias internas, sem, contudo, qualquer resposta eficaz por parte do Estado brasileiro. Uma vez mais garantiu-se no Brasil a impunidade em gravíssimos casos de violação dos direitos humanos das mulheres. Considerando a omissão do Estado brasileiro e na busca de assegurar o direito à verdade e o direito à justiça, com a investigação e a punição dos responsáveis, é que o movimento de mulheres submeteu os dois casos à apreciação da Comissão Interamericana. O objetivo é que seja declarada a violação, pelo Estado brasileiro, de direitos fundamentais assegurados às mulheres pela Convenção de Belém do Pará, com a condenação do Brasil à efetiva investigação e punição dos responsáveis, bem como com a fixação de uma indenização aos familiares das vítimas. Os casos de Delvita e Márcia têm o significado histórico de invocar o controle internacional para situações de gravíssima violência em que vivem e morrem tantas mulheres. De forma inédita, requer-se a condenação internacional do Estado brasileiro em face de sua omissão, com a esperança de que seja imposto um fim ao regime da impunidade. Adicione-se ainda que, em 1998, as organizações não governamentais CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) submeteram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) o caso de Maria da Penha. Em 1983, ela sofreu uma tentativa de homicídio por seu então marido, que atirou em suas costas, deixando-a paraplégica. Apesar de ter sido condenado pelos tribunais nacionais, ele nunca foi preso e o processo ainda se encontra pendente, devido aos sucessivos recursos de apelação contra as decisões dos Tribunais do Júri. Após 18 anos da prática do crime, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica e recomendou, dentre outras medidas, o pagamento de uma indenização à vítima pelo Estado (ver Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos n. 54/01, de abril de 2001, <www.oas.org>).

13 Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>.

14 A Austrália destaca-se por apresentar um exemplar plano de prevenção à violência contra a mulher — Time for Action:

The National Council's Plan for Australia to Reduce Violence against Women and their Children, 2009-2011.

[15](#) Consultar 15 years of The United Nations Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences. Sobre o tema, realça a Recomendação Geral n. 19 do Comitê CEDAW: "Under general international law and specific human rights covenants, States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation" (Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Violence against women. CEDAW General recommendation n.19, A/47/38. (General Comments), 29-1-1992).

[16](#) Este foi o lema da campanha internacional em prol de uma Declaração Universal de Direitos Humanos sob a perspectiva de gênero, lançada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), em 1998.

CAPÍTULO 13

LITIGÂNCIA INTERNACIONAL E AVANÇOS LOCAIS: VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A LEI “MARIA DA PENHA”

1. Introdução

À luz da experiência brasileira, objetiva este artigo focar o modo pelo qual o movimento de mulheres, a partir da litigância internacional fomentada por uma transnational network, tem-se valido de estratégias legais para obter avanços internos na proteção dos direitos humanos das mulheres. O case study, que servirá de base para esta análise, é o caso Maria da Penha — que ineditamente provocou o sistema interamericano para a problemática da violência contra a mulher, culminando na condenação do Estado brasileiro.

Contudo, a devida contextualização deste tema demanda inicialmente o exame da relação entre o movimento de mulheres, a transição democrática e a Constituição brasileira de 1988. É a partir deste cenário que será apreciado o processo de consolidação democrática, com destaque à reinvenção da agenda feminista, suas principais demandas e reivindicações.

Considerando a agenda feminista pós-transição democrática, ênfase será conferida à temática da violência contra a mulher; aos avanços constitucionais; às lacunas e insuficiências legais; e à litigância internacional do movimento de mulheres. Nesse sentido, a tônica será o caso Maria da Penha, o seu significado e impacto no enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil. Será apreciada a “Lei Maria da Penha”, seu perfil e inovações, como fruto de exitosa litigância e ativismo do movimento de mulheres.

Por fim, serão lançadas conclusões, com a avaliação dos dilemas, desafios e perspectivas a respeito do uso das estratégias legais para a promoção dos direitos humanos das mulheres na experiência brasileira.

Quatro, portanto, são as questões centrais a inspirar este artigo:

1) Como compreender a relação entre o movimento de mulheres e o processo de democratização no Brasil? Qual foi o protagonismo do movimento? Quais foram seus principais êxitos e fracassos?

2) Como identificar os desafios do movimento de mulheres no período pós-transição democrática? Quais são as questões centrais a compor a agenda feminista contemporânea? Qual tem sido a interlocução entre as arenas global e local? Neste contexto, como situar a problemática da violência contra a mulher?

3) A partir da análise do caso Maria da Penha (como caso emblemático de violência contra a mulher), qual o impacto da litigância e do ativismo internacional como estratégia para obter avanços internos?

4) Em que medida o uso dos instrumentos internacionais pelo movimento de mulheres pode traduzir avanços internos? Quais os desafios, dilemas e perspectivas a respeito do uso das estratégias legais para a promoção dos direitos humanos das mulheres na experiência brasileira?

2. Processo de Democratização, Movimento de Mulheres e a Constituição Brasileira de 1988

Após o período de vinte e um anos de regime militar ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985,

deflagra-se o processo de democratização no Brasil. Durante o regime autoritário, os mais básicos direitos e liberdades foram suprimidos, sob as marcas da tortura sistemática, das detenções arbitrárias, dos desaparecimentos forçados e da perseguição político-ideológica. As Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram controle direto das funções governamentais, celebrando a fusão entre os militares e o poder.

O ano de 1985 demarca o processo de transição lenta e gradual à Democracia¹. Ainda que este processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário — em face de dificuldades em solucionar problemas internos² — as forças de oposição da sociedade civil aceleraram o processo de queda dos militares. Como grande beneficiária do processo de abertura, a sociedade civil fortalece-se, mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas. Surgem novos atores sociais e novos movimentos sociais, que reforçam a democratização do cenário brasileiro, com suas demandas e reivindicações.

A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Este processo culminou na promulgação de uma nova ordem constitucional — nascia assim a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988.

A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar, refletindo o consenso democrático. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana.

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular.

Na avaliação do movimento de mulheres, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Este processo culminou na elaboração da “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988.

Como observa Leila Linhares Barsted: “O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc.”³. Adiciona a mesma

autora: “Cabe ressaltar que a ampliação da cidadania das mulheres na Constituição de 1988 foi fruto de um notável processo político de diálogo entre a sociedade e os Poderes Executivo e Legislativo. As conquistas constitucionais, especialmente aquela que diz respeito à violência doméstica, deram força, na década de 90, às demandas, nos níveis estaduais e municipais, da criação de novos serviços, como abrigos e os serviços de atendimento jurídico, previstos em muitas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais”⁴.

O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos ganhos constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, asseguram: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, regulamentado pelas Leis n. 8.971, de 29-12-1994, e 9.278, de 10-5-1996); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei n. 9.029, de 13-4-1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799, de 26-5-1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12-1-1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei n. 10.778, de 24-11-2003). Além destes avanços, merece ainda destaque a Lei n. 9.504, de 30-9-1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Adicione-se, também, a Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, que ineditamente dispõe sobre o crime de assédio sexual.

3. Agenda Feminista na Consolidação Democrática: Direitos Humanos das Mulheres e Reinvenção do Marco Normativo no Pós-1988

Na experiência brasileira, há que se observar que os avanços obtidos no plano internacional foram e têm sido capazes de impulsionar transformações internas. Neste sentido, cabe destaque ao impacto e à influência de documentos como a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1979, a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 e a Declaração e a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim de 1995. Estes instrumentos internacionais inspiraram e orientaram o movimento de mulheres a exigir, no plano local, a implementação de avanços obtidos na esfera internacional. Na avaliação de Jacqueline Pitanguy: “(...) à medida que novas questões foram incorporadas à agenda dos direitos humanos, os movimentos de mulheres também ampliaram as suas estratégias de luta diante dos seus governos nacionais. As Conferências do Cairo (1994), Pequim (1995), a Cedaw e as Convenções como a de Belém do Pará foram fundamentais para a institucionalização da cidadania e dos direitos humanos das mulheres no Brasil. Podemos afirmar que a agenda dos direitos humanos das mulheres influenciou o discurso político no Brasil e desencadeou políticas públicas, em particular nos

campos da saúde sexual e reprodutiva; dos direitos trabalhistas e previdenciários; dos direitos políticos e civis; e da violência de gênero”⁵.

No âmbito jurídico-normativo, o período pós-1988 é marcado pela adoção de uma ampla normatividade nacional voltada à proteção dos direitos humanos, ao que se conjuga a crescente adesão do Brasil aos principais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição Federal de 1988 celebra, deste modo, a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos.

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil⁶.

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. Pode-se afirmar que a maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração⁷.

Como atenta Leila Linhares Barsted: “(...) nosso país não só assinou todos os documentos relativos ao reconhecimento e às proteções aos direitos humanos das mulheres, como apresenta um quadro legislativo bastante avançado no que se refere à igualdade de direitos entre homens e mulheres”⁸.

Não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, reforçados, por vezes, mediante legislação infraconstitucional esparsa, que refletem as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação às mulheres, que as impede de exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais.

A realidade brasileira revela um grave padrão de desrespeito aos mais elementares direitos humanos de que são titulares as mulheres, mais da metade da população nacional⁹. Destacam-se, no quadro das graves violações aos direitos humanos das mulheres: a) a violência contra a mulher; b) a discriminação contra as mulheres; e c) a violação aos direitos sexuais e reprodutivos. Estes são os principais vértices que compõem a agenda feminista brasileira no contexto da consolidação democrática. No dizer de Jacqueline Pitanguy: “As últimas décadas do século 20 foram caracterizadas por um processo de consolidação da nova linguagem dos direitos humanos, que passou a contemplar também preocupações com a cidadania feminina e as relações de gênero. Paralelamente à ampliação do espaço institucional ocupado pela questão dos direitos humanos em todo mundo, verificou-se a incorporação de novas dimensões nessa agenda: assuntos como reprodução, violência e sexualidade começaram a fazer parte das discussões. No Brasil, os debates em torno de uma moderna concepção de humanidade, não mais calcada apenas na figura abstrata do homem, impulsionaram a adoção de políticas públicas e leis nos campos da saúde sexual e reprodutiva, do trabalho, dos direitos políticos e civis e da violência de gênero”¹⁰.

À luz desta agenda, este estudo será concentrado no tema da violência contra a mulher¹¹, a partir da análise do emblemático caso “Maria da Penha”, seu significado e impacto na proteção dos direitos humanos das mulheres brasileiras.

4. Violência contra a Mulher e o Caso Maria da Penha

“Sobrevivi, posso contar”. É este o título do livro autobiográfico de Maria da Penha, vítima de

duas tentativas de homicídio cometidas por seu então companheiro, em seu próprio domicílio, em Fortaleza, em 1983. Os tiros contra ela disparados (enquanto dormia), a tentativa de eletrocutá-la, as agressões sofridas ao longo de sua relação matrimonial culminaram por deixá-la paraplégica aos 38 anos.

Apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos o réu ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra decisão condenatória do Tribunal do Júri. A impunidade e a inefetividade do sistema judicial diante da violência doméstica contra as mulheres no Brasil motivou, em 1998, a apresentação do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), por meio de petição conjunta das entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e CLADEM-Brasil (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher). Em 2001, após dezoito anos da prática do crime, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica¹².

O caso Maria da Penha é elucidativo de uma forma de violência que atinge principalmente a mulher: a violência doméstica. Aos 38 anos, Maria da Penha era vítima, pela segunda vez, de tentativa de homicídio. Essa violência revelou, todavia, duas peculiaridades: o agente do crime, que deixou Maria da Penha irreversivelmente paraplégica, não era um desconhecido, mas seu próprio marido; e as marcas físicas e psicológicas derivadas da violência foram agravadas por um segundo fator, a impunidade¹³.

Estudos apontam a dimensão epidêmica da violência doméstica. Segundo pesquisa feita pela Human Rights Watch¹⁴, de cada 100 mulheres assassinadas no Brasil, 70 o são no âmbito de suas relações domésticas. De acordo com pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, 66,3% dos acusados de homicídios contra mulheres são seus parceiros¹⁵. Ainda, no Brasil, a impunidade acompanha intimamente essa violência¹⁶. Estima-se que, em 1990, no Estado do Rio de Janeiro, nenhum dos dois mil casos de agressão contra mulheres registrados em delegacias terminou na punição do acusado. No Estado do Maranhão, em São Luiz, relata-se, para este mesmo ano, que dos quatro mil casos registrados apenas dois haviam resultado em punição do agente¹⁷.

A violência doméstica ocorre não apenas em classes socialmente mais desfavorecidas e em países em desenvolvimento como o Brasil, mas em diferentes classes e culturas¹⁸. Para o Comitê da ONU pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher: "A violência doméstica é uma das mais insidiosas formas de violência contra a mulher. Prevalece em todas as sociedades. No âmbito das relações familiares, mulheres de todas as idades são vítimas de violência de todas as formas, incluindo o espancamento, o estupro e outras formas de abuso sexual, violência psíquica e outras, que se perpetuam por meio da tradição. A falta de independência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relações violentas. (...) Estas formas de violência submetem mulheres a riscos de saúde e impedem a sua participação na vida familiar e na vida pública com base na igualdade". Segundo a ONU, a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre 15 e 44 anos no mundo.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra as mulheres como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres. A Convenção afirma que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Adiciona que a violência contra a mulher constitui ofensa à

dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Define ainda a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada”. Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional.

A violência doméstica ainda apresenta como consequência o prejuízo financeiro. Em conformidade com o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o fazem por terem sofrido agressão física¹⁹. A violência doméstica compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) da América Latina, cerca de US\$ 170 bilhões. No Brasil, a violência doméstica custa ao país 10,5% do seu PIB²⁰.

À luz deste contexto, o caso Maria da Penha permitiu, de forma emblemática, romper com a invisibilidade que acoberta este grave padrão de violência de que são vítimas tantas mulheres, sendo símbolo de uma necessária conspiração contra a impunidade.

Em 2001, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Estado, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil”²¹. Adicionou a Comissão Interamericana que “essa tolerância por parte dos órgãos do Estado não é exclusiva deste caso, mas é sistemática. Trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher”²².

A decisão fundamentou-se na violação, pelo Estado, dos deveres assumidos em virtude da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção do Belém do Pará”), que consagram parâmetros protetivos mínimos concernentes à proteção dos direitos humanos. A Comissão ressaltou que: “O Estado está (...) obrigado a investigar toda situação em que tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado age de maneira que tal violação fique impune e não seja restabelecida, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos. Isso também é válido quando se tolere que particulares ou grupos de particulares atuem livre ou impunemente em detrimento dos direitos reconhecidos na Convenção. (...) A segunda obrigação dos Estados Partes é ‘garantir’ o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Em consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e, ademais, procurar o restabelecimento, na medida do possível, do direito conculcado e, quando for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”²³.

Ao final, recomendou ao Estado brasileiro que: a) concluísse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de

compensação contra o agressor; d) promovesse a capacitação de funcionários da justiça em direitos humanos, especialmente no que toca aos direitos previstos na Convenção de Belém do Pará²⁴. É a primeira vez que um caso de violência doméstica leva à condenação de um país, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

O objetivo das entidades peticionárias era um só: que a litigância internacional pudesse propiciar avanços internos na proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil.

Em 31 de outubro de 2002, finalmente, houve a prisão do réu, no Estado da Paraíba²⁵. O ciclo de impunidade se encerrava, após dezenove anos. As demais medidas recomendadas pela Comissão Interamericana (como, por exemplo, medidas reparatórias; campanhas de prevenção; programas de capacitação e sensibilização dos agentes da justiça, dentre outras) foram objeto de um termo de compromisso firmado entre as entidades peticionárias e o Estado brasileiro²⁶. Em 24 de novembro de 2003, foi adotada a Lei n. 10.778, que determina a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados.

Em 31 de março de 2004, por meio do Decreto n. 5.030, foi instituído um Grupo de Trabalho Interministerial, que contou com a participação da sociedade civil e do Governo, para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher. O Grupo elaborou uma proposta legislativa, encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, no final de 2004. Na exposição de motivos do aludido projeto de lei, há enfática referência ao caso Maria da Penha, em especial às recomendações formuladas pela Comissão Interamericana.

Finalmente, em 7 de agosto de 2006, foi adotada a Lei n. 11.340 (também denominada Lei “Maria da Penha”), que, de forma inédita, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

5. Litigância Internacional e Avanços Locais: a Lei “Maria da Penha”

Diversamente de dezessete países da América Latina, o Brasil até 2006 não dispunha de legislação específica a respeito da violência contra a mulher.

Aplicava-se a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim) para tratar especificamente das infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas consideradas de menor gravidade, cuja pena máxima prevista em lei não fosse superior a um ano. Contudo, tal resposta mostrava-se absolutamente insatisfatória, ao endossar a equivocada noção de que a violência contra a mulher era infração penal de menor potencial ofensivo e não grave violação a direitos humanos. Pesquisas demonstram o quanto a aplicação da Lei n. 9.099/95 para os casos de violência contra a mulher implicava a naturalização e legitimação deste padrão de violência, reforçando a hierarquia entre os gêneros²⁷. O grau de ineficácia da referida lei revelava o paradoxo de o Estado romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para, então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar à vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência contra a mulher ora eram vistos como mera “querela doméstica”, ora como reflexo de ato de “vingança ou implicância da vítima”, ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. Isto culminava com a consequente falta de credibilidade no aparato da justiça. No Brasil, apenas 2% dos acusados em casos de violência contra a mulher são condenados.

No campo jurídico a omissão do Estado brasileiro afrontava a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — a “Convenção de Belém do Pará” — ratificada pelo Brasil em 1995. É dever do Estado brasileiro implementar políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, em consonância com os parâmetros internacionais e constitucionais, rompendo com o perverso ciclo de violência que, banalizado e legitimado, subtraía a vida de metade da população brasileira. Tal omissão deu ensejo à condenação sofrida pelo Brasil no caso Maria da Penha.

Daí o advento da Lei n. 11.340, em 7 de agosto de 2006. Destacam-se sete inovações extraordinárias introduzidas pela Lei “Maria da Penha”:

1) Mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher

A violência contra a mulher era, até o advento da Lei “Maria da Penha”, tratada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei n. 9.099/95. Com a nova lei passa a ser concebida como uma violação a direitos humanos, na medida em que a lei reconhece que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (art. 6º), sendo expressamente vedada a aplicação da Lei n. 9.099/95.

2) Incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher

Na interpretação da lei devem ser consideradas as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. É prevista a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, bem como atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher.

3) Incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar

Para o enfrentamento da violência contra a mulher, a Lei “Maria da Penha” consagra medidas integradas de prevenção, por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e de ações não governamentais. Sob o prisma multidisciplinar, determina a integração do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, com as áreas da segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação.

