



UNIVERSIDADE TIRADENTES — UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO — ARTIGO CIENTÍFICO

DIREITO E SEXUALIDADE: NORMATIZAR OU NÃO?

Emerson Almeida Guedes
Prof.^a Dra. Gabriela Maia Rebouças

Aracaju
2018

EMERSON ALMEIDA GUEDES

DIREITO E SEXUALIDADE: NORMATIZAR OU NÃO?

Trabalho de Conclusão do Curso — Artigo — apresentado ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes — UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Gabriela Maia Rebouças
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

DIREITO E SEXUALIDADE: NORMATIZAR OU NÃO?

RIGHT AND SEXUALITY: NORMATIZE OR NOT?

Emerson Almeida Guedes¹

Prof.^a Dra. Gabriela Maia Rebouças²

RESUMO

Expõe-se, por meio de uma abordagem revisional da bibliografia relacionada ao objeto de estudo aqui perseguido, as elocubrações em torno da problematização da vindicação pela normatização da sexualidade, considerando o aspecto histórico-cultural e confrontando o argumento da necessidade de normatização com a constante evolução social. Ato contínuo, destaca-se que a lei por si só não é mais capaz de atender às novas demandas, e o Direito, por ser uma ciência social, está sujeito às transformações, que promovem lacunas no ordenamento jurídico e reclamam a adoção de mecanismos de colmatação por parte do Poder Judiciário. Outrossim, com base no processo evolutivo da sociedade humana — método histórico-dialético — a presente investigação discute a legitimidade do Estado na interferência da sexualidade, impossibilitando o exercício de direitos fundamentais que não contundam os direitos da coletividade, destacando, através da técnica dedutiva, a proibição do abortamento e enaltecendo, no que tange aos direitos sexuais, uma atuação estatal minimalista, que limite tão somente os pontos que possam interferir nos interesses difusos e supra-individuais.

Palavras-chave: Normatização. Sexualidade. Transformações sociais. Eficácia jurídica.

ABSTRACT:

Through a review approach of the bibliography related to the object of study pursued here, this article espouses the reflections about the problematization of vindication for the normatization of sexuality, considering the historical-cultural aspect and confronting the argument of necessity of normatization with the constant social evolution. Immediately thereafter, it should be noted the law by itself is no longer capable to meet the new demands, and the Right, as a social science, is subject to transformations, which promote lacunas in the legal system and require the application of overcoming mechanisms by the Judiciary. Likewise, based on the evolutionary process of human society — historical-dialectical method — the present

¹ Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes — UNIT/SE. E-mail: emersonalmguedes@gmail.com

² Doutora em Direito pela UFPE; Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFCE; Coordenadora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT/SE. E-mail: gabriela_maia@unit.br.

study discusses the legitimacy of the State in the interference of sexuality, making it impossible to exercise fundamental rights that do not violate the rights of the community, contrasting, through the inductive method, the prohibition of abortion and recommending, with regard to sexual rights, a minimal state actuation, that limits only the issues that may interfere in diffuse and supra-individual interests.

Keywords: Normatization. Sexuality. Social transformations. Legal effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O presente *paper* tem por objetivo o estudo da relação existente entre o Direito e a sexualidade, buscando, por meio de uma orientação metodológica preponderantemente dedutiva e histórico-dialética, por orientar a uma compreensão lógica acerca dos direitos sexuais, em que uma temática particular é conhecida por inclusão numa teoria geral, e reclamar uma interpretação dinâmica pensada dentro do contexto social, político e econômico, a demonstração do desígnio principal deste trabalho: a necessidade ou não de uma atuação legislativa acentuada no tratamento da sexualidade.

Para tanto, propedeuticamente, buscou-se apontar breves conceitos de sexualidade à uma profícua análise histórico-cronológica da relação que há entre o Direito e a sexualidade em quatro períodos históricos: antiguidade, idade média, idade moderna e idade contemporânea, crucial à compreensão da função que o progresso socioeconômico exerceu e exerce na regulação da sexualidade.