Realça a importância da promoção e realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como da difusão da Lei e dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres. Acresce a importância de inserção nos currículos escolares de todos os níveis de ensino para os conteúdos relativos a direitos humanos, à equidade de gênero e de raça, etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Adiciona a necessidade de capacitação permanente dos agentes policiais quanto às questões de gênero e de raça e etnia.

4) Fortalecimento da ótica repressiva

Além da ótica preventiva, a Lei “Maria da Penha” inova a ótica repressiva, ao romper com a sistemática anterior baseada na Lei n. 9.099/95, que tratava a violência contra a mulher como uma infração de menor potencial ofensivo, sujeita à pena de multa e pena de cesta básica.

De acordo com a nova Lei, são proibidas, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa²⁸. Afasta-se, assim, a conivência do Poder Público com a violência contra a mulher.

5) Harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará

A Lei “Maria da Penha” cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher em conformidade com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”). Amplia o conceito de violência contra a mulher, compreendendo tal violência como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, que ocorra no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

6) Consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual

A nova Lei consolida, ainda, um conceito ampliado de família, na medida em que afirma que as relações pessoais a que se destina independem da orientação sexual. Reitera que toda mulher, independentemente de orientação sexual, classe, raça, etnia, renda, cultura, nível educacional, idade e religião tem o direito de viver sem violência.

7) Estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas

Por fim, a nova Lei prevê a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero, raça e etnia, concernentes à causa, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, com a sistematização de dados e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas.

Na visão de Leila Linhares Barsted: “O balanço de mais de uma década no enfrentamento da violência contra as mulheres no Brasil revela o importante papel dos movimentos de mulheres no diálogo com o Estado em suas diferentes dimensões. (...) Não há dúvidas de que, ao longo das três últimas décadas, o movimento de mulheres tem sido o grande impulsionador das políticas públicas de gênero, incluindo aquelas no campo da prevenção da violência. Mas, apesar das conquistas obtidas, é inegável a persistência da violência doméstica e sexual contra a mulher no Brasil”²⁹.

6. Conclusão

Considerando que a Lei “Maria da Penha” foi adotada em 7 de agosto de 2006, entrando em vigor 45 dias após a sua publicação, ainda não há o necessário acúmulo capaz de avaliar o impacto da nova Lei.

No entanto, uma vez mais, o movimento de mulheres mantém-se em forte articulação, no sentido de enfrentar as resistências de diversos atores sociais no tocante às inovações da Lei “Maria da Penha”³⁰. Setores jurídicos têm defendido a inconstitucionalidade da Lei, sob o argumento de que “seria discriminatória uma medida afeta apenas à violência contra a mulher”³¹. Ignoram o perfil e a incidência epidêmica desta violência que tem subtraído a vida das mulheres brasileiras. Há, ainda, setores do Poder Judiciário que apontam à inconstitucionalidade da criação de juízos com a dupla competência cível e criminal — o que refoge à tradição brasileira³².

O movimento de mulheres, por sua vez, tem-se posicionado firmemente a favor da nova Lei, enfatizando suas extraordinárias inovações e realçando que inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela³³.

O debate público a respeito da violência contra a mulher nunca se fez tão presente e intenso na experiência brasileira.

A Lei “Maria da Penha” simboliza o fruto de uma exitosa articulação do movimento de mulheres brasileiras: ao identificar um caso emblemático de violência contra a mulher; ao decidir submetê-lo à arena internacional, por meio de uma litigância e do ativismo transnacional; ao

sustentar e desenvolver o caso, por meio de estratégias legais, políticas e de comunicação; ao extrair as potencialidades do caso, pleiteando reformas legais e transformações de políticas públicas; ao monitorar, acompanhar e participar ativamente do processo de elaboração da lei relativamente à violência contra a mulher; ao defender e lutar pela efetiva implementação da nova lei.

A partir da competente atuação do movimento de mulheres, na utilização de estratégias legais e de um ativismo transnacional, o caso “Maria da Penha” teve a força catalisadora para fomentar avanços na proteção dos direitos humanos das mulheres, por meio da reforma legal e de mudanças de políticas públicas.

A adoção da Lei “Maria da Penha” permitiu romper com o silêncio e a omissão do Estado brasileiro, que estavam a caracterizar um ilícito internacional, ao violar obrigações jurídicas contraídas quando da ratificação de tratados internacionais. A tolerância estatal à violência contra a mulher perpetua a impunidade, simbolizando uma grave violência institucional, que se soma ao padrão de violência sofrido por mulheres, em total desprezo à ordem internacional e constitucional.

Perante a comunidade internacional, o Estado brasileiro assumiu o dever jurídico de combater a impunidade em casos de violência contra a mulher, cabendo-lhe adotar medidas e instrumentos eficazes para assegurar o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência. É dever do Estado atuar com a devida diligência para prevenir, investigar, processar, punir e reparar a violência contra a mulher, assegurando-lhes recursos idôneos e efetivos³⁴.

No amplo horizonte de construção dos direitos humanos das mulheres, jamais se caminhou tanto quanto nas últimas três décadas. Elas compõem o marco divisório em que se concentram os maiores avanços emancipatórios na luta das mulheres por dignidade, direitos e justiça. Sob esta perspectiva, em absoluta harmonia com os parâmetros protetivos internacionais, a Lei “Maria da Penha” inaugura uma política integrada para prevenir, investigar, sancionar e reparar a violência contra a mulher.

Ao repudiar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório concernente à violência contra a mulher, a Lei “Maria da Penha” constitui uma conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. Sua plena implementação — com a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, em todas as suas manifestações — surge como imperativo de justiça e respeito aos direitos das vítimas desta grave violação que ameaça o destino e rouba a vida de tantas mulheres brasileiras.

A ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social, a fim de que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude, suas potencialidades, sem violência e discriminação. É a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Enquanto um construído histórico, os direitos humanos não traduzem uma história linear³⁵, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, história de um combate³⁶, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana³⁷.

O protagonismo do movimento de mulheres, a partir do caso Maria da Penha, teve como marca, a doar-lhe especial integridade e sentido, o princípio da esperança, da ação criativa e da capacidade transformadora. Vislumbra Hannah Arendt o ser humano como, ao mesmo tempo, um início e um iniciador, acenando que é possível modificar pacientemente o deserto com as faculdades da paixão e do agir³⁸. É o que nos ensina a ação emancipatória do movimento de mulheres no Brasil.

1 Adota-se a classificação de Guillermo O'Donnell, quando afirma: "É útil conceber o processo de democratização como processo que implica em duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático" (Transitions, continuities, and paradoxes, in Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela (orgs.), *Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, p. 18). Nesse sentido, sustenta-se que, embora a primeira etapa do processo de democratização já tenha sido alcançada — a transição do regime autoritário para a instalação de um regime democrático —, a segunda fase, ou seja, a efetiva consolidação do regime democrático, ainda está se concretizando.

2 Cf. Frances Hagopian: "Os líderes do antigo regime consentiram na abertura política antes dela ser demandada pela sociedade civil; como Alfred Stepan tem convictamente afirmado, nenhuma atividade de oposição foi responsável pela iniciativa de liberalização do regime militar. Importantes atores sociais, como operários, trabalhadores e a Igreja Católica, fizeram protestos contra a política do regime, acelerando o processo de queda dos militares; entretanto, os passos e o escopo da transição para um Governo civil foram ditados pela elite, incluindo a eleição indireta de um Presidente civil" (The compromised consolidation: the political class in the Brazilian transition, in Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela (orgs.), *Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective*, p. 245). No mesmo sentido, pondera Luciano Martins: "A tese básica deste Capítulo é que o processo de 'liberalização' se originou inicialmente em virtude das dificuldades do regime militar em solucionar problemas de economia interna, não se originando, portanto, de qualquer mudança significativa na correlação de forças entre os protagonistas do regime e seus oponentes — embora a oposição tenha em muito se beneficiado, posteriormente, do espaço político aberto pelo processo de liberalização. Estas dificuldades internas do regime explicam por que o processo de liberalização apresentou um padrão de movimentos contraditórios, de frentes simultâneas, e por que toda concessão do regime ou conquista da oposição foi imediatamente qualificada, no seu significado político, como imposição de alternativas ao controle militar. E isto explica por que o regime militar deteve tanto a iniciativa, como o controle do processo de liberalização por tanto tempo" (MARTINS, Luciano. *The liberalization of authoritarian rule in Brazil*. In: O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Laurence. *Transitions from authoritarianism: Latin America*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986, p. 82-83).

3 Leila Linhares Barsted, *Lei e realidade social: igualdade x desigualdade*, in *As mulheres e os direitos humanos*, Coletânea traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero, Rio de Janeiro: Cepia, 2001, p. 35. Para a autora: "(...) esse quadro legislativo favorável foi fruto de um longo processo de luta das mulheres pela ampliação de sua cidadania, compreendida de forma restrita pela República brasileira inaugurada em 1889. As restrições aos direitos políticos das mulheres somente foram retiradas completamente na Constituição Federal de 1934; no plano dos direitos civis, até 1962, a mulher casada era considerada relativamente incapaz, necessitando da autorização do marido para exercer os mais elementares direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho. Até 1988, as mulheres casadas ainda eram consideradas colaboradoras do marido, competindo a estas a direção da sociedade conjugal. No que se refere aos direitos trabalhistas, até fins da década de 70, a lei, sob a rubrica de 'proteção', impedia a entrada da mulher em amplos setores do mercado de trabalho" (*As mulheres e os direitos*, cit., p. 34-35).

4 Leila Linhares Barsted, *A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois*; in UNIFEM, *O progresso das mulheres no Brasil*, Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006, p. 257.

5 Jacqueline Pitanguy, *As mulheres e os direitos humanos*; in UNIFEM, *O progresso das mulheres no Brasil*. Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006, p. 29.

6 Dentre eles, destacam-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004; m) o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007; n) a Convenção para a Proteção das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 1º de agosto de 2008; e o) o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como o Segundo Protocolo ao mesmo Pacto

visando à Abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.

7 Neste sentido, dentre outros, destacam-se os seguintes atos normativos: a) Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 — Define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, prevendo o racismo como crime inafiançável e imprescritível (anteriormente à Constituição de 1988, o racismo era considerado mera contravenção penal); b) Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 — Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; c) Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996 — Institui o Programa Nacional de Direitos Humanos, que ineditamente atribui aos direitos humanos o status de política pública governamental, contendo propostas de ações governamentais para a proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil; d) Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997 — Altera e aprimora a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), prevendo também a punição de crimes resultantes de preconceito de etnia, religião ou procedência nacional; e) Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 — Estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo; f) Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 — Dispõe sobre o Estatuto da Criança e Adolescente, considerada uma das legislações mais avançadas a respeito da matéria, ao estabelecer a proteção integral à criança e ao adolescente, destacando os seus direitos fundamentais, bem como a política de atendimento destes direitos; e g) Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 — Define e pune o crime de tortura, como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem, em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII, da Constituição de 1988.

8 Leila Linhares Barsted, Lei e realidade social: igualdade x desigualdade, in *As mulheres e os direitos*, cit., p. 34.

9 A respeito, ver relatório alternativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, apresentado ao Comitê dos Direitos Humanos, em Genebra, em outubro de 2005, especialmente a parte elaborada pelo CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher). Ver ainda, Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel, *Contribuição a partir da perspectiva de gênero ao Relatório Alternativo sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*, CLADEM, 2003; e Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel (coords.), *Relatório Nacional Brasileiro sobre a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, Brasília, 2002; UNIFEM, *O Progresso das Mulheres no Brasil*, Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006.

10 Jacqueline Pitanguy, *As mulheres e os direitos humanos*, in UNIFEM, *O progresso das mulheres no Brasil*, Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006, p. 16.

11 Para Leila Linhares Barsted: “No Brasil, o enfrentamento da violência de gênero ocupa lugar de destaque na agenda do movimento feminista. Esse movimento tem compreendido que tal violência apresenta formas distintas de manifestações e, na maioria das vezes, é agravada por determinadas características das mulheres. (...) A ação do movimento de mulheres brasileiras no enfrentamento da violência doméstica e sexual, de forma mais sistemática, data do final da década de 1970, quando as feministas tiveram participação ativa no desmonte da famosa tese da ‘legítima defesa da honra’” (A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. In: UNIFEM, *O progresso das mulheres no Brasil*, p. 255-256).

12 Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel, *Conspiração contra a impunidade*, Folha de S. Paulo, p. A3, 25-11-2002.

13 Ver, a respeito, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n. 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*, 16-4-2001.

14 Americas Watch, *Criminal injustice: violence against women in Brazil*, 1992. Afirma ainda o relatório da Human Rights Watch que, “de mais de 800 casos de estupro reportados a delegacias de polícia em São Paulo de 1985 a 1989, menos de um quarto foi investigado”. Ainda esclarece o mesmo relatório que “a delegacia de mulheres de São Luis no Estado do Maranhão reportou que, de mais de 4000 casos de agressões físicas e sexuais registrados, apenas 300 foram processados e apenas dois levaram à punição do acusado” (Americas Watch, *Criminal injustice: violence against women in Brazil*, 1992).

15 Movimento Nacional de Direitos Humanos, *Primavera já Partiu*, Brasília, 1998.

16 *Jornal da Redesaúde*, Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, n. 19, novembro 1999, citado por Valéria Pandjarian, *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação* (mimeo.).

17 Americas Watch, *Criminal injustice: violence against women in Brazil*, in Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 171.

18 Comitê pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. *Violence against women*. CEDAW General recom. 19, A/47/38 (General Comments), 29-1-1992.

19 Folha de S. Paulo, *Caderno São Paulo*, 21-7-1998, p. 1 e 3.

20 *Jornal da Redesaúde*, Informativo da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, n. 19 — novembro 1999, citado por Valéria Pandjarian, *Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação* (mimeo.).

21 Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16-4-2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

22 Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16-4-2001, parágrafos 54 e 55. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

23 Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, 16-4-2001, parágrafos 42 a 44. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

24 Comissão Interamericana de Direitos Humanos — OEA, Informe 54/01, caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes v. Brasil*,

16-4-2001, Recomendações. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 19-12-2002.

25 Economista é preso 19 anos após baleiar a mulher, Folha de S. Paulo, 31-10-2002.

26 No Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2003, no capítulo sobre Situação Referente ao Cumprimento de Recomendações da CIDH (disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2003port/cap.3c.htm>>, acesso em 25-2-2005) verifica-se que o Estado Brasileiro informou à Comissão sobre o andamento do processo penal em trâmite contra o responsável pelas agressões e tentativa de homicídio a que se refere a recomendação n. 1. Posteriormente, a Comissão teve conhecimento de que a sentença que condenou à pena de prisão do responsável havia sido executada.

27 A título exemplificativo, ver A atuação do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte nos casos de violência contra a mulher: intervenções e perspectivas, Alessandra Nogueira Araujo, dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005. Na visão de Leila Linhares Barsted: "Após dez anos de aprovação dessa lei, constata-se que cerca de 70% dos casos que chegam aos Juizados Especiais Criminais envolvem situações de violência doméstica contra as mulheres.

Do conjunto desses casos, a grande maioria termina em 'conciliação', sem que o Ministério Público ou o juiz tomem conhecimento e sem que as mulheres encontrem uma resposta qualificada do Poder Público à violência sofrida. Em face do efeito praticamente descriminalizador dessa lei, o movimento de mulheres tem debatido algumas soluções e avaliado iniciativas de parlamentares que encontram no Congresso Nacional, bem como experiências legislativas de outros países que elaboraram leis contra a violência doméstica. Com tais subsídios, um consórcio de ONGs elaborou uma proposta de lei sobre o tema, calcada na Convenção de Belém do Pará e que afasta a aplicação da Lei 9.099/95. Essa proposta foi apresentada à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres" (A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois. In: UNIFEM, O progresso das mulheres no Brasil, cit., p. 280-281).

28 A respeito, ver "Nova lei que protege a mulher já tem um preso", O Estado de S. Paulo, C5, 23-9-2006. O caso refere-se à prisão de homem que agrediu a mulher, grávida de cinco meses. Segundo a delegada, o agressor teria achado "um absurdo ser preso".

29 Leila Linhares Barsted, A violência contra as mulheres no Brasil e a Convenção de Belém do Pará dez anos depois, in UNIFEM, O progresso das mulheres no Brasil, Brasília: Cepia/Ford Foundation, 2006, p. 288 Ao tratar do diálogo entre o movimento feminista e os Poderes Públicos, no que se refere à violência doméstica, prossegue a autora: "E esse diálogo tem enfatizado atuações em diversas áreas, entre as quais: a) a ação voltada ao Poder Legislativo para alterar dispositivos discriminatórios da lei penal e para criar legislação sobre a violência doméstica contra as mulheres; b) o empenho com os Poderes Executivo e Legislativo para ratificar tratados, convenções e planos de ação internacionais que reconheçam os direitos humanos das mulheres, especialmente no campo da segurança e da luta contra a violência; c) a pressão nos Poderes Executivo e Legislativo estaduais para criar, ampliar e melhorar delegacias, abrigos, centros de referências, núcleos da Defensoria Pública e do Ministério Público e serviços na área da saúde voltados ao atendimento das vítimas; d) a demanda com o Poder Executivo e o Congresso Nacional por recursos para o combate à violência em suas diversas dimensões; e) a demanda com os órgãos da administração federal e estadual por pesquisas nacionais e locais que possam ampliar a visibilidade dessa violência e orientar políticas públicas de prevenção e atenção; f) o esforço sobre os órgãos federais e estaduais para qualificar policiais que atuam nas Delegacias da Mulher" (Leila Linhares Barsted, O progresso das mulheres no Brasil, cit., p. 288).

30 A respeito, cite-se reunião sobre a Lei Maria da Penha, organizada pela Articulação das Mulheres Brasileiras, em São Paulo, em 5 e 6 de outubro de 2006, em que foram discutidas propostas e estratégias em defesa da plena aplicação da nova Lei.

31 A respeito, ver decisão proferida pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em 27 de setembro de 2007, que declarou inconstitucional a Lei Maria da Penha, sob a alegação de ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

32 Destacam-se, assim, três argumentos contrários à Lei "Maria da Penha": a) violação ao princípio da igualdade; b) afronta à competência estadual para fixação da organização judiciária local; e c) afronta à competência dos juizados especiais. Sobre os dois últimos argumentos, ver "Moção de Repúdio à Lei de Violência Doméstica (Lei 11.340/06)", aprovada no 3º Encontro de Juízes dos Juizados Especiais Criminais, no Rio de Janeiro, em setembro de 2006. No documento, os juízes criticam a forma "assistemática e acientífica com que têm sido redigidas várias leis penais e processuais penais nas últimas legislaturas". Adicionam que "a sucessão de leis imperfeitas frustra a sociedade e aumenta o sentimento de desesperança". No mesmo sentido, a maioria dos promotores e juízes do Distrito Federal considera inconstitucional a Lei, especialmente o dispositivo que veda a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Em sentido oposto, destaca-se o louvável e extraordinário empenho da Desembargadora Shelma Lombardi de Kato, que levou à implantação do primeiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Brasil, em Cuiabá, em 25 de setembro de 2006.

33 Consultar Flávia Piovesan e Silvia Pimentel, Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela, artigo publicado no site Agência Carta Maior, em 12 de outubro de 2007.

34 Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de la violencia en las Américas, OEA/Ser. L./V/II Doc. 68, 20-1-2007.

35 Para Jacqueline Pitanguy, ao se referir à construção dos direitos humanos das mulheres: "Falta ainda amadurecer tais conquistas e avançar em sua implementação. Esse é um desafio que continua a ser enfrentado pelos movimentos de mulheres no seu percurso não linear rumo à consolidação de um marco normativo mais igualitário e à transversalização da igualdade de gênero nas políticas públicas, de forma que a questão dos direitos de cidadania das mulheres e as condições para seu exercício constituam questões centrais de democracia, e não apenas questões das mulheres" (As mulheres e os direitos

humanos, cit., p. 30).

[36](#) Daniele Lochak, *Les droits de l'homme*, nouv. edit., Paris: La Découverte, 2005, p.116, apud Celso Lafer, prefácio ao livro *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXII.

[37](#) Joaquín Herrera Flores, *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*, mimeo., p. 7.

[38](#) Hannah Arendt, *The human condition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Ver ainda da mesma autora *Men in dark times*, New York: Harcourt Brace & Company, 1995.

CAPÍTULO 14

INTEGRANDO A PERSPECTIVA DE GÊNERO NA DOUTRINA JURÍDICA BRASILEIRA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS¹

“A igualdade não é um dado, mas um construído”
(Hannah Arendt)

1. Introdução

O objetivo deste capítulo é focar os desafios e as perspectivas que se apresentam na busca de integrar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira.

O Brasil, como os demais países latino-americanos, adota o sistema da civil law, no qual as leis e os códigos normativos destacam-se como a principal fonte jurídica. Por consequência, além da norma jurídica, o estudo do universo normativo por meio da doutrina também recebe especial importância. Diversamente dos países que adotam o sistema da common law, em que os precedentes judiciais constituem a mais relevante fonte jurídica, o contexto latino-americano baseia-se na tradição da lei e da doutrina jurídica, que tece a atividade de interpretação normativa.

Diante dessas especificidades, indaga-se: como incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica? Quais os principais obstáculos e desafios a esse processo? Quais as perspectivas e possibilidades?

São essas as questões centrais que orientam este trabalho. Em um primeiro momento buscar-se-á traçar um diagnóstico dos desafios e dos obstáculos que tentam impedir a adoção da perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira. À luz desse diagnóstico, em um segundo momento, buscar-se-á focar as possibilidades e perspectivas capazes de estimular o processo de incorporação da perspectiva de gênero na doutrina jurídica nacional.

2. Integrando a Perspectiva de Gênero na Doutrina Jurídica Brasileira: Obstáculos e Desafios

2.1. Os anacronismos da ordem jurídica brasileira e a urgência de seu saneamento

A ordem jurídica brasileira é integrada por um complexo sistema normativo que conjuga, ao lado de instrumentos jurídicos contemporâneos e inovadores (como a Constituição brasileira de 1988 e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos), diplomas legais editados no início do século — como é o caso do Código Penal de 1940 e do então Código Civil de 1916, somente revogado com o advento do novo Código (Lei n. 10.406, de 2002), que entrou em vigor em janeiro de 2003.

Em face desse complexo universo normativo, em que diplomas de um remoto passado são combinados com diplomas jurídicos contemporâneos, revelam-se tensões e conflitos valorativos. Essas valorações conflitantes são objeto da atividade do intérprete do Direito, em especial da doutrina e dos órgãos aplicadores do Direito (fundamentalmente o Poder Judiciário), que a todo tempo realizam suas escolhas jurídico-políticas.

Com relação à condição jurídica da mulher, essa tensão valorativa alcança o seu grau máximo.

Se de um lado a Constituição brasileira² e os tratados internacionais de proteção dos direitos da mulher consagram a igualdade entre homens e mulheres, o dever de promover essa igualdade e proibir discriminações, parte dos diplomas infraconstitucionais adota uma perspectiva androcêntrica (segundo a qual a perspectiva masculina é a central e o homem é o paradigma da humanidade) e discriminatória com relação à mulher. Essa perspectiva discriminatória, constante, por exemplo, no Código Penal de 1940³ e no então Código Civil de 1916⁴, estabelece nítida relação hierárquica entre homens e mulheres, retirando destas direitos fundamentais, atribuindo-lhes um papel social predefinido e adjetivando o seu comportamento social, com base em uma dupla moral, que passa a condicionar a aquisição ou perda de seus direitos⁵.

Há, portanto, a urgente necessidade de saneamento da ordem jurídica brasileira, com a imediata eliminação das normas discriminatórias que esvaziam e restringem o alcance de dispositivos normativos avançados. A prevalência da Constituição brasileira e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher impõe a revogação de toda normatividade ordinária com ela incompatível, eliminando-se, assim, obstáculos decorrentes de uma mentalidade discriminatória, hierarquizada com relação aos gêneros, que constrói um papel socialmente definido para os homens e mulheres.

Com base nos avanços da Constituição brasileira de 1988, no que tange à condição jurídica da mulher, e com base nos tratados e declarações internacionais de proteção dos direitos da mulher (destacando-se a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher de 1993, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, a Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e a Declaração e o Programa de Ação de Beijing de 1995), faz-se fundamental a construção de um novo paradigma, que incorpore a perspectiva de gênero. Daí a urgência em se fomentar uma cultura fundada na observância dos parâmetros internacionais e constitucionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, visando à implementação dos avanços constitucionais e internacionais já alcançados, que consagram uma ótica democrática e igualitária em relação aos gêneros.

2.2. O perfil conservador dos agentes jurídicos e a urgência de mudanças no ensino jurídico

Há pesquisas científicas que demonstram o perfil altamente conservador dos agentes jurídicos que, em sua maioria, concebem o Direito como instrumento de conservação e contenção social e não como instrumento de transformação social. Esse perfil conservador dos agentes jurídicos tem fomentado a reprodução de estruturas e categorias jurídicas tradicionais, construídas há quase um século, o que tem inviabilizado a tarefa de reconstrução do pensamento jurídico à luz de novos paradigmas e novas interpretações.

Essa postura implica uma gravíssima distorção jurídica, na medida em que dispositivos igualitários e que transformam a condição jurídica da mulher, previstos na Constituição Federal e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, são interpretados à luz de categorias discriminatórias veiculadas por diplomas infraconstitucionais.

Vale dizer, não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, que refletem, cada qual ao seu modo, as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação à mulher. Os avanços constitucionais e internacionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma

cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres. Isto é, os extraordinários ganhos internacionais e constitucionais não implicaram automaticamente a sensível mudança cultural, que, muitas vezes, adota como referência os valores da normatividade pré-1988 e não os valores da normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988, reforçados e revigorados pelos parâmetros protetivos internacionais.

Esse fenômeno ilustra não apenas o componente conservador, mas também privatista da cultura jurídica tradicional. A cultura jurídica brasileira prima pela ótica do privado, em detrimento da ótica publicista. São estudados com mais intensidade os Códigos que a própria Constituição Federal. Com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, e em especial de proteção dos direitos da mulher, raramente são eles objeto de estudo nas Faculdades de Direito.

É também premente que se repense o ensino jurídico, a fim de que esses instrumentos sejam parte inerente dos currículos. É justamente nesse instrumental que se encontra uma visão renovada, contemporânea e avançada acerca da questão de gênero e da condição jurídica da mulher.

Além de privatista, a cultura jurídica brasileira é extremamente formalista. É fundamental alargar o estudo da dimensão fática, considerando a complexidade e as contradições da realidade social. Importa, por meio de pesquisas, estudos e estatísticas, evidenciar o padrão de discriminação e violência sofrido pelas mulheres. Importa, ademais, mostrar a necessidade de transformar essa realidade, mediante diversas estratégias, dentre elas a jurídica.

Por meio de transformações no ensino jurídico, os agentes jurídicos poderão apresentar um novo perfil e, por sua vez, as instituições que eles passarão no futuro a integrar (como os Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo, dentre outros) poderão refletir essas mudanças.

3. Integrando a Perspectiva de Gênero na Doutrina Jurídica Brasileira: Possibilidades e Perspectivas

3.1. A necessidade de criar uma doutrina jurídica sob a perspectiva de gênero

À luz dos desafios e obstáculos acima apresentados, uma primeira estratégia para transformar a condição jurídica da mulher é fomentar, estimular e criar uma doutrina jurídica, sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher e tornar visíveis as relações de poder entre os sexos⁶.

Essa doutrina há de ter como pressuposto o padrão de discriminação e as experiências de exclusão e violência sofridas por mulheres⁷. Deve ter como objetivo central a tarefa de transformar essa realidade. Como meio, essa doutrina deve se valer dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher e das Constituições democráticas promulgadas em virtude dos processos de transição política no contexto latino-americano⁸.

Observa-se que, não obstante importantes avanços decorrerem desse instrumental, eles não têm tido uma efetiva repercussão no plano doutrinário. Desse modo, ainda que novos sejam os tempos e novos sejam os valores, essas transformações na arena internacional, ocorridas com o advento de recentes Declarações e Convenções internacionais sobre os direitos das mulheres, não irradiaram ainda intensas transformações na esfera doutrinária do plano local. Baseada em concepções e valores envelhecidos que integram a ordem jurídica, mediante códigos normativos editados no início do século, a doutrina jurídica brasileira ainda tem se valido desses paradigmas

conflitantes com a nova ordem, o que esvazia e mitiga a força inovadora dos instrumentos jurídicos contemporâneos. É fundamental, portanto, uma mudança de paradigmas, o que requer a produção de uma doutrina jurídica que ilumine novas concepções, com relação à questão de gênero, e que possa transpor para o plano local os significativos avanços obtidos no plano internacional⁹.

Outro aspecto a ser ressaltado na tarefa de construção de uma nova doutrina jurídica é a gramática contemporânea dos direitos humanos das mulheres. Essa gramática endossa os valores da universalidade e indivisibilidades desses direitos. Vale dizer, os direitos humanos das mulheres são universais, internacionais, não tendo fronteiras¹⁰. São também indivisíveis, de modo que para a sua plenitude exige-se o exercício tanto dos direitos civis e políticos como dos direitos sociais, econômicos e culturais. Importa enfatizar a tônica universal desses direitos, a fim de esclarecer que a política do Estado que afrontar essa sistemática universal de direitos estará em absoluto isolamento político e jurídico na ordem internacional, ficando suscetível a críticas e sanções da comunidade internacional.

3.2. O estudo do impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher na ordem jurídica nacional

Além de necessários estudos aprofundados sobre a linguagem contemporânea da condição jurídica da mulher, explorando as estratégias inovadoras presentes nesses instrumentos internacionais, também é fundamental focar a força jurídica obrigatória e vinculante desses tratados internacionais, que geram obrigações jurídicas aos Estados que os ratificaram¹¹. Há que se afirmar que os próprios Estados, no livre exercício de sua soberania, contraíram obrigações jurídicas internacionais, no que tange à tarefa de transformar a condição jurídica das mulheres¹².

Nesse sentido, importa evidenciar se o ordenamento jurídico nacional está em consonância com as determinações assumidas no plano internacional. Há que se examinar a eventual existência de conflitos entre a normatividade nacional e internacional, no que tange especialmente à situação jurídica da mulher. Faz-se emergencial dar visibilidade a esses casos de anacronismos do sistema jurídico pátrio, mediante estratégias de advocacia perante as instâncias nacionais e internacionais.

Esse processo implicará a revogação e eliminação de normas discriminatórias com relação à mulher, ainda presentes no ordenamento jurídico nacional.

Não bastando a solução de eventuais conflitos normativos, ao serem incorporados pela ordem jurídica nacional, os instrumentos internacionais fortalecem e ampliam o alcance de proteção dos direitos da mulher no plano normativo interno, ora reforçando direitos já existentes, ora adicionando novos direitos. É fundamental o desenvolvimento de uma doutrina legal que elucide os avanços decorrentes do impacto jurídico dos tratados internacionais de proteção dos direitos da mulher na ordem jurídica interna. A título de exemplo, dentre outros, destaquem-se as previsões dos instrumentos internacionais pertinentes: a) à definição jurídica de discriminação contra a mulher (artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); b) à possibilidade de os Estados adotarem políticas afirmativas capazes de acelerar a igualdade de fato entre homens e mulheres (artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); c) à definição de violência contra a mulher, como uma violência física, psicológica ou sexual, baseada no gênero¹³, que ocorra tanto na esfera pública como na privada (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e Declaração da ONU sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher).

3.3. Estratégias para a advocacia dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher

A adoção da perspectiva de gênero no saber jurídico requer, como já mencionado, a formação de uma doutrina com a perspectiva de gênero, o estudo do impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher no ordenamento jurídico nacional e estratégias para a advocacia e aplicação desses novos instrumentos.

Os instrumentos internacionais apresentam um duplo impacto: seja perante as instâncias nacionais (na medida em que consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana), seja perante as instâncias internacionais (na medida em que asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas). Para que sejam aplicados em sua plenitude, é imprescindível lançar projetos de capacitação voltados a divulgar a relevância de utilizar e advogar esses instrumentos¹⁴. Esses projetos de capacitação devem ter como alvo, dentre outros, os agentes jurídicos. Por agentes jurídicos se compreendem os aplicadores do Direito (juízes e juízas), os(as) advogados(as), organizações não governamentais de direitos humanos e de direitos humanos das mulheres¹⁵, os(as) estudantes, professores(as) de Direito e todos aqueles(as) que lidam diretamente com o aparato da justiça. No Brasil já se vislumbram iniciativas pioneiras nessa direção¹⁶.

Criar estratégias para a advocacia internacional dos direitos humanos das mulheres, também surge como um desafio central. Ao submeter casos de violação de direitos das mulheres a instâncias internacionais, confere-se maior visibilidade à violência perpetrada, exigindo-se do Estado esclarecimentos e justificativas, o que, por sua vez, pode resultar em avanços no regime de direitos humanos das mulheres. A respeito, merecem menção três casos submetidos pelo movimento de mulheres do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷, tendo como fundamento a violação de direitos enunciados na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1995.

4. A Urgência da Mudança de Paradigmas

Incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira impõe, sobretudo, o desafio de mudança de paradigmas. Esse desafio aponta à necessidade de introjetar novos valores e uma nova visão de Direito, de sociedade e de mundo. Traduz também a necessidade de inclusão de grande parcela da população mundial e da inclusão de seu modo de perceber e compreender a realidade¹⁸.

Transformar paradigmas não é tarefa fácil. É tarefa que exige intenso envolvimento, persistência e compromisso, conjugados com uma ativa capacidade de indignação. É, portanto, um desafio que fascina, por sua importância e por seu forte potencial transformador.

¹ Este capítulo é baseado na palestra Integrating Gender into Legal Doctrine and Education: Obstacles and Perspectives, proferida na American University, em Washington, em 30 de outubro de 1997, por ocasião da Conferência Panamericana

Transforming Women's Legal Status.

2 A Carta de 1988 simboliza a ruptura com o regime militar ditatorial. Constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. A Constituição simboliza ainda a ruptura com o regime jurídico anterior, bem como a ruptura com a ideologia patriarcal, apresentando extraordinários avanços no campo dos direitos fundamentais. Relativamente ao status jurídico da mulher, a Constituição de 1988 incorporou quase todas as reivindicações feitas pelo movimento de mulheres. Dentre os avanços da Constituição Federal de 1988, com relação à mulher, destacam-se: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); c) a proteção especial da mulher do mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799, de 26-5-1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12-1-1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º).

3 Ver, por exemplo, as normas do Código Penal brasileiro que consideram o estupro um crime contra os costumes e não contra a pessoa.

4 Ver, por exemplo, as normas do Código Civil brasileiro de 1916 que tratavam do pátrio poder (art. 380), da chefia da sociedade conjugal (art. 233), do direito de anulação do casamento pelo homem quando a mulher não é virgem (art. 219), do privilégio do homem na fixação do domicílio familiar (art. 233), dentre outras. Quanto à chefia da sociedade conjugal, dispunha o Código Civil: "O marido é o chefe da sociedade conjugal, cabendo-lhe: I — a representação legal da família; II — a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; III — o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV — prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277". Note-se que a chefia da sociedade conjugal só seria exercida pela mulher se o marido estivesse em lugar remoto e não sabido, em cárcere por mais de dois anos ou fosse declarado interdito, nos termos do art. 251. No que tange ao direito de anulação do casamento pelo homem quando a mulher não fosse virgem, estabelecia o mesmo Código: "Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: ... IV — o defloramento da mulher, ignorado pelo marido". A respeito do pátrio poder, o Código Civil afirmava: "Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher". Acrescentava o parágrafo único: "Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai". Observe-se que foi em virtude desses dispositivos legais que o Brasil, em 1984, ratificou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher com reservas nos artigos 15 e 16, concernentes à igualdade entre homens e mulheres no exercício da sociedade conjugal. Essas reservas só foram retiradas em 20 de dezembro de 1994.

5 A respeito, ver DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A figura/personagem mulher em processos de família. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993; ver também ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita. Quando a vítima é a mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio. Brasília: CEDAC, 1987.

6 A respeito, afirma Alda Facio: "(...) Gender ou gênero sexual corresponde a uma dicotomia sexual que é imposta socialmente através de papéis e estereótipos" (Cuando el genero suena cambios trae. San José da Costa Rica: ILANUD — Proyecto Mujer y Justicia Penal, 1992, p. 54). Sobre a matéria, ver ainda BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In: Women's rights human rights. Routledge: 1995, p. 11-17; BARTLETT, Katharine T. Gender and law. Boston: Little, Brown, 1993, p. 633-636; SCALES, Ann. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. In: SMITH, Patricia (Editor). Feminist jurisprudence. New York: Oxford University Press, 1993, p. 94-109; WEST, Robin. Jurisprudence and gender. In: SMITH, Patricia (Editor). Feminist jurisprudence. New York: Oxford University Press, 1993, p. 493-530; MACKINNON, Catharine. Toward feminist jurisprudence. In: SMITH, Patricia (Editor). Feminist jurisprudence. New York: Oxford University Press, 1993, p. 610-619.