A temática da sexualidade, por abranger pontos controversos como liberdade, autonomia, reprodução, práticas sexuais, identidades, sentimentos etc, revelando aquilo que o indivíduo sente, pensa, age e é, chama a atenção em razão da interação de toda uma carga moral e histórica de pudor exacerbado e repressão instituídos por ideologias de uma minoria que detinha o controle do poder e conforme os objetivos perseguidos em cada período histórico.

O desejo pela autonomia sexual, com uma interferência mínima do Estado, agindo apenas naquilo que contunda o direito da coletividade, decorre de uma necessidade de que direitos fundamentais sejam colocados em prática, o que pode ser desempenhado mediante uma atuação jurisdicional efetiva e justa. Contudo, o Direito, que deve estar em consonância com os avanços e demandas sociais, por ser uma ordem aberta e o legislador não poder prever o futuro, demanda à

efetividade a aplicação de institutos de integração do direito para a colmatação de lacunas, adequando a norma aos valores da comunidade.

Feitas essas considerações iniciais, é substancial dispor que um sistema jurídico repleto de normas de nada adianta se as mesmas não são providas de valores e fins justificadores de sua razão de existir. A norma deve ser congênere à realidade social. Outrossim, a busca social por uma atuação estatal legislativa “inchada” pode ser muito perigosa, tornando o Direito ainda mais frágil e suscetível às vontades dos que estão no poder, o que coloca em risco a existência de um Estado Democrático de Direito. Assim, chega-se à análise crítica perseguida neste estudo: a positivação de uma norma é o alvitre à solução das demandas sociais (e, destaque-se aqui, as questões que envolvem a temática da sexualidade)?

E é por meio da observação de uma temática específica da realidade concreta — a prática de abortamento — que objetiva-se ilustrar a temática central deste artigo de maneira mais contundente, na tentativa de remeter a uma atuação minimalista do Estado em temas moralmente divididos e que não lesam o direito da coletividade.

O trabalho é encerrado com as necessárias considerações finais, onde se explanará sumariamente as inquirições deste estudo, com a devida observação a respeito da ineficácia da norma que não interpreta os valores e avanços sociais desvinculados de padrões relegados e que, quando diante dessas lacunas, é preciso a implementação de mecanismos integradores como forma reparatória.

2 O CONCEITO DE SEXUALIDADE

Para adentrar nos objetivos de análise aqui perseguidos, é crucial que sejam traçados, preliminarmente, alguns pontos acerca da conceituação de sexualidade, a fim de possibilitar uma discussão mais precisa.

Conceituar a sexualidade não é das tarefas mais fáceis. O termo surgiu no início do século XIX, representando além de um remanejamento de vocabulário, porque estabelecido em associação a campos diversos do conhecimento. (FOUCAULT, 1998, p. 9). O conceito é amplo, além de reprodução; abrange sentimentos, práticas sexuais, identidades etc., e sofre uma interferência cultural e histórica. Compreendida como o elemento constitutivo da pessoa e a forma pela qual ela expressa sua personalidade, é o elemento formalizador do processo de

inter-relação do indivíduo consigo mesmo e com o outro. Nessa lógica, pertinente é o estudo do conceito psicanalítico freudiano, de Paulo Bearzoti (1993), que faz a seguinte análise:

sexualidade é energia vital instintiva direcionada para o prazer, passível de variações quantitativas e qualitativas, vinculada à homeostase, à afetividade, às relações sociais, às fases do desenvolvimento da libido infantil, ao erotismo, à genitalidade, à relação sexual, à procriação e à sublimação. (grifos no original)

Para Freud (2006, p. 309), não é fácil delimitar a compreensão do conceito de “sexual”, e defende que se a sexualidade tiver como núcleo a função reprodutiva, estar-se-ia a excluir um conjunto de coisas que não visam à reprodução, mas são sexuais. Por outro lado, se busca-se a conceituação da sexualidade através do ato sexual, tudo aquilo com vistas à obtenção de prazer e que diz respeito ao corpo e, sobretudo, aos órgãos sexuais de uma pessoa, melhor definiriam.