7 Observa Alda Facio: "(...) se é certo que os homens têm sofrido discriminações por sua pertinência a uma classe, etnia, e/ou preferência sexual, etc., NENHUM homem sofre discriminação por pertencer ao sexo masculino, ao passo que TODAS as mulheres a sofrem por pertencer ao sexo feminino (além da discriminação por classe, etnia, e/ou preferência sexual, etc.)" (op. cit., p. 13). A respeito, afirma Katharine T. Bartlett e Rosanne Kennedy: "(...) há um amplo consenso de que, embora seja pedagógico à teoria feminista expor as implícitas hierarquias e exclusões e o modo pelo qual são construídas, as feministas também devem adotar atitudes positivas no sentido de transformar as práticas institucionais e sociais" (Feminist legal theory: reading in law and gender. Boulder: Westview Press, 1991. p. 10). Consultar ainda RHODE, Deborah L. Feminist critical theories. In: BARTLETT, Katharine T.; KENNEDY, Rosanne, op. cit. supra, p. 333-350.

8 "Não obstante as dificuldades e o desafio em buscar transformações através do Direito, este apresenta oportunidades ao feminismo. Direito é poder. (...) As reformas legais podem não apenas criar, como também resolver problemas relativos ao feminismo. Ainda que essas reformas não impliquem instantaneamente em avanços na vida das mulheres, constituem, todavia, um requisito necessário a uma significativa mudança social" (BARTLETT, Katharine T.; KENNEDY, Rosanne, op. cit., p. 4). No mesmo sentido, afirma Alda Facio: "O Direito, apesar de ser um obstáculo para o desenvolvimento da personalidade feminina, pode ser um instrumento de transformações estruturais, culturais ou pessoais, que necessariamente levará mulheres a melhores condições de vida" (op. cit., p. 22).

9 A respeito, enfatiza Susana Chiarotti: "Devemos enfrentar o desafio pós-Beijing, que significa trabalhar ativamente a implementação, no plano local, dos avanços obtidos na arena internacional" (Protección internacional de los derechos

humanos de las mujeres. San José: IIDH/CLADEM, 1997, p. 18).

10 “Na década passada, mulheres de todas as partes do mundo deflagraram um inédito movimento internacional voltado aos direitos humanos das mulheres. Na Conferência Mundial das Nações Unidas de 1985, realizada em Nairobi (Quênia), os direitos humanos começaram a se destacar como uma questão central para as mulheres, embora não tenham sido fortemente mencionados na declaração oficial da Conferência. Na Conferência Mundial das Mulheres em 1995, em Pequim, os direitos humanos foram proclamados por centenas de mulheres e transformaram-se na estrutura fundamental do Plano de Ação Governamental. Nas Conferências Mundiais que antecederam Pequim (a Conferência sobre Direitos Humanos em Viena, sobre População em Cairo e sobre Desenvolvimento Social em Copenhague), as ativistas de direitos humanos das mulheres se insurgiram, em face do silêncio concernente aos direitos das mulheres nessas diversas áreas e afirmaram que os avanços do status da mulher, em qualquer lugar do mundo, dependem dos avanços relativos aos seus direitos em todas as partes do mundo” (Women, Law & Development International & Human Rights Watch Women’s Rights Project. Women’s human rights step by step. Washington: 1997, p. 7). A respeito, observa Juan E. Méndez: “A Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher ratificou a universalidade de todos os direitos humanos das mulheres e enfatizou a responsabilidade primordial dos governos na promoção e proteção desses direitos, de tal maneira que a omissão de certas condutas estatais pode ser objeto de denúncia” (Protección internacional de los derechos humanos de las mujeres. San José: IIDH/CLADEM, 1997, p. 13).

11 A respeito do impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro, ver PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96-110.

12 “Os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos podem ser aplicados nos sistemas nacionais de diversas formas, incluindo: a) a apresentação de um caso de direitos humanos, sob o fundamento dos instrumentos internacionais e regionais, posto serem parte integrante do Direito nacional, através da incorporação; b) a aplicação dos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos como um parâmetro interpretativo das previsões legais de âmbito nacional; c) a advertência ao Estado de que, no exercício pleno de sua soberania, contraiu livremente obrigações internacionais (ex.: eliminar a discriminação contra a mulher) e que é necessário implementar tais obrigações e interpretar o Direito nacional à luz dessas obrigações; d) a aplicação dos instrumentos internacionais de direitos humanos como um parâmetro mínimo de proteção, ao qual o sistema normativo interno deve se alinhar (...)” (Women, Law & Development International & Human Rights Watch Women’s Rights Project, op. cit., p. 110-111).

13 “Quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional (por exemplo, as violências ou abusos sexuais na guerra), falamos de violência de gênero. (...) A violência de gênero compreende qualquer ato de força ou coerção que atente ou afete a vida, a integridade física ou psicológica, ou a liberdade das mulheres” (BENITO, Elizabeth Odio. Protección de los derechos humanos de las mujeres. San José: IIDH/CLADEM, 1997. p. 26-27). De acordo com o artigo 1º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher da ONU de 1993, a violência contra as mulheres é “qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte ou tenha por resultado causar um dano ou um sofrimento físico ou psicológico a mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, coerção, privação arbitrária da liberdade, seja na esfera pública, seja na privada”.

14 “Os pré-requisitos de qualquer reforma incluem o aperfeiçoamento da educação e do treinamento no campo do Direito dos Direitos Humanos, o oferecimento de serviços legais e de cursos de capacitação às mulheres, o desenvolvimento de sua habilidade de investigar fatos e publicar os resultados e a promoção da presença feminista nos Comitês, Comissões e Cortes de Direitos Humanos” (COOK, Rebecca. Women’s international human rights law: the way forward. In: COOK, Rebecca (Editor). Human rights of women: national and international perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994. p. 29).

15 “Com efeito, se o ativismo na última década tornou mais visíveis os direitos humanos das mulheres, o desafio agora é torná-los mais acessíveis” (Women, Law & Development International & Human Rights Watch Women’s Rights Project, op. cit., p. 7).

16 Nesse sentido, iniciam-se no Brasil cursos de capacitação em Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir da perspectiva de gênero, endereçados a delegadas da Delegacia de Defesa da Mulher, a juízes(as), a advogados(as) públicos(as) e a organizações não governamentais de defesa de direitos humanos.

17 A respeito dos casos Delvita Silva Prates, Márcia Cristina Leopoldi e Maria da Penha, ver o capítulo “Os Direitos Humanos da Mulher na Ordem Internacional” desta obra.

18 Afirma Boutros Boutros Ghali, ex-Secretário-Geral da ONU: “Sem progresso na situação das mulheres não pode haver nenhum desenvolvimento social verdadeiro. Os direitos humanos não merecem esse nome se excluem a metade da humanidade. A luta pela igualdade da mulher faz parte da luta por um mundo melhor para todos os seres humanos e todas as sociedades”. No mesmo sentido, pondera Deborah L. Rhode: “Embora nós não possamos saber a priori o que caracteriza uma boa sociedade, nós seguramente sabemos o que não a caracteriza. Trata-se da sociedade baseada na disparidade entre os gêneros, no que tange ao status, ao poder e à segurança. Trata-se da sociedade que nega à maioria de seus membros o controle efetivo sobre aspectos de sua existência diária” (Rhode, Deborah L., op. cit., p. 345).

CAPÍTULO 15

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNO¹

Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirotta

1. Introdução

Este capítulo tem como finalidade apresentar os delineamentos conceituais dos direitos reprodutivos, avaliando o modo pelo qual são protegidos pela ordem jurídica internacional e pelo Direito brasileiro.

Inicialmente serão lançados os contornos conceituais desses direitos, bem como a forma pela qual são tutelados pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995.

Em um segundo momento, a ênfase será dada ao Direito brasileiro e à forma pela qual consagra a proteção dos direitos reprodutivos, no plano dos Direitos constitucional, civil, penal e trabalhista.

2. Delineamentos Conceituais dos Direitos Reprodutivos e sua Proteção na Ordem Internacional

Pode-se afirmar que os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Este conceito compreende o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade quanto para a procriação sem riscos para a saúde.

Historicamente, constata-se que a luta pelos direitos reprodutivos tem seu ponto de partida nas reivindicações femininas em torno da questão reprodutiva. Nesse sentido, os direitos reprodutivos refletem a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação. Nas palavras de Maria Betânia de Melo Ávila: "A noção de direitos reprodutivos se constrói a partir da prática política das mulheres em torno de sua demanda na esfera reprodutiva. No século XIX e na primeira metade do século XX, aparecem na cena pública os movimentos por direitos femininos, que reivindicavam acesso à educação e ao voto, centrados na busca da igualdade. É também desse período a movimentação em torno do direito à regulação da fecundidade como um assunto de ordem política, constituindo-se, assim, em um novo campo de enfrentamento no processo histórico da construção da cidadania. Antes, as mulheres agiram no sentido de ter em mãos o controle do seu próprio corpo, da fecundidade e saúde. A expressão pública dessa ação está contextualizada dentro do processo político da construção da modernidade. A formalização da ideia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente e considero que pode ser entendida como uma redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva"².

Na medida em que o enfoque da problemática, fundado na contraposição entre maternidade (com sua carga de dominação e subalternidade) e contracepção (envolta na perspectiva da liberação), revelou-se simplista e insuficiente teórica e politicamente, passou-se a perceber a

concepção, o parto, a contracepção e o aborto como elementos interligados, “onde a impossibilidade de acesso a qualquer um deles remete a mulher para um lugar de submissão”³.

A constante atenção que a questão dos direitos reprodutivos tem recebido no âmbito do movimento feminista deve-se à sua importância na vida da mulher, a quem incumbe, muitas vezes exclusivamente, arcar com as consequências da vida sexual — a gravidez, a criação dos filhos etc. — e com o ônus da prevenção dessas consequências, notadamente a prática contraceptiva⁴.

Há que se enfatizar a importância que os direitos da mulher assumem no plano dos direitos reprodutivos e sexuais, sendo certo que o pleno reconhecimento e exercício de tais direitos requer a igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres.

Na esfera internacional⁵, a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos reprodutivos⁶. Ineditamente, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos, concebendo o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, como um direito fundamental.

Nesse sentido, merece destaque o princípio 4 da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994: “Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional”.

A Conferência do Cairo afirma ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas, enquanto os homens têm uma responsabilidade pessoal e social, a partir de seu próprio comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos desse comportamento na saúde e bem-estar de suas companheiras e filhos.

Como explica Leila Linhares: “No Cairo, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento introduziu um novo paradigma à temática do desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento. Nessa Conferência, ficou firmado o princípio que as políticas relacionadas à população devem ser orientadas pelo respeito aos direitos humanos universais e afirmou-se a necessidade dos países considerarem as grandes massas como detentoras de direitos e merecedoras de políticas públicas de combate à pobreza. A ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a própria Conferência permitiram a legitimação da noção de direitos reprodutivos, apontando para a necessidade de amplos programas de saúde reprodutiva e reconhecendo o aborto como um grave problema de saúde pública. A Conferência do Cairo deu grande ênfase à necessidade de estimular a responsabilidade masculina para com a procriação e com a contracepção. Em 1995, a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, deu ênfase à necessidade de erradicação da pobreza, incluindo iniciativas destinadas a medir e a reduzir os impactos sociais do ajuste econômico, especialmente sobre as mulheres e crianças. Ainda em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que incorporou as agendas das

Conferências de Direitos Humanos (1993), de População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e firmando, de modo definitivo, a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; a noção de saúde e direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento de direitos sexuais, com a recomendação de que sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado, tal como na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994), um problema de saúde pública. (...) Os documentos básicos dessas Conferências, mesmo não sendo textos legais, como os tratados internacionais, configuram-se, a partir de seus princípios básicos, aprovados por consenso pelos Estados membros das Nações Unidas, como fonte do direito que devem ser incorporados na sua interpretação e aplicação”⁷.

O conceito de direitos reprodutivos tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos.

Juan Guillermo Figueroa Perea propõe repensar o alcance do conceito de direitos reprodutivos, em função da autoridade moral e da capacidade que toda pessoa possui de participar da construção de seu entorno reprodutivo. Nessa perspectiva, interpreta-se a defesa dos direitos reprodutivos como o processo pelo qual se promove a solução democrática dos diferentes problemas éticos que podem surgir no espaço da reprodução. Tais dilemas derivam da interação entre os indivíduos, agentes institucionais e normatividades sociais, que repercute no exercício da sexualidade, no processo da gravidez e parto e na negociação da criação dos filhos⁸.

Nessa linha, o Programa de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento, ao relacionar os direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva adotada internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, afirma: “Saúde reprodutiva é um estado de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Está implícito nessa última condição o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei, e o direito de acesso a serviços de saúde apropriados que permitam à mulher passar pela gravidez e pelo parto com segurança e que provejam aos casais as melhores oportunidades de ter um filho saudável. Em consonância com a definição supra de saúde reprodutiva, a atenção à saúde reprodutiva é definida como uma constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde reprodutiva e para o bem-estar, na prevenção e solução dos problemas de saúde reprodutiva. Inclui-se aí também a saúde sexual, cujo objetivo é o desenvolvimento da vida e das relações pessoais e não meramente o assessoramento e a atenção relacionados com a reprodução e com as doenças sexualmente transmissíveis”⁹.

Feita a relação entre os direitos reprodutivos e a saúde reprodutiva, o referido Programa de Ação tece a conceituação dos direitos reprodutivos, dispondo: “Tendo em mente a definição supra, os direitos reprodutivos abarcam certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, documentos internacionais concernentes aos direitos humanos e outros relevantes documentos consensuais das Nações Unidas. Esses direitos compreendem o reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsabilmente o número de filhos e o espaçamento entre eles, tendo informações e métodos para efetivar tais decisões, no sentido de atingir o mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual. Inclui-se aí também o direito de todos de tomar decisões concernentes à reprodução, livres de todas as formas de

discriminação, coerção e violência, como expresso nos documentos relativos aos direitos humanos. No exercício desse direito, as pessoas devem levar em conta as necessidades de suas vidas e de seus futuros filhos e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todas as pessoas deve constituir a base fundamental das políticas e programas estatais e comunitários na área da saúde reprodutiva, inclusive do planejamento familiar. Como parte desse compromisso, deve-se dar plena atenção à promoção do respeito mútuo e das relações equitativas de gênero e particularmente às necessidades educacionais e de serviços dos adolescentes, para torná-los aptos a tratar de forma positiva e responsável sua sexualidade”¹⁰.

Essa definição revela a abrangência da noção de direitos reprodutivos e sexuais, servindo de base para a maior parte das definições encontradas na doutrina nacional e internacional sobre a matéria¹¹.

A Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em sua Plataforma de Ação (Plataforma de Ação de Beijing), remetendo-se à Conferência do Cairo, reitera os conceitos de saúde reprodutiva e direitos reprodutivos acima transcritos. A opção livre e informada, o respeito à integridade física e o direito de não sofrer discriminação nem coerção em todos os assuntos relacionados com a vida sexual e reprodutiva constituem princípios básicos consagrados na Conferência do Cairo e endossados na Conferência de Beijing.

A Declaração de Beijing reafirma o compromisso de combater as limitações e obstáculos e promover o avanço e o fortalecimento da mulher em todo o mundo; garantir a plena observância dos direitos humanos das mulheres e das meninas como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e garantir o acesso igualitário e a igualdade de tratamento de homens e mulheres na educação e atenção de sua saúde, promovendo a saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Reconhece também que o direito das mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria sexualidade, constitui uma base fundamental para o gozo e exercício de outros direitos humanos. Aduz, ainda, que, na maior parte dos países, a falta de atenção aos direitos reprodutivos da mulher limita dramaticamente suas oportunidades na vida pública e privada, suas oportunidades de acesso à educação e de pleno exercício de outros direitos políticos e econômicos¹².

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.

Há que se destacar ainda que a Conferência de Beijing afirma que os direitos sexuais e reprodutivos constituem parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis. De outro lado, estabelece que a inter-relação entre pobreza, discriminação e gênero, o não exercício do poder por parte das mulheres e as diferentes manifestações de violência contra elas são fatores que incidem na não vigência dos direitos sexuais e reprodutivos. A Plataforma de Ação de Beijing também recomenda que os países considerem a possibilidade de revisar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que praticam abortos ilegais, o que simboliza um avanço em relação à Conferência do Cairo, que reconheceu no aborto um problema de saúde pública, mas não enfocou as políticas repressivas que ainda permanecem vigentes¹³.

À luz dos preceitos enunciados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, pode-se concluir, sem buscar um elenco exaustivo, que os direitos reprodutivos incluem: a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência; b) o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos; c) o direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis, e d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.

Por sua vez, os direitos sexuais compreendem: a) o direito a decidir livre e responsabilmente sobre sua sexualidade; b) o direito a ter controle sobre seu próprio corpo; c) o direito a viver livremente sua orientação sexual, sem sofrer discriminação, coação ou violência; d) o direito a receber educação sexual; e) o direito à privacidade; f) o direito de acesso às informações e aos meios para desfrutar do mais alto padrão de saúde sexual; e g) o direito a fruir do progresso científico e a consentir livremente à experimentação, com os devidos cuidados éticos recomendados pelos instrumentos internacionais¹⁴.

Ao longo deste estudo adotar-se-á a expressão “direitos reprodutivos” em sentido lato, compreendendo tanto os direitos reprodutivos como os sexuais.

3. Os Direitos Reprodutivos e o Direito Brasileiro

Considerando os delineamentos conceituais dos direitos reprodutivos e sua proteção na ordem internacional, neste tópico do estudo transitar-se-á para o plano do Direito brasileiro, a fim de que se avalie a forma pela qual disciplina os direitos reprodutivos.

Na ordem jurídica brasileira encontram-se normas concernentes aos direitos reprodutivos em diversos ramos do Direito, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, incluindo, dentre os diplomas legais, a Constituição Federal, o Código Penal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Na medida em que os direitos reprodutivos se expressam, muitas vezes, sob a forma de princípios, suas relações com o sistema jurídico são extremamente amplas, podendo tais direitos ser relacionados com diversas áreas, como a economia, o sistema educacional etc. No presente tópico serão destacadas tão somente as normas que mais diretamente dizem respeito aos direitos reprodutivos, ficando afastado o exame daquelas que os alcançam apenas indiretamente.

3.1. Os direitos reprodutivos e a Constituição brasileira de 1988

A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática no País, sendo fruto de um amplo movimento pela redemocratização brasileira, após vinte e um anos de vigência do regime militar ditatorial. Traduz um amplo elenco de direitos e garantias fundamentais, sendo o documento mais avançado sobre a matéria na história constitucional brasileira.