A sexualidade, em harmonia com o psiquismo, compreende muito além da função reprodutiva e genital, apresenta reflexos da intimidade, emoções e sentimentos, albergando uma busca pela satisfação plena, que ignora o desejo e suas leis. (BIRMAN, 1988, p. 98)

“Expressada em tudo que somos, sentimos, pensamos e agimos”, é produto da interação de fatores biológicos, sociais, econômicos, culturais, religiosos, psicológicos, etc. (FAGUNDES, 2005, p. 18) Em contrapartida, na obra de Catharine MacKinnon (1983), com abordagem e postulação próprias, na busca de uma compreensão do conceito do ponto de vista social, a sexualidade é definida como sendo uma forma de poder que legitima a dominação masculina.

3 UMA BREVE NARRATIVA HISTÓRICO-CRONOLÓGICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E SEXUALIDADE

Implantados breves conceitos de sexualidade, perquire-se assentar, sucintamente, alguns pontos históricos da relação entre Direito e sexualidade, como subsídio à compreensão da realidade atual.

Diante da limitação oportunizada pelos objetivos específicos do presente trabalho, o presente tema comportará um breve estudo histórico dos seguintes períodos: idade antiga (4.000 a.C. a 476 d.C.); idade média (476 d.C. a 1453 d.C.); Idade moderna (1476 d.C a 1789 d.C.); e idade contemporânea (iniciada em 1789 d.C.).

Na idade antiga, a estruturação familiar ocorria conforme as condições da vida agrária (DIAS, 2015, p. 106), sendo o casamento uma forma de controle da competição entre os homens pelas mulheres, com a busca pela garantia da paternidade e criação dos filhos legítimos. Além disso, embora inexistisse uma cultura de total liberdade sexual, com a obrigação do sexo procriativo, em caso de estupro, a mulher casada deveria, diante da impossibilidade de o marido garantir a linhagem dos filhos, interromper a gestação. (DIAS, 2015, p. 108-109)

Sob a mesma ótica, durante a antiguidade clássica, o casamento e o sexo eram tidos como obrigações para com a sociedade; e o órgão sexual masculino era considerado uma “ferramenta do Estado”, pois, diante da baixa expectativa de vida, em que apenas quatro em cada cem homens chegava aos cinquenta anos, os cidadãos eram obrigados a reproduzirem filhos legítimos. (DIAS, 2015, p. 120)

O período da idade média foi marcado radicalmente pelo cristianismo, que, restritiva e repressivamente, alterou os paradigmas existentes, em conformidade com a moralidade dos testamentos bíblicos e de pensadores cristãos (TANNAHILL, 1995, p. 47). O sexo foi colocado no centro da moralidade cristã, e com a centralização do poder à Igreja, esta, ciente de que o sexo não poderia ser dissipado, buscou medidas à compatibilização entre a procriação da espécie humana e as proibições sexuais, adaptando o casamento à ideia de necessidade de companheirismo, sexo e filhos. (MOTTIER, 2008, p. 20-25) Então o sexo passou a ser aceito se com o propósito da procriação e por pessoas casadas sob a chancela do igreja. (CARMO, 2011, p. 07)

No decorrer do período da idade moderna não houve alteração nos paradigmas da moralidade sexual impostos pelo cristianismo, e os Estados ainda mantinham uma religião oficial. Todavia, as estruturas social e econômica passam por uma série de alterações fundamentais, e a partir de 1450, com a intensificação do comércio global, diferentes povos passam a ter contato com costumes diferentes, o que, em virtude da conseqüente mutação cultural, desperta uma nova

compreensão do sexo coerente com a visão europeia. Assim, diante da expansão do contato entre diferentes sociedades, surgem algumas tensões acarretadas pela colisão de diferentes paradigmas de moralidade sexual. (DIAS, 2015, p. 139-141) Com a revolução Francesa, em 1789, surge uma nova era para a humanidade, com inevitáveis mudanças para o Direito e também para o sexo.

A idade contemporânea, marcada por sucessivas revoluções e pelos progressos sociais, econômicos, políticos e científicos, rompe com o paradigma da moralidade sexual imposto pelo cristianismo.