Dos princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988, destacam-se relevantes dispositivos pertinentes à questão dos direitos reprodutivos. Nesse sentido, o art. 1º consagra, dentre os fundamentos da República Federativa Brasileira, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Já o art. 3º enuncia como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais princípios relacionam-se com os direitos reprodutivos, visto que esses constituem verdadeiro exercício de cidadania e de dignidade da pessoa humana, opondo-se a quaisquer formas de preconceitos ou discriminações.

No campo dos direitos e garantias fundamentais, destacam-se importantes incisos do art. 5º da Constituição, que assegura os direitos e deveres individuais e coletivos. O próprio caput do art.

5º, ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, é norma garantidora do princípio da igualdade, que proíbe toda e qualquer discriminação¹⁵. O princípio da igualdade é enfatizado no inciso I do mesmo artigo, quando afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, ficando revogados todos os preceitos discriminatórios em relação à mulher existentes na ordem infraconstitucional. O art. 5º, em seu inciso X, assegura ainda serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Este inciso consolida importantes cláusulas de defesa dos direitos sexuais, garantido o direito à intimidade, à vida privada, à honra etc.

O § 2º do art. 5º, por sua vez, estende o universo dos direitos fundamentais, de forma a proteger os direitos expressos na Constituição, os direitos implícitos (decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados) e os direitos enunciados nos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil. Tece assim a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional no campo dos direitos humanos. Nesse sentido, os direitos nacionais e internacionais se conjugam em prol da melhor e mais eficaz proteção da pessoa humana. Os §§ 2º e 3º do art. 5º possibilitam, portanto, a ampliação dos direitos humanos previstos na Constituição, conferindo status de norma constitucional aos direitos protegidos por tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

No plano dos direitos sociais, assegurados pelo art. 7º da Constituição de 1988, destacam-se o direito à licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e o direito à licença-paternidade¹⁶. Também é assegurado o direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas. Fica ainda vedada qualquer proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Esses direitos sociais são de fundamental importância para a garantia da plena fruição dos direitos reprodutivos, já que visam a coibir a discriminação no trabalho por questões ligadas à reprodução e minimizar a incompatibilidade entre as atividades profissionais e a procriação.

O Título VIII da Carta de 1988, ao disciplinar a ordem social, consagra a maior parte das normas constitucionais relativas aos direitos reprodutivos, com destaque para aquelas concernentes aos direitos à saúde e ao planejamento familiar. Nesse sentido, merece menção o art. 196, que estabelece: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Merece ainda destaque o art. 201, ao prever que os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão à proteção à maternidade¹⁷, especialmente à gestante. O art. 203, por sua vez, dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice e o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Há também que destacar o art. 226, que em seu § 3º reconhece, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Há nesse parágrafo a tradicional limitação quanto à concepção de família, fundada na união de pessoas de sexos diferentes. Profundamente arraigada a padrões culturais, essa norma, ao excluir a união entre homossexuais, traz consigo uma limitação aos direitos estabelecidos no art. 5º, ameaçando o direito à capacidade de autodeterminação no exercício da sexualidade, bem como o direito à livre orientação sexual, proibida qualquer discriminação.

Importa ressaltar que o § 5º do art. 226 reitera o princípio da igualdade entre os gêneros, ao dispor que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Por fim, merece realce o § 7º do art. 226, quando afirma: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

Esse dispositivo eleva à categoria de norma constitucional muitos dos princípios correlacionados aos direitos reprodutivos veiculados pelos documentos internacionais de direitos humanos, notadamente o Plano de Ação da Conferência Internacional do Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a Plataforma de Ação de Beijing de 1995. Resta claro que o planejamento familiar funda-se na livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar todos os meios e recursos para o exercício responsável desse direito, vedada qualquer coerção, violência ou discriminação.

Cabe ainda observar que a Lei federal n. 9.263¹⁸, de 12 de janeiro de 1996, veio regulamentar o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, em particular o planejamento familiar. Em seu art. 2º, define a lei o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. O parágrafo único desse artigo proíbe a utilização de tais ações para qualquer tipo de controle demográfico, o que vem de encontro à posição mais moderna sobre o tema, visto que as políticas visando ao estímulo do aumento ou diminuição da natalidade têm sido consideradas dissonantes com os princípios democráticos.

O art. 3º da mencionada lei situa o planejamento familiar no conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atenção à mulher, ao homem e ao casal, obrigando as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde a garantir tais ações e programas de atenção integral à saúde, de forma a incluir, entre outras atividades básicas, a assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, o controle das doenças sexualmente transmissíveis, o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Os arts. 4º e 5º preveem ações preventivas e educativas e o provimento de recursos humanos, técnicos e informativos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar, o que está de acordo com as recomendações inseridas nos documentos internacionais ligados ao tema dos direitos reprodutivos.

Os arts. 6º, 7º e 14 cuidam da participação de empresas públicas ou privadas nas ações e pesquisas de planejamento familiar, subordinando ao SUS a definição de normas gerais de planejamento familiar e atribuindo-lhe, ainda, a função de cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área.

Já os arts. 8º e 9º dispõem que a realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do SUS e atendidos os critérios estabelecidos pela OMS e que, para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Os arts. 10 a 18, exceto o art. 14, referem-se à esterilização cirúrgica do homem e da mulher. Até o advento da Lei n. 9.263/96, afastados os vetos presidenciais, discutia-se a juridicidade da

prática de esterilização cirúrgica voluntária, sendo que parte da doutrina considerava a esterilização cirúrgica como ilícito penal, a teor do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, já que dela resulta a inutilização de função orgânica, configurando-se, portanto, lesão corporal de natureza gravíssima. Nessa linha de raciocínio, a autorização do paciente, da vítima in casu, não afastaria a ilicitude do ato. Outros doutrinadores preferiam enquadrar a esterilização voluntária no campo dos direitos privados da personalidade¹⁹.

Atualmente, conforme previsto no art. 10 da lei ora em tela, é permitida a esterilização voluntária, desde que cumprida uma série de formalidades previstas para desencorajar a opção por tal método de controle da fecundidade, em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos. Permite-se, ainda, a esterilização voluntária em caso de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Condiciona-se a realização da esterilização a registro expresso da vontade em documento escrito e firmado, após informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de métodos contraceptivos reversíveis existentes, observado um lapso mínimo de sessenta dias entre tal manifestação de vontade e o ato cirúrgico — período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação de fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando a desencorajar a esterilização precoce. A manifestação de vontade não será considerada, se expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. Ainda, na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende de consentimento expresso de ambos os cônjuges.

A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes requer necessariamente autorização judicial para ser realizada.

A lei veda a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, o que revela o intuito do legislador de dissociar a prática da esterilização da realização de cesariana por ocasião do parto e de preservar o livre consentimento da mulher com relação à esterilização, que poderia sofrer pressões psicológicas advindas da situação enfrentada.

Também é vedada pela lei a esterilização por meio de histerectomia²⁰ e ooforectomia²¹, sendo recomendados os métodos da laqueadura tubária, da vasectomia e outros cientificamente aceitos, observando-se que a retirada desnecessária do útero e dos ovários pode trazer alterações hormonais indesejáveis.

As instituições interessadas em fornecer os serviços de esterilização cirúrgica, para a obtenção da necessária autorização, deverão oferecer todas as opções de meios e métodos reversíveis de contracepção (art. 14, parágrafo único), sendo que toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do SUS (art. 11).

O art. 12 da lei proíbe a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica. O art. 13, por seu turno, reafirma a proibição existente na Lei n. 9.029/95 de exigir-se atestado de esterilização ou teste de gravidez para quaisquer fins.

No Capítulo II, arts. 15 a 21, a lei cuida dos crimes e das respectivas penalidades para o caso de descumprimento das previsões nela contidas. Assim, o art. 15 prevê a pena de reclusão de dois a oito anos mais multa para a realização de esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10, se não constituir o fato crime mais grave. O parágrafo único de tal artigo qualifica o crime, aumentando-lhe a pena de um terço, se a esterilização for praticada durante os

períodos de parto ou aborto, salvo nos casos de comprovada necessidade; com manifestação de vontade viciada; por meio de histerectomia ou ooforectomia; em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial; por intermédio de cesárea indicada para fim exclusivo de esterilização.

Passam a ser crimes, ainda, a omissão por parte do médico de notificação à autoridade sanitária das esterilizações cirúrgicas que realizar (art. 16); induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica (art. 17); ou exigir atestado de esterilização para qualquer fim (art. 18).

3.2. Os direitos reprodutivos e o Código Civil

Após décadas de tramitação perante o Poder Legislativo brasileiro, foi aprovado o projeto de novo Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002 como Lei n. 10.406, que passou a vigorar em 11 de janeiro de 2003.

Destacar-se-ão alguns dispositivos contidos no novo Código Civil, que se referem aos direitos reprodutivos, incluindo neste presente item, com a finalidade de evitar uma excessiva e supérflua subdivisão e seguindo a sua vocação própria, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Um especial aspecto a ser frisado, conforme já anteriormente discutido, refere-se à importância que os direitos da mulher assumem no âmbito dos direitos reprodutivos, sendo certo que o pleno reconhecimento e exercício desses direitos passa pela questão da igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres. Com essa última assertiva em vista, verifica-se que havia um grande número de artigos no antigo Código Civil baseados na disposição de que o homem é o chefe da sociedade conjugal (art. 233). Com o advento da Constituição Federal de 1988, deveriam ser consideradas derogadas todas as disposições nesse sentido, sob pena de tomar-se por válida uma norma em absoluta dissonância com os preceitos constitucionais. Nesse sentido, por exemplo, não se poderiam mais considerar vigentes o art. 7º, § 7º, da LINDB e o art. 36, parágrafo único, do antigo Código Civil, ambas as normas determinando o domicílio da mulher casada com base no do marido; o art. 186, sobre a prevalência da vontade paterna em caso de discordância sobre autorização para casamento de filho menor; os arts. 266, parágrafo único, e 274, que restringem a atuação da mulher no que tange à administração dos bens comuns do casal, dentre outros preceitos do Código.

O novo Código Civil ora em vigor veio adequar parte das disposições acerca do direito de família aos preceitos constitucionais. Assim, em seu art. 1.511, estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, reafirmada no art. 1.565 que, inclusive, alterou a regra de acréscimo do sobrenome do cônjuge para permitir que qualquer dos cônjuges acresça ao seu o sobrenome do outro. Em seu § 2º, o referido artigo reproduz a regra de planejamento familiar prevista pela Constituição Federal em seu art. 226, § 7º. Também reforçam e reiteram a igualdade de ambos os cônjuges os arts. 1.566, 1.567, 1.568, 1.569 e 1.670.

Assume elevada importância para algumas discussões entabuladas em torno da questão do aborto o disposto no art. 4º do Código Civil, que dispõe: "A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

Os doutrinadores contrários à legalização do aborto ou mesmo os que sustentam a inconstitucionalidade do aborto legal previsto no Código Penal, afirmando ser absoluto o direito à vida previsto na Constituição, procuram justificar, por meio desse artigo do Código Civil, o início da vida como o momento da concepção. No entanto, este estudo entende que os direitos do nascituro a que a norma se refere são, sobretudo, os direitos patrimoniais, como o direito à sucessão, a receber doações e legados etc., ou ainda alguns direitos não patrimoniais, como o de

figurar como sujeito ativo e passivo de obrigações. A eficácia de tais direitos e atos fica condicionada, entretanto, ao nascimento com vida. Assim, não se trata propriamente de reconhecer ao nascituro personalidade civil, com todas as suas consequências jurídicas.

Na parte especial do Código Civil, relativa ao Direito de Família (arts. 1.511 a 1.783 do Código), encontram-se as normas relativas ao casamento civil, seu regime de bens etc., assuntos de grande interesse para o tema dos direitos reprodutivos.

Conforme já mencionado, boa parte dessas normas foi alterada em relação ao Código anterior, adequando-se à Constituição Federal de 1988. No entanto, algumas normas apresentam-se como de eficácia ou constitucionalidade duvidosas atualmente, em face dos progressos da ciência médica e biológica e da modificação dos costumes.

Assim, o art. 1.523, II, objetiva assegurar o conhecimento da origem paterna do filho nascido da mulher viúva ou cujo casamento fora desfeito por nulidade, impedindo-a de contrair novo matrimônio até dez meses após a dissolução do anterior. Ora, de acordo com a sociedade contemporânea, tal restrição revela-se inócua, sendo certo que os progressos da ciência biológica, em especial da genética, possibilitam a segura comprovação de paternidade por meio de exames cada vez mais precisos e acessíveis. Destarte, não se sustenta mais tal restrição ao direito da mulher de contrair novo matrimônio sem esperar o prazo prescrito em lei ou o nascimento de filho.

Do art. 1.557, ressalta-se que seu inciso I, ao arrolar como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge as questões ligadas a sua honra e boa fama, tornando anulável, por esse motivo, o casamento, deve ser interpretado de acordo com os princípios de direitos humanos previstos pela Constituição Federal e pelos documentos internacionais de direitos humanos, inclusive os relativos aos direitos sexuais e reprodutivos, adequando-se, ainda, sua interpretação com os costumes em voga atualmente.

O advento do novo Código Civil brasileiro traz avanços na eliminação de dispositivos discriminatórios contra a mulher e contra os direitos reprodutivos e sexuais. Não obstante, ainda apresenta normas que destoam dos comandos internacionais e dos princípios constitucionais, devendo ser analisadas tais normas sob o crivo da prevalência das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos em relação à legislação ordinária.

A análise mais detalhada sobre o impacto do novo Código Civil sobre os direitos reprodutivos somente poderá ser empreendida em toda sua extensão com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre a nova lei.

3.3. Os direitos reprodutivos e o Código Penal

O Código Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, contempla um amplo universo de dispositivos legais pertinentes ao campo dos direitos reprodutivos, sendo que um dos temas de grande relevância para a discussão dos direitos reprodutivos diz respeito ao aborto.

No direito positivo brasileiro, o aborto é tratado no Código Penal em seus arts. 124 a 128, que compreendem o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, o aborto provocado por terceiro, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Nos termos do art. 124, a mulher que provoca aborto em si mesma ou consente que outrem lho provoque incorre em pena de detenção de um a três anos, que é a mesma pena cominada em caso de homicídio culposo.

Por sua vez, provocar o aborto sem o consentimento da gestante sujeita o agente a uma pena

de reclusão de três a dez anos, de acordo com o art. 125. Havendo o consentimento da gestante, tal pena é reduzida para reclusão de um a quatro anos, sendo inválido tal consentimento se a gestante não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (parágrafo único do art. 126). Em resultando à gestante submetida ao aborto lesão corporal de natureza grave ou sobrevivendo-lhe a morte, as penas anteriormente referidas são aumentadas de um terço ou duplicadas, respectivamente, nos termos do art. 127, que prevê o aborto em sua forma qualificada.

O chamado aborto legal está previsto pelo Código Penal em seu art. 128. Tal artigo relaciona casos em que não se pune aborto praticado por médico: o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro (também chamado aborto sentimental). Desse modo, não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A redação do inciso I, ao prever o aborto necessário, encontra-se consonante com os arts. 23 e 24 do Código, que preveem a exclusão de ilicitude no caso de estado de necessidade e definem esse estado, respectivamente.

Observe-se que o referido inciso I do art. 128 atribui exclusivamente ao médico a decisão sobre a prática dessa espécie de aborto, prescindindo ele, inclusive, da autorização da gestante que, muitas vezes, não se encontra em condições de tomar tal decisão.

Embora o aborto por estado de necessidade tal como previsto pela letra da lei não seja objeto de muita controvérsia, a extensão para os casos em que a gravidez põe em risco a saúde da gestante, mesmo não havendo perigo iminente de morte, e para os casos em que o embrião ou o feto apresenta má-formação, ou mesmo não apresente viabilidade de nascimento com vida, têm gerado intensa polêmica.

A doutrina divide-se entre os que consideram que a exceção prevista na lei não pode sofrer ampliação e os que consideram a manutenção da higidez física da gestante como bem jurídico capaz de sustentar o estado de necessidade para a prática do aborto terapêutico e, no caso da inviabilidade de nascimento com vida, a irracionalidade que representaria levar uma gravidez até seu termo, com todos os riscos inerentes, sabendo-se de antemão que resultará em um natimorto. A jurisprudência tem apresentado tendências de perfilhar esse segundo ponto de vista, autorizando a prática do aborto nos casos de a gravidez pôr em risco a saúde da gestante ou de não haver viabilidade de nascimento com vida. Quanto à má-formação do embrião ou feto, a matéria é polêmica, havendo julgados que autorizam a interrupção da gravidez em tais casos e outros que negam tal interrupção.

No que tange ao inciso II, o chamado aborto sentimental (aborto no caso de gravidez resultante de estupro), tutelam-se a higidez psicológica da mulher, sua liberdade reprodutiva e sua dignidade humana. Acrescente-se que, embora o inciso refira-se somente aos casos de gravidez resultante de estupro, por respeito à coerência, devem ser estendidos seus efeitos para os casos de gravidez resultante de outros atos de violência sexual sofridos pela mulher, que não o estupro propriamente dito.

Alguns autores julgam haver incompatibilidade entre esse inciso e a proteção constitucional à vida. Observe-se, no entanto, que o direito à vida não é absoluto, podendo ser relativizado, como no caso do art. 23 do Código Penal, e deve ser analisado, quando se trata do aborto sentimental, em consonância com os dispositivos constitucionais que tutelam a liberdade e a dignidade humana, gravemente ofendidas quando a mulher vem a engravidar devido a ato de violência.

Assim, sopesando-se os bens jurídicos tutelados pela Carta Constitucional, vê-se que não se

pode atribuir alcance absoluto ao direito à vida do feto em desenvolvimento e relegar a segundo plano direitos igualmente garantidos no plano constitucional, como a dignidade e a liberdade da mulher em não ter que se submeter a gerar um filho decorrente de uma brutal violência que sofrera, protraindo no tempo, ad infinitum, os efeitos do crime do qual fora vítima.

A parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência tende a considerar plenamente constitucional o aborto em caso de gravidez resultante de estupro. O Estado, por seu turno, ao implementar programas (ainda escassos e insuficientes) de atendimento na rede pública aos casos previstos pelo art. 128 do Código Penal, também aceita a constitucionalidade do aborto sentimental. Destaque-se a importância em se garantir a obrigatoriedade dos serviços da rede pública de saúde no tocante à realização do aborto legal, medida que viria a proteger o direito de inúmeras mulheres, em especial de baixa renda.