No final do século XVIII, com a transformação do sistema capitalista mercantil, surge a Revolução Industrial. O processo de industrialização causa profunda alteração dos meios de produção, que eram artesanais e passam a ser mecânicos, em busca de uma produção em escala industrial, dando origem ao fenômeno da urbanização e do consumo em massa. (DIAS, 2015, p. 24-25)

A Revolução Industrial foi responsável pela implementação de grandes transformações na moralidade sexual, rompendo com os paradigmas estabelecidos pela igreja. Assim, com a ascensão capitalista e baseado em um período de pudor e repressão no qual o sexo era colocado como pecaminoso e proibido, desperta o movimento da moral vitoriana com o objetivo de frear as mudanças sociais e reintroduzir o modelo de moralidade sexual imposto pela igreja.

Nesse sentido, Gabriela Rebouças (2012, p. 52-53) ao fazer uma análise da “Vontade de saber”, de Michael Foucault, apresenta a desconstrução que o autor faz da seguinte tese em relação à sociedade burguesa: “...com a ascensão do capitalismo, [a burguesia] teria inaugurado o período vitoriano da sexualidade, um período repressivo e pudico, condenando-nos a um modelo de renúncia cristã ao tempo em que foca a força do sujeito no trabalho e no capital”. Foucault chamaria a atenção, segundo a autora, para o fato de que, de um lado, o modelo cristão da renúncia é muito anterior à era vitoriana (sec.XVII a Sec XX) e por outro, que no lugar de uma renúncia ao sexo, estávamos sendo estimulados, como sujeitos, a nos submeter a um regime de verdade sobre o sexo, a proliferar discursos e confissões sobre ele, mais do que uma renúncia efetiva.

No século XIX ocorre o aumento da utilização de métodos contraceptivos, que ficam mais acessíveis, fazendo com que a taxa de natalidade caísse drasticamente

nos países europeus e nos Estados Unidos (DIAS, 2015, p. 166-167). Com isso, os processos de luta por emancipação das mulheres vão se acentuando.

Dessarte, pertinente é a consideração de Smith-Rosemberg (1985 apud DIAS, 2015, p. 172-174):

A segunda metade do século XIX marcou o início da independência econômica e social das mulheres. [...] que, se beneficiando de sua situação afluyente, começaram a freqüentar universidades e receber educação profissionalizante, **iniciando um processo de emancipação que gerou reação imediata dos homens, que tentaram reassumir o controle [...] por meio de uma politização do corpo feminino, normatizando questões como aborto e contracepção**, tentando impor às mulheres seus papéis tradicionais de mãe e esposa. (grifo nosso)

Em continuidade, as guerras ocorridas no século XX rompem com a ordem social e política; e com o fim da Segunda Guerra Mundial, surge um novo mundo e com ele novas posturas econômicas e culturais, em que a informação e o conhecimento são os protagonistas. (DIAS, 2015, p.172-174)

Isso posto, é axiomático que a sexualidade embora sofra influência dos costumes sociais, é convencionalizada e normatizada em consonância com determinados objetivos e interesses políticos, refletindo a ideologia dos que estão no poder. (KUEFLER, 2007 apud DIAS, 2015, p. 79)

4 A NORMATIZAÇÃO E OS INSTRUMENTOS DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO

4. 1 As normas e a evolução da sociedade

Cada sociedade possui os próprios padrões organizacionais, que são reflexos das necessidades da comunidade associadas ao processo evolutivo histórico-cultural; e o Direito, como uma ciência regulamentadora desses padrões sociais, não é estático, reivindicando o emprego de “Fontes” — formas de construção e manifestação das normas jurídicas.

Reale (2001, p. 172, 174, 176), ao fazer uma análise das fontes do Direito, estabelece que elas são compreendidas em normas e “situações normadas”, ou

melhor, estruturas disciplinadoras de comportamentos possíveis, determinando ou possibilitando a existência de situações subjetivas que são tuteladas pelas normas, e propõe a existência de um sistema de “modelagem jurídica” da realidade social diante da constante renovação das “qualificações valorativas” dos fatos, no qual as estruturas da norma são reflexos da experiência, de forma a atuar como um essência valorativa dos fins e valores perseguidos.