Acrescente-se que a ofensiva contra a legalidade desse tipo de aborto parte de um duplo preconceito contra a mulher: a de que ela deve sofrer as consequências da vida sexual e de que ela presumidamente provocou ou facilitou a ocorrência do estupro por meio de suas atitudes. Ainda, reforça uma convicção arraigada na cultura machista de que o corpo feminino existe para satisfazer o homem e dar-lhe descendentes, de tal sorte que os crimes sexuais acabam sendo vistos por essa cultura machista como um delito relacionado à quebra das convenções sobre o acesso ao corpo feminino, regulado tão criteriosamente pela moral e cujos reflexos na legislação civil e criminal, embora atenuados, continuam produzindo efeitos jurídicos. Corroborando tal posição, os crimes contra as liberdades sexuais encontram-se no Título VI, que disciplina os crimes contra os costumes — embora esteja em trâmite no Congresso Nacional projeto de lei para deslocar tais crimes para o Título I, que trata dos crimes contra a pessoa²².

Uma outra discussão surge em torno da redação do caput do art. 128. Ao utilizar a expressão “não se pune”, em vez de enunciar a licitude do ato, abre-se caminho para que parte da doutrina considere que tal artigo constitui apenas um excludente da pena, uma espécie de perdão, não deixando de subsistir o crime nos casos descritos nos incisos. Para tal vertente, portanto, não existiria o aborto legal, constituindo-se o aborto sempre prática criminosa.

No entanto, a parcela majoritária da doutrina, bem como da jurisprudência, tem entendido que, não havendo punição, está ausente elemento essencial para a configuração do ato como crime, constituindo-se, portanto, o art. 128 como excludente de ilicitude, o que está explícito no termo que a doutrina reserva ao tipo descrito no referido artigo, qual seja, “aborto legal”²³.

Conforme salientado no item 1, o direito ao aborto tem sido uma das principais reivindicações dos movimentos feministas e da luta pelos direitos reprodutivos, que têm tecido contínua crítica à legislação brasileira criminalizadora do aborto. A prática do aborto tem sido adotada para interromper uma gravidez indesejada, sendo que, no caso de a mulher possuir recursos, tal intervenção pode ser feita de modo relativamente seguro, embora clandestinamente. Porém, se a mulher não possuir recursos materiais, em geral, tal intervenção tem sido feita em precárias condições de higiene, sendo grave causa de morte materna por todo o País²⁴. A respeito, reitera-se a recomendação da Plataforma de Ação de Beijing, no sentido de que os países considerem a possibilidade de revisar as leis que estabelecem medidas punitivas contra as mulheres que praticam abortos ilegais, situando a questão do aborto no âmbito da saúde pública.

Ressalte-se que no Título VI do Código Penal estão previstos crimes contra a liberdade sexual, como o estupro e o atentado violento ao pudor, adequadamente punidos com rigorosas penas. A atual redação dos arts. 215 e 216 e a revogação do art. 219, através da Lei n. 11.106/2005, eliminou do texto do Código a expressão “mulher honesta”, cuja conotação sexual já fora discutida e que compunha os tipos descritos nos arts. 215 (posse sexual mediante fraude), 216

(atentado ao pudor mediante fraude) e 219 (raptó violento ou mediante fraude), termo altamente discriminatório contra a mulher. Assim, embora os preceitos previstos pela Constituição Federal de 1988 já fossem motivo bastante para banir de nosso ordenamento jurídico a discriminação contra a mulher por conta do exercício de seus direitos reprodutivos e sexuais, de forma mais contundente, com a alteração dos dispositivos legais acima mencionados, o estereótipo “mulher honesta” deve ser banido de toda doutrina e interpretação da legislação vigente.

A mesma Lei n. 11.106/2005 veio corrigir algumas distorções existentes no Código Penal, alterando, por exemplo, a redação do art. 231 para que o tipo penal passasse de tráfico de mulheres para tráfico internacional de pessoas e acrescentando o tipo tráfico interno de pessoas no art. 231-A. A mudança é relevante, diante dos fatos que têm ocorrido em todo o mundo relacionados a esses delitos e diante da necessidade de descaracterizar a agressão como um ato exclusivamente contra a mulher, o que se insere em contexto discriminatório, conforme já foi explicado em outras passagens do texto.

A revogação do art. 240 do Código Penal pela mesma lei retirou do ordenamento jurídico brasileiro o tipo penal do adultério, afastando as consequências penais de ato que diz respeito tão somente à vida privada das pessoas envolvidas. Tal revogação está de acordo com os princípios dos direitos reprodutivos e sexuais e representa avanço na legislação em busca do Estado laico, moderno e democrático.

Ainda, conforme supraobservado, a inserção de tais crimes no título do Código que disciplina os crimes contra os costumes constitui um fator discriminatório, visto que se trata de crimes contra a pessoa.

Acrescente-se, por fim, que a Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, introduziu no Código Penal o art. 216-A, contemplando o tipo penal assédio sexual, definido como o ato de constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Tal delito é punido com pena de detenção de um a dois anos.

A inclusão do referido artigo no Código Penal vem atender a reivindicação não recente dos segmentos da sociedade que lutam pelos direitos reprodutivos e pelos direitos das mulheres, já que a discriminatória prática do assédio sexual, tão arraigada na cultura machista, não possuía tipificação passível de ser invocada em defesa da vítima, deixando-a, muitas vezes, em posição juridicamente desfavorável em relação ao agressor.

3.4. Os direitos reprodutivos e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direito em peculiar condição de desenvolvimento, são titulares dos direitos reprodutivos existentes na ordem constitucional e infraconstitucional. Porém, sua peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento faz com mereçam especial proteção do legislador.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, diversos dispositivos referem-se aos direitos reprodutivos. Assim, de forma genérica, os arts. 3º, 5º, 15, 17 e 18 contêm preceitos relativos ao respeito à integridade física e moral da criança e do adolescente. Salienta-se que o art. 18 torna dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de tratamentos desumanos, violência, constrangimentos etc.

O art. 14 preceitua a obrigatoriedade de promoção pelo SUS de campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos, o que, subentende-se, deve incluir campanhas de prevenção das doenças sexualmente transmissíveis e da gravidez não planejada, mediante a informação sobre métodos anticoncepcionais e procedimentos para evitar-se o contágio por

doenças sexualmente transmissíveis. Há que se observar, contudo, a adequação de tais campanhas às diversas faixas etárias.

Os arts. 7º a 10 tratam do direito à vida e à saúde, contendo preceitos relativos à gravidez e ao parto. O art. 8º, em especial, assegura à gestante o atendimento pré e perinatal, estabelecendo, em seus parágrafos, as regras para tal atendimento. Observa-se que, embora o bem jurídico que a lei busca tutelar seja a condição de vida e nascimento dignos da criança, é titular de tais direitos a mulher grávida e trata-se de dispositivos legais eminentemente afetos aos direitos reprodutivos.

Os arts. 74 a 79 referem-se aos espetáculos e publicações, contendo vários preceitos, cujo intuito é preservar a criança e o adolescente da exposição à programação de natureza pornográfica ou obscena.

Por sua vez, o art. 130 do Estatuto prevê a possibilidade de a autoridade judiciária determinar cautelarmente o afastamento do agressor da moradia comum, em caso de abuso sexual, entre outras hipóteses de agressão impostas pelos pais ou responsável.

Os arts. 240 e 241 atacam diretamente o problema da pornografia infantil. O art. 240 criminaliza a produção ou direção de representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica. A Lei n. 10.764/2003 acrescentou ao tipo a atividade fotográfica ou de qualquer outro meio visual e a qualificação vexatória como alternativa à natureza pornográfica ou de sexo explícito, tornando mais completo o tipo penal e com maior número de hipóteses de inclusão no tipo de atos contrários à preservação de crianças e adolescentes contra a exploração sexual. A referida lei também aumentou a pena para o infrator, prevendo a pena de reclusão de um a quatro anos e multa e criou o tipo qualificado, se o agente comete o crime no exercício de cargo ou função ou com o fim de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial. Em seu parágrafo único, estabelece que incorre na mesma pena quem contracenar com criança ou adolescente nas condições previstas no caput do artigo. Note-se, ademais, que o disposto em tal parágrafo não elimina possível ocorrência de crime mais grave, como estupro ou atentado violento ao pudor, que deverá ser devidamente apurado em cada caso.

O art. 241, com a redação dada pela Lei n. 10.764/2003, torna crime apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente, prevendo pena de reclusão de dois a seis anos e multa. Diz, ainda, o referido artigo que incorre na mesma pena quem agencia, autoriza, facilita ou, de qualquer modo, intermedeia a participação de criança ou adolescente em produção referida neste artigo; assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo; assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas na forma do caput deste artigo.

Em sua forma qualificada, a pena para o infrator é de reclusão de três a oito anos, com os mesmos motivos de qualificação previstos no artigo anterior.

Embora contendo avanços importantes em relação à legislação anterior, em especial ao revogado Código de Menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente é tímido com relação aos direitos reprodutivos, sobretudo se considerada a importância que a vida sexual adquire com o advento da adolescência e os reflexos que esse período da vida tem sobre a idade adulta.

3.5. Os direitos reprodutivos e a Consolidação das Leis Trabalhistas

O processo de industrialização ocorrido entre os séculos XIX e XX acarretou uma série de mudanças na relação entre a mulher e o trabalho. Nas palavras de Eric J. Hobsbawn: "As indústrias domésticas pelo menos permitiam que elas combinassem trabalho pago com a supervisão da casa e dos filhos. Eis por que tantas mulheres casadas que precisavam ganhar dinheiro, mas permaneciam acorrentadas à cozinha e às crianças, acabaram por fazer esses trabalhos. O segundo efeito da industrialização em relação à mulher, e o mais importante, foi também muito mais drástico: separou a casa do local de trabalho. E, ao fazer isto, excluiu-as em larga medida da economia publicamente reconhecida — aquela em que eram pagos salários às pessoas — e agravou sua tradicional inferioridade em relação aos homens por meio da nova dependência econômica"²⁵.

A partir do processo de industrialização, constata-se um incremento na desvalorização do trabalho feminino, refletida em diferenças salariais e de atribuições²⁶, cujas consequências ainda não foram de todo eliminadas, mesmo nos países altamente industrializados — embora constituam um dos grandes campos de embate na reivindicação dos direitos das mulheres.

Ao lado da luta pela não discriminação da mulher no mercado de trabalho, estabeleceu-se uma luta por direitos especiais ligados à peculiar condição feminina, em particular no que tange às questões reprodutivas. Na ordem contemporânea, praticamente todos os sistemas jurídicos dispensam tratamento diferenciado à mulher, em respeito a tais peculiaridades²⁷. Trata-se do princípio da igualdade, com respeito à diversidade e às diferenças.

A Consolidação das Leis do Trabalho dedica seu Capítulo III à proteção do trabalho da mulher. Embora com escopo protecionista, alguns dos dispositivos celetistas possuem caráter discriminatório. Muitos desses dispositivos encontram-se explicitamente revogados pela Lei n. 7.855/89, outros encontram-se obsoletos em razão dos direitos assegurados aos trabalhadores, homens e mulheres, pela Constituição Federal de 1988.

A limitação à prestação de horas extraordinárias, que era prevista pelo art. 376 da CLT, foi afastada pela Lei n. 10.244/2001, norma que revogou esse artigo.

Permanecem, no entanto, alguns dispositivos, como a limitação de trabalho que demande o emprego de força muscular superior a 20 ou a 25 quilos, conforme tratar-se de trabalho contínuo ou ocasional, nos termos do art. 390. Destacam-se, também, os dispositivos do artigo 389 quanto às instalações onde deverá ser desenvolvido o trabalho feminino.

A Lei n. 9.799/99 acrescentou à CLT o art. 373-A, que cuida da prevenção à discriminação da mulher quanto ao acesso a empregos, concursos, promoções e salários, em função de sexo, idade, cor ou situação familiar. O artigo acrescentado ainda reitera a proibição da exigência de atestado ou exame ligados a gravidez ou esterilização na admissão ou permanência em emprego e proíbe as revistas íntimas das empregadas ou funcionárias.

Seu parágrafo único esclarece que tais disposições não obstam a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Os arts. 391 a 393 da CLT dedicam-se à proteção da maternidade no âmbito das relações de trabalho. No entanto, tais normas foram modificadas pelo advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu, conforme salientado no item 3.1, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e a estabilidade da empregada gestante, protegendo-a da dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A Lei n. 10.421/2002 estendeu à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, acrescentando o art. 392-A à CLT.

Por força da legislação superveniente a respeito do tema, a licença-maternidade passou a ser benefício previdenciário. Na lição de Valentin Carrion: "Houve evolução do instituto, deixando de ser encargo direto do empregador que contratou a gestante, para ser suportado pelo empresariado como um todo, transformando-se em um instituto previdenciário, com vantagens para a empresa contratante e principalmente para a própria mulher que terá menos razões de ser discriminada na contratação"²⁸.

Contudo, como salienta Amauri Mascaro Nascimento, parte da legislação concernente à proteção à maternidade permanece regida pela CLT, como o direito de mudar de função (art. 392, § 4º) ou de rescindir o contrato se prejudicial à gestação (art. 394), de dois intervalos especiais de meia hora cada um para amamentação do filho até que complete seis meses (art. 396), de contar com creche no estabelecimento, desde que nele trabalhem mais de 30 empregadas com mais de 16 anos (art. 389, § 1º) e, no caso de aborto legal, o direito de licença de duas semanas (art. 395)²⁹.

A Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses constitucionais de proteção à criança e ao adolescente. Constituem crime, nos termos da referida lei, a exigência de qualquer procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização, ou promoção do controle de natalidade, com exceção de serviços de aconselhamento e planejamento familiar realizados por instituição submetida às normas do SUS. No art. 4º, prevê especial proteção contra o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes dessa lei.

A licença-paternidade, anteriormente prevista no art. 473, III, passou a ser de cinco dias, por força do art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Atualmente, além da luta pelos direitos já mencionados, os movimentos feministas pugnam pela adoção de medidas de "discriminação positiva", assim entendidas políticas que assegurem um tratamento especial às mulheres, a fim de propiciar a igualdade de fato. Tais medidas constituem medidas especiais e temporárias que, ao aliviar e remediar o padrão discriminatório sofrido pelas mulheres, objetivam acelerar o alcance da igualdade de fato. Importa observar que tais medidas constam da Convenção da ONU sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Como exemplo, merece destaque o art. 11, § 3º, da Lei n. 9.100/95, que determinou que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação a participar das eleições municipais de 1996 fossem preenchidas por candidaturas de mulheres, bem como o art. 7º, XX, da Constituição de 1998, que estabelece a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos. Tal atitude parte da constatação de que a igualdade de direito não garante a igualdade de fato, sendo necessárias medidas para romper a barreira do domínio masculino em alguns setores da sociedade, estimulando a participação feminina.

Ressalte-se, por fim, a importância que vem adquirindo, no campo das relações de trabalho, o problema do assédio sexual. A utilização de posição hierarquicamente superior como meio de abordagem com fins sexuais é prática bastante antiga e amplamente conhecida, sendo certo que encontra amparo na cultura discriminatória contra a mulher. Tendo em vista a base cultural em que se assenta tal tipo de desrespeito à liberdade individual, em especial da mulher, o combate ao assédio sexual no ambiente de trabalho tem sido bastante difícil, inclusive perante o Judiciário, sendo necessário um esforço contínuo dos diversos segmentos envolvidos na luta pelos direitos reprodutivos e pelos direitos da mulher, no sentido de prevenir e punir tal prática espúria.

A tipificação do assédio sexual como crime, com a introdução do art. 216-A no Código Penal, pela Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, vem em auxílio a tais esforços, cabendo a responsabilidade civil e trabalhista à empresa empregadora, na ocorrência do delito em suas dependências, por preposto seu, contra empregadas e empregados no estabelecimento.

4. Conclusões

A emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo, que tem sua consolidação nos recentes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, editados ao longo da década de 90.

Na ordem internacional são firmados os contornos conceituais dos direitos reprodutivos, cujo exercício está estreitamente vinculado à liberdade e desenvolvimento da personalidade. Os direitos reprodutivos fundamentam-se no reconhecimento do direito básico dos indivíduos de decidir livremente e de maneira informada sobre sua vida reprodutiva e exercer o controle voluntário e seguro de sua fecundidade. Os direitos reprodutivos incluem os direitos das mulheres e dos homens de assumir decisões no campo da reprodução, livres de discriminação, coerção e violência, assim como o direito de dispor dos níveis mais altos de saúde sexual e reprodutiva, tendo direito à autodeterminação no exercício da sexualidade. Todas as pessoas têm assim o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva³⁰.

Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica de direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares.

De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade — o que envolve o direito de decidir livre e responsavelmente acerca da reprodução, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos. Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e não violência.

Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Inclui-se ainda o direito ao acesso ao progresso científico e o direito de receber educação sexual. Portanto, aqui se requer a interferência do Estado, no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.

Vale dizer, a plena observância dos direitos reprodutivos impõe ao Estado um duplo papel. De um lado, demanda políticas públicas voltadas a assegurar a toda e qualquer pessoa um elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, o que implica garantir acesso a informações, meios, recursos, dentre outras medidas. Por outro lado, exige a omissão do Estado em área reservada à decisão livre e responsável dos indivíduos acerca de sua vida sexual e reprodutiva, de forma a vedar a interferência estatal, coerção, discriminação e violência em domínio da liberdade, autonomia e privacidade do indivíduo.

Estas estratégias parecem fundamentais para assegurar o pleno exercício dos direitos reprodutivos como efetivos direitos humanos, que, em sua complexidade, parafraseando Ronald Dworkin, invocam "assunto de vida e morte, de grande satisfação e profundo sofrimento, de

paixão e frios cálculos, de intimidade e políticas sociais”³¹.

Em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, ineditamente 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos. Em 1995, as Conferências Internacionais de Copenhague e Beijing reafirmaram essa concepção.

Faz-se, portanto, fundamental transpor para o plano jurídico brasileiro os avanços decorrentes das Conferências Mundiais das Nações Unidas, realizadas no Cairo em 1994 e em Copenhague e Beijing em 1995. Há que ressaltar que a proteção dos direitos reprodutivos é tema que ganha relevância internacional, na medida em que mais de 180 Estados, independentemente da diversidade de padrões culturais que apresentam, compartilham de um mesmo objetivo, lançando metas e programas comuns, no sentido de assegurar a efetividade dos direitos reprodutivos.

Na experiência normativa brasileira, constata-se que a Constituição Federal de 1988 está em absoluta consonância com os parâmetros internacionais firmados pelos Estados, nos recentes instrumentos internacionais já mencionados. Contudo, no âmbito da legislação ordinária, são necessárias transformações que permitam ajustar a ordem jurídica brasileira aos comandos internacionais, a fim de que preceitos conflitantes com tais comandos sejam eliminados e preceitos normativos sejam elaborados, conferindo eficácia à normatividade internacional.

Conclui-se, portanto, que no plano jurídico-normativo a plena efetividade dos direitos reprodutivos está condicionada ao integral cumprimento dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos subscritos pelo Brasil, bem como à implementação dos preceitos da Constituição Federal de 1988. Importa, assim, conferir prevalência aos parâmetros internacionais e constitucionais para a efetiva proteção dos direitos reprodutivos, enquanto direitos humanos nacional e internacionalmente assegurados.

Por fim, a efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a perspectiva dos direitos humanos, demanda uma ação político-jurídica emancipatória, criativa e transformadora que, enfrentando tabus, assegure aos indivíduos o exercício de sua sexualidade e de sua capacidade reprodutiva, com plena autonomia e dignidade³².

¹ Este capítulo é baseado na pesquisa Os direitos reprodutivos: conceito, legislação e jurisprudência, desenvolvida com o auxílio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), tendo por orientadora Flávia Piovesan e por orientando Wilson Ricardo Buquetti Pirotta, Juiz do Trabalho no TRT da Segunda Região.

² ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria — CFEMEA, 1994, p. 9. Há que se ressaltar que tais reivindicações centravam-se na luta pelo direito ao aborto. A respeito, acrescenta a mesma autora: “Por muito tempo, as questões referentes às mulheres foram postas como pontos separados de uma agenda que privilegiava a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção. A concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres” (op. cit., p. 9).

³ Idem, ibidem, p. 10.

⁴ PIROTTA, Katia Cibelle Machado. A mulher e a esterilização: do mito da emancipação ao desvelamento da subalternidade. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP, 1998 (Dissertação de mestrado).

⁵ É importante ressaltar que a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres teve como marco inicial a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, que foi fruto da 1ª Conferência Mundial da Mulher, realizada no México, em 1975. Em 1993, a 2ª Conferência sobre Direitos Humanos de Viena

endossou a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, estabelecendo que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A Conferência de Viena acrescentou que a violência contra a mulher constitui violação aos direitos humanos, afrontando a dignidade humana. Em dezembro de 1993, a ONU adotou a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que serviu como base à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada pela OEA, em 1994.

6 Note-se que o Plano de Ação do Cairo recomenda à comunidade internacional uma série de objetivos e metas, tais como: a) o crescimento econômico sustentado como marco do desenvolvimento sustentável; b) a educação, em particular das meninas; c) a igualdade entre os sexos; d) a redução da mortalidade neonatal, infantil e materna e e) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular de planificação familiar e de saúde sexual.

7 LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário. In: Seminário "Direitos Humanos: Rumo a uma Jurisprudência da Igualdade", Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998.

8 PEREA, Juan Guillermo Figueroa. Algunos problemas de investigación sobre derechos reproductivos. *Perinatologia*, v. 10, n. 2, p. 111-120, abr./jun. 1996.

9 Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2 (Fonte: Internet: <http://www.iisd.ca/linkages/Cairo/program/p07002.html>, p. 1, livre tradução do original inglês). O capítulo acerca dos direitos reprodutivos e da saúde reprodutiva do Plano de Ação de Cairo estabelece que, mediante o sistema de atenção primária à saúde, todos os países devem se esforçar para que a saúde reprodutiva esteja ao alcance de todas as pessoas, na idade apropriada, o mais rápido possível. Acrescenta que a atenção à saúde reprodutiva deve abarcar: o assessoramento, a informação, a educação, as comunicações e serviços em matéria de planificação de família; a educação e serviços de atenção pré-natal, partos sem riscos, atenção depois do parto, em particular para o aleitamento materno e atenção à saúde materno-infantil, prevenção e tratamento adequado da infertilidade; interrupção da gravidez (de acordo com o indicado no § 8.25 do Plano), medida de prevenção do aborto e o tratamento de suas conseqüências.

10 Idem, ibidem, item 7.3

11 Nesse sentido, destaque-se a definição apresentada pela Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos: "A Constituição Brasileira assegura que cada mulher e cada casal têm o direito de decidir qual o número de filhos que deseja vir a ter. Esta opção não pode ser determinada ou influenciada pelo Estado ou por políticas de controle populacional. A isso chamamos 'direitos reprodutivos'. Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos amplamente reconhecidos em documentos nacionais e internacionais: o direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem, livre e responsabilmente, sobre o número e o espaçamento dos filhos e disporem de informação, educação e meios necessários para manterem essa decisão. Incluem, ainda, os direitos sexuais, ou seja, viver com plenitude e saúde sua sexualidade" (Saúde materna: componente essencial dos direitos reprodutivos, p. 84).

12 The Fourth World Conference on Women. Beijing Declaration Platform for Action. parte C, itens 94, 95 e 97.

13 A respeito da matéria, dispõe o § 8. 25 do Plano de Ação do Cairo: "Em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar. Exorta-se todos os Governos e as organizações intergovernamentais e não governamentais a aumentar seu compromisso com a saúde da mulher; a ocupar-se dos efeitos sobre a saúde das mulheres dos abortos realizados em condições não adequadas (...) e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação familiar".

14 CHIAROTTI, Susana; MATUS, Veronica. Guia para capacitação: dos direitos humanos aos direitos das humanas. São Paulo: Instituto para Promoção da Equidade — IPÊ, 1997, p. 42-47.

15 Note-se que o inciso XLI do art. 5º prevê que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

16 Prevê o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: ... b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". O § 1º do mesmo preceito estabelece: "Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias".

17 Note-se que a taxa de mortalidade materna no Brasil é uma das mais altas do mundo. As principais causas de óbitos maternos são evitáveis, passíveis de tratamento na fase pré-natal e passíveis de prevenção, mediante a melhoria da atenção ao parto e ao período puerperal. Ana Cristina d'Andretta Tanaka discute a qualidade da assistência prestada à mulher durante o pré-natal, parto e puerpério, destacando o grave problema da falta de integração no processo de assistência à saúde nesses três períodos, o que põe em risco a vida da parturiente e de seu concepto (TANAKA, Ana Cristina d'Andretta. *Maternidade: dilema entre nascimento e morte*. São Paulo/Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1995). A taxa de mortalidade materna no Brasil é cerca de 110 mortes por 100.000, contra 3,6 no Canadá. Conforme conclusões da CPI da Mortalidade Materna, o Brasil apresenta um índice de mortalidade materna de cerca de 10 a 20 vezes da considerada aceitável. Observe-se que a distribuição do óbito materno não é homogênea no país, sendo mais alta na região Norte, e mais baixa na região Sudeste. O aborto é a terceira causa de óbito materno no País como um todo. Estudo realizado em 15 municípios do País apontam a eclâmpsia, as síndromes hemorrágicas e a cardiopatia como as principais causas de óbitos maternos nos municípios considerados. Soma-se a isso o problema da realização abusiva de cesáreas no Brasil, sendo que, em 1990, mais de 35% dos partos eram feitos por cesarianas, chegando a 70% em algumas regiões do País. Tais índices estão entre os mais altos do mundo e contribuem para o aumento do risco à saúde das mulheres e dos recém-nascidos, além de serem procedimentos, na maioria das vezes, desnecessários.

18 Essa lei é de fundamental importância para o campo dos direitos reprodutivos e sexuais, sendo seus vinte e cinco artigos diretamente afetos a tais direitos. Inicialmente, a lei supramencionada teve seus arts. 10, 11, 14, parágrafo único, e 15 vetados pelo Presidente da República. Em 1997, tais vetos foram afastados, retornando à lei os dispositivos referentes à

esterilização cirúrgica do homem e da mulher, que constituem sua maior inovação.

[19](#) PARREIRA, Jaira Grandisoli. Aspectos legais da esterilização voluntária do homem e da mulher. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1985, 90 p. (Dissertação de mestrado).

[20](#) Remoção do útero, em extensão variável.

[21](#) Extirpação de ovário, em extensão variável.

[22](#) VERUCCI, Florisa. Análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional diante do documento "Estratégias da Igualdade". s.l., s. d. (mimeo.).

[23](#) FERRARA, Maria Flávia de Siqueira. O aborto em caso de gravidez resultante de estupro. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1996 (Dissertação de mestrado).

[24](#) "No Brasil, não existe informação consolidada sobre cifras de aborto. De acordo com a Pesquisa Nacional sobre Saúde e Nutrição, em 1989, 15% das mulheres que tinham engravidado alguma vez nos cinco anos anteriores à pesquisa declaravam pelo menos um aborto. Isso significa mais de dois milhões de mulheres que declararam ter abortado durante esses cinco anos, que teriam realizado um total de três milhões de abortos no quinquênio. A essa cifra deveriam acrescentar-se os abortos de mulheres grávidas no período anterior a esses cinco anos, os daquelas que faleceram por esta causa e, sobretudo, levar em conta que a declaração de abortos ainda é difícil. De acordo com os registros oficiais, o peso do aborto como causa de mortalidade materna manteve-se praticamente constante durante os anos oitenta: em 1980 era de 13,5% dos decessos maternos, e em 1986 atingiu 13,3%" (VALDES, Teresa; GOMARIS, Enrique (Coords.). Mulheres latino-americanas em dados: Brasil. Trad. Florencia Galán. Madrid/ Santiago de Chile: Instituto de la Mujer/ FLACSO, 1993, p. 88).

[25](#) HOBBSAWM, Eric J. A era dos impérios: 1875-1914. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 278.

[26](#) Em conformidade com indicadores sociais brasileiros, as mulheres ganham em média 63% do valor dos salários dos homens. Acrescente-se que 58% das famílias que vivem com até meio salário mínimo são chefiadas por mulheres.

[27](#) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 361 e s.

[28](#) CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 249.

[29](#) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 365.

[30](#) A esse respeito, ver "Declaração dos Direitos Humanos desde uma Perspectiva de Gênero: Contribuições ao 50º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos", proposta pelo CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher).

[31](#) DWORKIN, Ronald. Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom. New York: Vintage books, 1994.

[32](#) PIMENTEL, Silvia. Direitos reprodutivos e ordenamento jurídico brasileiro: subsídios a uma ação político-jurídica transformadora, Cadernos CCR 2, Comissão de Cidadania e Reprodução, São Paulo, 1993 (mimeo.), p. 94.

CAPÍTULO 16

OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNO¹

Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 24-9-1990) introduzem, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento².

Este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial.

Objetiva este capítulo focar a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes nos planos internacional e interno, sob a perspectiva dos direitos humanos.

2. A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990³, destaca-se como o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações, contando em 2010 com 193 Estados-partes⁴.

Nos termos da Convenção, a criança é definida como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo” (artigo 1)⁵.

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade.

Os direitos previstos na Convenção incluem: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ter uma nacionalidade; a proteção ante a separação dos pais; o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país; o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar; a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior; a proteção de seus interesses no caso de adoção; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito ao acesso a serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; o direito a um nível adequado de vida e segurança social; o direito à educação, devendo os Estados oferecer educação primária compulsória e gratuita; a proteção contra a exploração econômica, com a fixação de idade mínima para admissão em emprego; a proteção contra o envolvimento na produção, tráfico e uso de drogas e substâncias psicotrópicas; a proteção contra a exploração e o abuso sexual. Como atentam Henry Steiner e Philip Alston: “a Convenção dos Direitos da Criança é extraordinariamente abrangente em escopo. Ela abarca todas as áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos — civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao fazê-lo, contudo, a Convenção evitou a distinção entre essas áreas e, contrariamente, assumiu a

tendência de enfatizar a indivisibilidade, a implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos”⁶.

Ao ratificarem a Convenção, os Estados-partes se comprometem a proteger a criança de todas as formas de discriminação e assegurar-lhe assistência apropriada.

Note-se que a Declaração de Viena, ao insistir no objetivo da “ratificação universal” — e sem reservas — dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas, urge a ratificação universal da Convenção sobre os Direitos da Criança e a sua efetiva implementação por todos os Estados-partes, mediante a adoção de todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza que se façam necessárias, bem como mediante a alocação do máximo possível de recursos disponíveis. Afirma ainda a Declaração de Viena: “A não discriminação e o interesse superior das crianças devem ser princípios fundamentais em todas as atividades dirigidas à infância, levando na devida consideração a opinião dos próprios interessados. Os mecanismos e programas nacionais e internacionais de defesa e proteção da infância devem ser fortalecidos, particularmente em prol de uma maior defesa e proteção das meninas, das crianças abandonadas, das crianças de rua, das crianças econômica e sexualmente exploradas, inclusive as que são vítimas da pornografia e prostituição infantis e da venda de órgãos, das crianças acometidas por doença, entre as quais a síndrome da imunodeficiência adquirida, das crianças refugiadas e deslocadas, das crianças detidas, das crianças em situação de conflito armado, bem como das crianças que são vítimas da fome, da seca e de outras emergências. Deve-se promover a cooperação e a solidariedade internacionais com vistas a apoiar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança e os direitos da criança devem ser prioritários em todas as atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos”.

Vale ressaltar que, no tocante à exploração econômica e sexual de crianças e no tocante à participação de crianças em conflitos armados, foram adotados, em 25 de maio de 2000, dois Protocolos Facultativos à Convenção dos Direitos da Criança, pela Resolução A/RES/54/263 da Assembleia Geral: o Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados. Esses Protocolos visam a fortalecer o rol de medidas protetivas no que tange às violações sobre as quais discorrem. O Protocolo sobre a Prostituição Infantil impõe aos Estados-partes a obrigação de proibirem a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil. Exige, ainda, em seu artigo 3º, que os Estados-partes promovam, como medida mínima, a criminalização dessas condutas. O Protocolo sobre Conflitos Armados estabelece, em seu artigo 1º, que os “Estados-partes devem tomar todas as medidas possíveis para assegurar que os membros de suas forças armadas, que não tenham atingido a idade de 18 anos, não participem diretamente em disputas”, estendendo essa proibição, em seu artigo 4º, à participação em qualquer grupo armado.

Quanto ao mecanismo de controle e fiscalização dos direitos enunciados na Convenção, foi instituído o Comitê sobre os Direitos da Criança, o qual cabe monitorar a implementação da Convenção, por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados-partes. A Convenção sobre os Direitos da Criança tão somente prevê a sistemática dos relatórios, mediante os quais devem os Estados-partes esclarecer as medidas adotadas em cumprimento à Convenção. Não inovam os Protocolos Facultativos à Convenção, na medida em que não introduzem a sistemática de petições ou de comunicações interestatais. O artigo 8º do Protocolo Facultativo sobre Conflitos Armados e o artigo 12 do Protocolo Facultativo sobre Prostituição Infantil apresentam praticamente a mesma redação, ao exigir que os Estados-partes dos Protocolos submetam relatórios ao Comitê sobre os Direitos da Criança, fornecendo informações sobre as medidas tomadas para a implementação desses Protocolos. Ainda nos moldes do artigo 44 da própria Convenção dos Direitos da Criança, o Comitê fica autorizado a requerer, também no

concernente à matéria dos Protocolos, mais informações sobre aquela implementação.

A Convenção sobre os Direitos da Criança contava, em 2010, com 193 Estados-partes. O Brasil a ratificou em 25 de setembro de 1990 e ratificou os Protocolos Facultativos em 27 de janeiro de 2004⁷.

Transita-se, neste momento, à análise da proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes no Direito brasileiro, com especial ênfase à Constituição de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes no Direito Brasileiro

O processo de democratização vivido pelo Brasil na década de 80 acenou à reinvenção da sociedade civil, mediante formas de mobilização, articulação e organização, bem como propiciou a adoção de um novo pacto político-jurídico-social. Nascia, assim, a Carta de 1988, considerado o texto constitucional da história brasileira que melhor incorporou as demandas e reivindicações da sociedade civil e da pluralidade de seus atores sociais.

No caso das crianças e dos adolescentes, houve uma profunda modificação de sua situação jurídica. A Constituição Federal de 1988 introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consonante com as diretrizes internacionais de direitos humanos e com os padrões democráticos de organização do Estado e da sociedade.

No âmbito internacional, como acima visto, as crianças e os adolescentes vêm sendo reconhecidos como sujeitos de direitos humanos próprios, condizentes com sua especial condição de seres humanos em desenvolvimento. Além disso, são também considerados sujeitos dos direitos humanos assegurados a todos os seres humanos.

Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o Estado e a sociedade devem assegurar, por meio de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e de dignidade.

Um dos resultados do advento da Constituição Federal de 1988 foi a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, revogando-se o antigo Código de Menores e adequando as normas infraconstitucionais à nova principiologia constitucional.

O ECA tem por escopo regular a situação jurídica dos indivíduos até a idade de 18 anos, definindo como criança o indivíduo até a idade de 12 anos e como adolescente o indivíduo com idade entre 12 e 18 anos.

Uma das principais inovações do ECA é aplicar-se a todos os indivíduos cuja idade seja inferior a 18 anos, ao contrário do antigo Código de Menores, que se aplicava somente aos menores em situação irregular, criando uma dicotomia jurídica entre crianças e adolescentes que se encontravam em situação regular junto de suas famílias e aqueles que se encontravam fora desses padrões considerados regulares pela legislação e pela interpretação jurisprudencial e doutrinária de tal legislação. O termo "menor" ficou de tal forma associado a essa situação de irregularidade que passou a ser considerado discriminatório, sendo banido da legislação atual.

No sistema jurídico brasileiro, as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais garantidos à pessoa humana, tanto aqueles reconhecidos pelo direito interno brasileiro quanto os previstos nos tratados internacionais de que o Brasil faz parte. Além disso, gozam da proteção integral de que trata o próprio ECA.

Seguindo a proposta do ECA, serão analisados os direitos fundamentais das crianças e adolescentes presentes na legislação brasileira, dividindo-os em: direito à vida e à saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Além do próprio Estatuto, serão verificados os dispositivos legais concernentes a cada item na Constituição Federal e, quando relevante, em outras normas infraconstitucionais.

3.1. Os principais direitos humanos garantidos às crianças e aos adolescentes pela legislação brasileira

A caracterização dos direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos realça a inalienabilidade desses direitos e compromete o Estado, tanto no âmbito interno quanto internacional, a respeitá-los, defendê-los e promovê-los.

Tendo em vista que os mais recentes instrumentos internacionais de direitos humanos frisam a indivisibilidade entre os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, ao considerarem-se os direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos, eles devem ser garantidos em seu conjunto, sob uma perspectiva integral. Isso implica que o desrespeito a qualquer direito faz com que todos os direitos humanos, de um modo ou de outro, sejam violados, já que estão interligados e a garantia de um direito pressupõe a garantia dos demais direitos humanos.