Uma norma jurídica genérica não está subordinada a uma norma fundamental. Esta é pensada para conferir validade lógica ao sistema, que, por sua vez, é, gradativamente, concebido para ter a norma fundamental como sua justificação. As normas devem carregar os valores ou fins que constituem a sua razão de ser, e os motivos à atualização dos mesmos valores e fins. Portanto, é patente que a vigência e a eficácia do ordenamento jurídico não decorrem de uma norma fundamental, são qualidades inerentes ao processo de adaptação cultural. Nessa vertente dialética, Miguel Reale (2001, p. 97) reivindica que a validade de uma norma deve ser compreendida através de três aspectos: formal, social e ética.

Enquanto as regras contidas nos Códigos correspondeu às necessidades sociais, o problema da vigência das normas foi satisfeito. No entanto, em virtude do crescimento populacional e dos consequentes avanços sociais, novas exigências surgiram, entabulando-se a ruptura entre a lei e o fato social, que impôs a necessidade de outras soluções interpretativas.

Deste modo, é forçoso reconhecer que a validade e a eficácia de um determinado ordenamento jurídico não será atribuída pela concepção de novas normas e sim através da adequação aos valores da comunidade, com a assistência de mecanismos integradores que possam, mediante a análise da completude do sistema jurídico, colmatar as lacunas existentes.

No ordenamento jurídico pátrio o próprio legislador reconhece a inaptidão do sistema em abarcar todas as experiências humanas e as constantes transformações pelas quais a sociedade passa. A Lei de Introdução ao Código Civil, nos arts. 4º e 5º, preceitua que “Art. 4º — Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º — na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O sistema jurídico deve ser concebido como uma 'ordem aberta', pois o legislador não possui o condão de prever todas as dinâmicas das relações sociais. E o Direito, como um fenômeno histórico-cultural, está rendido às transformações fático-valorativas da sociedade, revelando lacunas no ordenamento jurídico. (SOARES, 2013, p. 52) Lacunas estas que não ocorrem somente quando inexisterem normas regulamentando determinado fato, operando-se também diante da não compreensão, pela maioria dos integrantes de uma sociedade, que as normas são justas, e quando as normas deixam de ser cumpridas pela sociedade.

Apresentadas como falhas que afetam o sistema lógico-formal da plenitude do sistema jurídico-normativo, as lacunas reclamam o uso de instrumentos de integração do direito: analogia, costumes, princípios jurídicos e equidade, de forma a subjugar o conflito existente entre a interpretação literal da lei e a necessidade de projeção em conformidade com os valores civilizatórios.

4.2 A importância dos Instrumentos de Integração do Direito à Efetividade do Sistema

Conquanto não objective-se aqui o aprofundamento no tema de instrumentos de integração, inclusive por não ser este o objetivo geral da pesquisa, faz-se imperiosa uma elementar exposição acerca dos instrumentos integrativos do direito.

Os instrumentos de integração tem como escopo a adoção de procedimentos concretos na interpretação do ordenamento jurídico, de modo que, harmonicamente, imperem o equilíbrio e a realidade, e consoante explanado acima, são quatro os instrumentos de integração do direito: analogia, costumes, princípios jurídicos e equidade.

Através da analogia, o julgador estende a um caso para o qual não havia expressa previsão normativa a norma prevista para outro semelhante, desde que haja identidade de razão jurídica. A aplicação da analogia requer a compreensão por meio do processo axiológico da norma, não sendo um simples procedimento lógico-formal, e a investigação científica dos fatos sociais, para se chegar à norma jurídica mais apropriada ao caso em concreto, o que legitima o Direito como um sistema de fins. (REALE, 2001, p. 278-279)

Os costumes são regras sociais resultantes de práticas reiteradas que resultam em uma convicção de obrigatoriedade à sociedade. RÁO (1999, p. 257) conceitua os costumes jurídicos como regra “de conduta criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que a observa por modo constante e uniforme, e sob a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica”.

Desenvolvidos no plano do Direito Positivo, projetado à vista da experiência jurídica, os princípios, fundados em premissas éticas ou de Direito Natural são, na lição de Miguel Reale (2001, p. 286-288), acima de tudo, “verdades fundantes” de um sistema, que conduzem e condicionam a compreensão de todo ordenamento jurídico, com uma função além de preencher lacunas legislativas. Alguns, diante da tamanha importância que exercem aos modelos jurídicos, são dotados de força de lei, como ocorre com os princípios constitucionais, que orientam não só a interpretação das leis vigentes, mas também a elaboração de novas leis.

A equidade, por seu turno, segundo ideais aristotélicos, é relacionada ao senso de justiça. As noções do justo e do injusto são extraídas da “observação do homem em sua natural instância de convívio”. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 143) Deste modo, pode-se inferir que a aplicação da equidade busca atender aos fins e ao bem comum da sociedade.

À face do exposto, as lacunas jurídicas não ocorrem somente diante da ausência de normas regulamentadoras, o que demonstra a relevância da contribuição dos instrumentos integradores do direito para o acolmatamento de lacunas jurídicas e o consequente desenvolvimento do ordenamento jurídico como um todo, em consonância com a progressão dos valores que a sociedade carrega em seu seio.

5 DIREITOS SEXUAIS: A POSITIVAÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE?

Phillipe Guez (2015, p. 1-7) defende que o Estado tem interesse e legitimidade em interferir na vida sexual da sociedade, porquanto a ausência de controle resultaria em caos, impedindo uma convivência civilizatória harmônica, e colocaria em risco a própria existência da sociedade. Nesse interim, Rodrigo Bernardes Dias (2015, p. 206) argumenta que a regulamentação do comportamento

sexual resulta da necessidade de contenção dos nossos instintos, em especial os que geram consequências na nossa interação com outros.

Não é de todo unívoco o que preconizam os autores Phillippe Guez e Rodrigo Dias, pois o Estado de fato tem que interferir na sexualidade no que tange, por exemplo, à implementação de políticas educativas, fornecimento de mecanismos ao controle de natalidade e políticas combativas às doenças sexualmente transmissíveis, contudo, quando defende-se que o Estado deve interferir massivamente nos sexualidade, esquece-se que aí pode estar havendo um grande conflito com o direitos essenciais como à liberdade, à igualdade, à vida e à dignidade humana, especialmente quando adotadas políticas repressivas. A interferência estatal deve ser mínima, para assegurar direitos fundamentais, e não para suprimi-los.

A sexualidade não é o elemento mais rígido nas relações de poder, mas é um dos que sofrem maior interferência normativa, empregada na articulação das mais variadas estratégias de ação política. (FOUCAULT, 2001, p. 98) E, nesse prisma, Gabriela Rebouças (2012, p. 51), ao discorrer a respeito de uma “sociedade de controle sobre os indivíduos”, destaca que a sexualidade é, provavelmente, um dos campos que sofrem maior intromissão dos dispositivos de normalização do indivíduo.

Para Foucault (2001, p. 27-28), o sexo não deve ser tratado em função da disposição do que é lícito e ilícito, como uma coisa a ser tolerada ou condenada, mas, “por meio de discursos úteis e públicos e não pelo rigor de uma proibição”, deve ser gerido e inserido em “sistemas de utilidade”.

Em um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (2016), revelou-se que o Brasil, de 05 de outubro de 1988 até 30 de setembro de 2016, já editou mais de 5,4 milhões de normas, o que representa, em média, 535 normas editadas todos os dias. Assim, em face do exposto, com o intuito de provocar reflexão, questiona-se: a efetividade de um ordenamento jurídico e a solução aos problemas sociais está em instituir normas? Corroborando com essa lógica do problema da ineficácia das normas, principalmente as proibitivas do exercício de direitos sexuais — sustentando uma intervenção mínima do Estado nessa matéria — a Pesquisa Nacional de Aborto - PNA 2016 (2016) estima que até

o ano de 2016, cerca de 4,7 milhões de mulheres de 18 a 39 anos já realizaram o abortamento ao menos uma vez.