Em consonância com essa diretriz, o ECA trata, de forma interligada, dos direitos das crianças e dos adolescentes, remetendo-se a outros direitos, quando cuida da proteção de determinado direito, e vinculando em um mesmo título direitos individuais e sociais. A respeito, há que se realçar a absoluta harmonia de enfoque entre o ECA e a Convenção sobre os Direitos da Criança, que, de igual modo, endossa a indivisibilidade dos direitos humanos das crianças, sua implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos.

3.1.1. Dos Direitos à Vida e à Saúde

No rol dos direitos sociais previstos pelo art. 6º da Constituição Federal encontra-se o direito à saúde, desdobrado nos arts. 196 a 200, dos quais constam o reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado, o acesso universal e igualitário à saúde e a criação do sistema único de saúde, entre outros aspectos.

A Organização Mundial da Saúde define saúde como “o completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”⁸. Em tal conceituação, as relações entre saúde e cidadania ficam destacadas, estendendo-se o campo da saúde para outras esferas, além da exclusivamente biológica, e indicando um alargamento da noção do processo saúde-doença, levando em consideração os determinantes sociais do adoecimento⁹. O texto constitucional não traz a definição de saúde, mas sua análise sistemática revela a adequação da adoção da definição acima. Ademais, o Brasil é membro da Organização Mundial da Saúde, aderindo, pois, no âmbito internacional, à definição dada por essa instituição.

Ineditamente a Constituição inaugura, no título dedicado à ordem social, um capítulo específico endereçado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. O art. 227 é taxativo ao tornar um dever do Estado e da sociedade civil garantir a prioridade de atendimento às necessidades das crianças e dos adolescentes. Destacam-se de seu texto alguns pontos relevantes para a saúde: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: I — aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; (...) § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência¹⁰. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I — idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII¹¹; II — garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; (...) VII — programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (...)”.

O aludido dispositivo constitucional revela a decisão do legislador constituinte de inserir na agenda política nacional, como prioridade absoluta, o atendimento às necessidades básicas da criança e do adolescente, reconhecendo-lhes direitos especiais que devem ser levados em consideração quando da alocação das verbas orçamentárias, sob pena de incorrer-se em inconstitucionalidade, seja por ação, seja por omissão.

No plano infraconstitucional, o ECA dedica o Capítulo I do Título II ao direito à vida e à saúde. Comentando a opção do legislador pelo título do capítulo “Do Direito à Vida e à Saúde”, Lefèvre¹² observa que tal capítulo busca assegurar juridicamente tanto a sobrevivência de todos os indivíduos na fase da infância e da adolescência, ao tratar do direito à vida, quanto seu direito a uma vida digna, ao tratar do direito à saúde.

O art. 7º do ECA especifica que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, cabendo ao Estado a efetivação de políticas públicas voltadas para seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. O art. 11 assegura atendimento integral à saúde da criança e do adolescente por meio do SUS, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. O mesmo artigo, no § 2º, torna incumbência do Poder Público o fornecimento gratuito, àqueles que necessitarem, de medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Prevê, ainda, o Estatuto, em seu art. 12, que os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente. A medida tem dupla função: de um lado, permite o necessário apoio emocional para a recuperação da saúde da criança ou do adolescente; por outro, permite aos pais ou responsável o controle da qualidade do atendimento dado ao paciente.

De grande importância para a saúde da criança e do adolescente é a determinação do art. 13, no sentido de que os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade. A determinação vem reforçada pelo art. 245, que comina pena de multa de três a vinte salários de referência ao médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche que deixar de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente.

O Estatuto protege o direito da criança à vida e à saúde desde antes de seu nascimento, prevendo, em seu art. 8º, o atendimento pré e perinatal à gestante, por intermédio do Sistema

Único de Saúde e a preferência para que a parturiente seja atendida pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal. Determina, ainda, que é incumbência do Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem. O art. 9º prevê a criação pelo Poder Público e pelos empregadores de condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Observa-se que, embora a lei pretenda propiciar condições de saúde adequadas à criança, parte desses direitos tem a mãe como titular, tornando-os relevantes para as discussões acerca dos direitos da mulher e dos direitos reprodutivos, conforme mais amplamente exposto nos demais capítulos deste livro.

Ressalte-se, por fim, a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, na promoção e manutenção da saúde.

3.1.2. Dos Direitos à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

A Constituição Federal de 1988 erigiu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e como um de seus objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária. Em seu Título II, a Carta Constitucional consagra os direitos e garantias fundamentais, compreendendo direitos individuais, direitos sociais, nacionalidade, dentre outros. Tais previsões constitucionais aplicam-se às crianças e aos adolescentes, garantindo-lhes o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. No entanto, sua condição de seres humanos em desenvolvimento requer direitos especiais, que são previstos nos arts. 15 a 18 do ECA.

O art. 15 relembra que os indivíduos com menos de 18 anos são sujeitos de todos os direitos inerentes à pessoa humana e ainda merecem o respeito a seu processo de desenvolvimento.

O art. 16 garante o direito à liberdade de ir, vir e estar, de opinião e expressão, de crença e culto religioso, de brincar, divertir-se e praticar esportes, de participar da vida familiar e comunitária, sem sofrer discriminação, de participar da vida política, de buscar refúgio, auxílio e orientação, tendo como únicas restrições aquelas explicitamente previstas em lei.

O capítulo define direito ao respeito como inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, inclusive a preservação da identidade, imagem, autonomia, valores, ideias, crenças, espaços e objetos pessoais.

No art. 18, o Estatuto torna dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Verifica-se, nos dispositivos acima, a preocupação do legislador em prevenir os abusos cometidos contra crianças e adolescentes, tanto pelos próprios pais ou responsáveis, sob o pretexto de educá-los dentro de determinados padrões morais, quanto pelas autoridades policiais, sob o pretexto de manutenção da ordem pública.

Observa-se que os deveres previstos na lei são dirigidos a toda a sociedade, mas deve-se acrescentar que os membros e funcionários do Estado, nas esferas executiva, legislativa e judiciária, nos âmbitos federal, estadual e municipal, têm o dever de ofício de cumprir e fazer cumprir tais determinações.

3.1.3. Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária

A Constituição Federal, no art. 227, estabelece o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, sendo que o ECA, no Capítulo III do Título II, regula as relações da criança e do adolescente com sua família de origem ou com família substituta, prevendo as situações de guarda, tutela e adoção.

Em consonância com o previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, o Estatuto, em seu art. 20, estende a todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, vedando expressamente quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Note-se que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, estão revogadas as normas que instituíam distinções de direitos entre os filhos havidos do casamento e aqueles adotados ou havidos fora do casamento, com destaque para as normas dessa natureza contidas nos arts. 337 e seguintes do então Código Civil de 1916.

A lei prevê que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, cabendo à autoridade judiciária competente dirimir eventuais divergências entre eles. Destaca-se que, à luz da legislação atualmente em vigor, os limites do pátrio poder devem ser entendidos como balizados pelo direito da criança e do adolescente à liberdade, ao respeito e à dignidade, além de não tolerar a legislação qualquer castigo corporal ou moral, que cause danos físicos ou psicológicos ao indivíduo.

A perda ou a suspensão do pátrio poder podem ser decretadas judicialmente em caso de não cumprimento pelos pais dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, bem como de cumprir e fazer cumprir, no interesse desses filhos, as determinações judiciais. Cabe, ainda, a decretação da medida em caso de castigo, abandono ou prática pelos pais de atos contrários à moral e aos bons costumes, nos termos dos arts. 22 e 24 do ECA.

A legislação atualmente em vigor explicita que a falta ou a carência de recursos materiais por parte da família natural não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder, devendo a família, nesse caso, ser incluída obrigatoriamente em programas oficiais de auxílio.

No caso de necessidade ou contingência que determinem o afastamento da criança ou do adolescente da família natural, procede-se à colocação em família substituta, por meio dos institutos da guarda, da tutela ou da adoção, observado sempre o interesse prioritário da criança ou do adolescente e os devidos cuidados para que sua situação na nova família lhe seja adequada ao exercício dos direitos que lhes são reservados pela lei.

3.1.4. Dos Direitos à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

A Constituição Federal, em seus arts. 205 a 217, cuida da educação, da cultura e do desporto. No art. 205, dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo seus objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os princípios em que se deve basear o ensino estão alinhados no art. 206 da Constituição Federal e no art. 53 do ECA, ressaltando-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o acesso à escola pública e gratuita, a liberdade de pensamento e criação, o direito de organização e participação em entidades estudantis e o direito de contestar critérios avaliativos.

A preocupação do legislador com a garantia aos princípios democráticos nos estabelecimentos de ensino é patente. Visa a prevenir a ocorrência de abusos que podem ser cometidos nos e pelos estabelecimentos de ensino, observando-se que a concepção de hierarquia e de disciplina vigente nas escolas, muitas vezes, propicia a prática de abusos e o desrespeito à liberdade e à dignidade das crianças e dos adolescentes. Visa, ademais, a prevenir a ocorrência de perseguição aos integrantes de entidades estudantis e de patrulhamento ideológico.

Observa-se, na legislação acerca do direito à educação, a preocupação do legislador em

garantir o acesso universal à educação, entendida como o ensino regular fornecido pelos estabelecimentos escolares. Há que se discutir, no entanto, a possibilidade de outras formas de fomentar o acesso à educação, que não propriamente a ida à escola.

A implementação de programas sociais de incentivo à assiduidade escolar e prevenção da evasão é de extrema importância para que o direito à educação não seja apenas uma ficção jurídica ou seja usufruído apenas por uma parcela minoritária da população, mas se constitua efetivamente em direito garantido a todos. As dificuldades enfrentadas pelas famílias de baixa renda para manter os filhos na escola não devem tornar-se uma forma de discriminação quanto ao acesso e gozo do direito à educação.

O art. 208 da Constituição Federal estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, definindo o ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, o que dá ao indivíduo o poder de acionar diretamente o Estado, a fim de que lhe forneça gratuitamente o acesso ao ensino fundamental, não podendo o Estado recusar-se a tal prestação, independentemente da disponibilidade de recursos previstos em orçamento. O mesmo artigo, em seu § 2º, prevê que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Tal previsão é reforçada no ECA.

A Constituição Federal prevê que o Estado garantirá o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, não definindo, no entanto, o que entende por cultura. Da análise sistemática do texto constitucional, destaca-se que o termo cultura deve ser entendido em sentido amplo, não se restringindo apenas às produções e manifestações da cultura erudita.

Embora o ECA seja parcimonioso ao tratar do assunto, é relevante destacar a previsão de respeito aos valores culturais da criança e do adolescente no processo de ensino e a destinação de espaço e recursos para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

A participação na comunidade e o compartilhamento dos valores culturais próprios do grupo de origem do indivíduo são fundamentais para a formação da identidade e para a inclusão social das crianças e dos adolescentes, determinando valores e opções por toda a vida.

O esporte é uma atividade básica para o desenvolvimento físico e psicológico das crianças e dos adolescentes, sendo extremamente importante que o Estado, a sociedade e a família respeitem e incentivem a prática de esportes, colaborando, assim, para a higidez física e mental do indivíduo e seu desenvolvimento pleno e harmonioso.

O lazer tem sido reconhecido cada vez mais como um direito fundamental, sendo que sua importância cresce ao ser considerada a infância e a adolescência, fases em que as atividades lúdicas e de lazer devem ser especialmente respeitadas e incentivadas.

3.1.5. Dos Direitos à Profissionalização e à Proteção no Trabalho

O art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal cuida especificamente da proteção ao adolescente trabalhador, determinando a "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos". A redação atual deste artigo foi dada pela Emenda Constitucional n. 20/98. Pelo texto anterior, o limite mínimo de idade para contratação do adolescente como trabalhador era de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, não determinando a partir de que idade era admissível o trabalho na condição de aprendiz. Ficava a cargo da legislação ordinária determinar esse limite, que era fixado em 12 anos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 20/98 buscou contemplar as

recomendações internacionais a respeito do trabalho de crianças e adolescentes. Recebeu, porém, inúmeras críticas, visto que, na realidade brasileira, o adolescente ingressa precocemente no mercado de trabalho por imposição das necessidades materiais vivenciadas por ele e por sua família. Assim, a elevação da idade mínima de admissão ao mercado de trabalho poderia incrementar o já bastante acentuado problema do trabalho informal de adolescentes, sem o devido registro e demais garantias trabalhistas e previdenciárias.

A proibição ao trabalho noturno, perigoso ou insalubre se relaciona com a proteção da saúde do adolescente. Trata-se de garantir um especial cuidado quanto à exploração da mão de obra do adolescente, protegendo-o da exposição a condições de trabalho insalubres, perigosas ou penosas, que prejudiquem seu desenvolvimento e o acesso à educação e ao lazer. As dificuldades que o adolescente encontra para inserir-se no mercado profissional colocam-no em posição menos privilegiada para a negociação de melhores condições de trabalho, cabendo ao Estado zelar por tais condições. Há que se considerar, no entanto, que o desemprego faz com que essas garantias produzam o efeito perverso de diminuir a oferta de vagas para essa faixa etária, cabendo a implementação de políticas públicas que compensem tal desvantagem.

No ECA, o direito à proteção no trabalho vem tratado em conjunto com o direito à profissionalização. Sem dúvida alguma, o acesso à educação de boa qualidade, à informação e ao aprendizado profissionalizante é essencial para que o adolescente possa inserir-se em melhores condições no mercado de trabalho, zelando por sua dignidade no exercício da profissão e preparando-o para a vida adulta, dando-lhe melhores perspectivas profissionais.

O art. 68 do ECA define como trabalho educativo aquele em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevaleçam sobre o aspecto produtivo. Determina, ainda, tal artigo que o programa social que tenha por base o trabalho educativo deverá assegurar ao adolescente, que dele participe, condições de capacitação para o exercício da atividade regular remunerada.

Ressalte-se, por fim, que as entidades filantrópicas voltadas para o atendimento de crianças e adolescentes e que desenvolvam atividades na área de trabalho educativo devem buscar pautar suas ações pelos valores e princípios contidos na legislação vigente, que reflete as opções da sociedade, democraticamente explicitadas na condição de norma jurídica. É de especial relevância evitar a inserção dos adolescentes no mercado de trabalho de maneira informal, sem vínculo com programas de estágio ou aprendizado, ou sem vínculo empregatício, para os maiores de 16 anos¹³.

A integração dos adolescentes ao mercado de trabalho deve ser pautada pelos valores democráticos e pelo exercício da cidadania, propiciando a eles a oportunidade de respeitar e exigir que se lhe respeitem os direitos de cidadão, integrando-se à sociedade de forma equitativa, participativa e democrática.

4. Considerações Finais

Em absoluta consonância com os parâmetros protetivos internacionais, em particular com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Constituição brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente inauguram, na cultura jurídica brasileira, um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento.

Como aqui enfocado, este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de

direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial.

Sob a perspectiva dos direitos humanos, tanto a Convenção sobre os Direitos da Criança como a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente traduzem uma visão integral dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, contemplando a indivisibilidade destes direitos, sua implementação recíproca e a igual importância de todos os direitos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais.

No entanto, apesar da clareza dos comandos normativos nacionais e internacionais em atribuir direitos às crianças e aos adolescentes, a ainda recente luta pela democratização da sociedade brasileira, as acentuadas desigualdades sociais¹⁴ e o desafio de incorporação de novos paradigmas igualitários fazem com que persista um padrão de desrespeito aos mais elementares direitos humanos, de que são titulares as crianças e os adolescentes. Ainda remanesce no Brasil uma cultura adultocêntrica, que percebe o mundo e a vida a partir da lente dos adultos. Vislumbram-se, ademais, os resquícios autoritários da cultura da “menorização”, em que crianças e adolescentes são vistos como seres inferiores, menores, em direitos e dignidade. Atente-se que no País vigorava, até a última década, a doutrina do “menor em situação irregular” (inspiradora do Código de Menores), que traz a marca da herança cultural correicional.

Neste contexto, é essencial a apropriação de novos valores e a implementação dos parâmetros constitucionais e internacionais, que afirmam as crianças e adolescentes como verdadeiros e efetivos sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento, a merecer especial proteção. Há que se romper, em definitivo, com uma cultura e prática que inibem a construção emancipatória dos direitos humanos das crianças e adolescentes, violando, sobretudo, seu direito fundamental ao respeito e à dignidade.

¹ O presente capítulo é baseado na palestra Perspectivas dos direitos humanos das crianças e adolescentes no próximo milênio, proferida pelos autores, a convite do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, em São Paulo, em 15 de junho de 2001. Wilson Ricardo Buquetti Pirotta é Juiz do Trabalho no TRT da 2ª Região.

² A respeito, a Constituição brasileira de 1988, em seu art. 227, estabelece que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³ Segundo Steiner e Alston, “a primeira menção a ‘direitos da criança’ como tais em um texto reconhecido internacionalmente data de 1924, quando a Assembleia da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da organização não governamental ‘Save the Children International Union’. Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgava a Declaração dos Direitos da Criança, cujo texto iria impulsionar a elaboração da Convenção” (Steiner, Henry J.; Alston, Philip. *International human rights in context*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 512).

⁴ Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>>

⁵ Em decorrência de disputas tangentes ao momento de início da infância — se na concepção ou no nascimento, entendeu-se mais apropriado não mencionar esse marco inicial no artigo 1º da Convenção. (Ver Steiner, Henry J.; Alston, Philip. *International human rights in context*, cit., p. 515.)

⁶ Steiner, Henry J.; Alston, Philip, *International human rights in context*, cit., p. 516.

[7](#) Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>>.

[8](#) WHO. Constitution of the World Health Organization. New York: United Nations, 1946.

[9](#) PIROTTA, Wilson R. B.; PIROTTA, Katia C. M. O adolescente e o direito à saúde após a Constituição de 1988. In: SCHOR, N.; MOTA, M. S. F. T.; BRANCO, V. C. Cadernos juventude, saúde e desenvolvimento. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, v. 1, p. 30-40, 1999.

[10](#) Ver Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre apoio às pessoas portadoras de deficiência.

[11](#) Com a atual redação do art. 7º, XXXIII, a idade mínima passou a ser de 16 anos, conforme mencionado mais abaixo.

[12](#) LEFÈVRE, Fernando. Direito à educação e direito à saúde no Estatuto da Criança e do Adolescente: da letra morta à letra viva. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, ano II, n. 1, jan./jun. 1992, p. 47-57.

[13](#) PIROTTA, Wilson R. B. Ementa 63. Relação de emprego. Menor. Menor patrulheiro. Revista Trimestral de Jurisprudência do TRT de São Paulo, São Paulo: LTr, n. 23, p. 258-261, dez. 2000.

[14](#) No Brasil, crianças e adolescentes representam 61 milhões, o que corresponde a 35,9% da população nacional. Do universo de crianças e adolescentes 45% são pobres, sendo que 71% das crianças indígenas o são e 58% das crianças afrodescendentes também.