Perelman (1970 apud BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 514-515), que combate o positivismo jurídico pelo seu excesso de formalidades, salienta que o direito não se resume à lei e defende uma atuação jurisdicional mais efetiva com o objetivo de se alcançar um fim “socialmente institucionalizado”, mas, para isso, não propõe que a justiça seja feita pelo juiz e sim que ele seja o caminho da razão.

Evidenciando que a sociedade ainda considera que a lei é a única fonte do direito e, para isso, exemplifica a edição de uma “lei regulamentadora” para o mandado de injunção, prática que relegou que a própria Constituição Federal é uma nova fonte, Streck (2006) aponta a necessidade de um novo modo de se compreender o Direito.

Quando parte-se da premissa que o Estado deve normatizar todos os fenômenos sociais para que eles sejam dotados de validade, pode ser muito perigoso à existência de um Estado Democrático de Direito. A prática do Estado de “decidir pelos outros o que eles devem ou não fazer está deveras mais perto do facismo e de ditaduras extremamente autoritárias do que de governos democráticos e populares” (OLIVEIRA, 1996, p. 81). Sob outra perspectiva, direitos podem ser suprimidos na mesma velocidade em que foram assegurados, de acordo com as ideologias político-econômicas vigentes. Nessa sequência, BITTAR e ALMEIDA (2015, p. 617) sustentam que “a própria história da humanidade, de suas ideologias, bem como de suas tendências político-econômicas tornou o Direito frágil, suscetível e vassalo aos desmandos do poder político e econômico.”

Roger Raupp Rios (2007, p. 21) propõe que, para a defesa de direitos fundamentais que encontram obstáculos, é inevitável que sejam adotadas medidas para “alargar a compreensão sobre o tema por meio do aperfeiçoamento dos referenciais principiológicos que devem ser cada vez mais coerentes e sistematizados”. Já o Ministro Luis Roberto Barroso (2016), em seu voto em sede do HC 124.306, defende uma atuação minimalista do Estado em temas moralmente divisivos, pois o Estado não pode escolher um lado e impor uma visão, por ter o dever de estar dos dois lados.

Não faz sentido defender a existência de um padrão de moralidade sexual fixo, estabelecido com a positivação. Os direitos sexuais, já consolidados em

princípios fundamentais, torna a positivação altamente desnecessária e não recomendável. É cediço que a sociedade está em constante evolução, com a conseqüente aquilatação dos seus valores, trazendo novas concepções acerca da moralidade sexual, e uma norma que não acompanha as mudanças sociais é desprovida de eficácia.

ABORTAMENTO: UM DIREITO SEXUAL?

O abortamento³, que pode ser espontâneo, acidental ou provocado, consiste no ato de interrupção da gestação; e à inferência se o abortamento pode ser compreendido como um direito sexual ou não, é fundamental que se analise o processo histórico.

O progresso socioeconômico ensejou importantes alterações nas condições de vida de grande parte da humanidade. Após a Revolução Industrial, ampliou-se o desmembramento da relação público-privado, com a reestruturação da vida social, o que culminou em maior autonomia aos indivíduos. (DIAS, 2015, p. 174)

O avanço científico levou à ruptura de antigos paradigmas, oportunando uma nova compreensão da sexualidade, o que, conseqüentemente, fez com que a parcela conservadora da sociedade, discordante das transformações da moralidade sexual, buscasse meios de refrear o processo emancipatório, que desvelava as liberdades individuais.

Com o surgimento de sociedades mais progressistas e complexas floresce a primazia da autonomia e do indivíduo em detrimento da essencialidade de subordinação da sexualidade aos interesses coletivos, em razão de que os elementos da sexualidade deixaram de ser medulares à existência da espécie humana. Todavia, as mulheres, diante de toda carga histórica, continuam a ser uma das minorais mais prejudicadas pela moralidade sexual conservadora. A esse respeito, vale destacar a lição de Rodrigo Dias (2015, p. 198):

No mundo atual, [...] no qual a tecnologia permite a total separação entre atividade sexual e reprodução e no qual superpopulação (e não

³ É forçoso realçar aqui que, embora muitos autores façam uso dos termos aborto e abortamento como se sinônimos fossem, o conceito de abortamento refere-se ao processo de eliminação do feto, enquanto o de aborto ao produto deste processo — o feto eliminado.

baixa natalidade) é um dos maiores riscos para a sobrevivência coletiva, a continuada adoção do mesmo princípio de moralidade sexual não faz nenhum sentido, vez que evidentemente deixou de servir a qualquer interesse coletivo, novamente por que as condições que o legitimavam deixaram de existir.

Isso posto, não se pode negar que o Direito, mormente no que tange aos direitos sexuais, apresenta-se obsoleto, pois as normas devem ser interpretadas de modo evolutivo, e o sustentáculo material à proibição do abortamento, por mais absurdo que seja (afinal, o corpo da mulher é dela ou do Estado?) deixou de existir — hoje, conforme exposto acima, o risco da espécie é justamente pelo fenômeno da superpopulação.

Não é demais lembrar que a religião desempenha considerado papel no obstáculo ao avanço dos direitos sexuais. Wojtyla (1979, p. 120, 150, 151), em obra publicada em 1979, revela que o anseio social por liberdade sexual como consequência da dignidade humana é uma questão já antiga. Mas, em uma visão repressiva e fazendo alusão a Efésios 5:22-32, o Papa aponta que as mulheres devem estar sujeitas aos seus maridos, porque o homem é a cabeça da mulher, e defende que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida desde que não se busque o uso “desenfreado” da própria liberdade, ilustrando que a liberdade sexual deve ser limitada por normas, não se tolerando a visão dos defensores da prática de abortamento, sendo dever da igreja lutar a favor do homem, ainda que contra ele mesmo.

Noutra ótica, Silvério Oliveira (1996, p. 82) analisa que uma intervenção estatal repressiva, para a proibição do abortamento, só seria possível se ele próprio se responsabilizasse por criar, alimentar e educar estas futuras crianças. O que, na prática, não acontece. Vê-se, todos os dias, milhares de crianças nas ruas, sem alimentação, moradia e educação, abandonadas pelo Estado, que insiste em intervir no corpo e na vontade da mulher, punindo por um ônus que só a ela é cabível, por ser ela quem carregará o feto em seu ventre. Com isso, experimenta diversas restrições: não pode ter uma vida sexual ativa e prazerosa, que aos homens não há qualquer restrição; não podem usufruir de condições hospitalares e medicas decentes para a prática de abortamento, quando não pertencente às classes sociais mais abastadas, que podem sair do país para a realização; sofrem com a falta de

oportunidades de trabalho e, por conseguinte, não têm condições de se manter; etc, o que gera raiva e ressentimento na mulher, pois, neste período surgem grandes transformações não só de ordem interpessoal, mas também intrapsíquicas, fazendo com que a gestação seja um sacrifício e ainda mais indesejada. (MALDONADO, 2000, p. 27, 28 e 33)

A mulher não terá liberdade e autonomia enquanto o Estado insista em regular e controlar o uso que ela faz do seu próprio corpo. Nessa perspectiva, em tom combativo, Verardo (1987, p.11) aponta que a mulher, quando engravida, deixando de ser compreendida como indivíduo, “passa a ser patrimônio social” e assume a função social de reprodutora de força de trabalho para o país e, por este motivo, seu corpo pode ser objeto de normas, como se ela nem ao menos existisse.

Nessa visão masculina e institucionalizada, a mulher, enquanto ser humano constituído de sentimentos e emoções parece não existir, pois sobre seu corpo o Estado legisla, a religião dá seu entendimento e a sociedade faz seu julgamento. É essa mulher que já é condenada pela natureza a viver em condições de desigualdade, se decide interromper a gestação, responderá criminalmente por isso. É ela quem arca com todos os ônus de uma gestação, passa por transformações psicológicas, enfrenta problemas como o abandono do parceiro, a falta de emprego etc, mas, se por um acaso, decidir continuar sua vida normalmente, fazendo o uso da autonomia que lhe é natural, em busca de melhores condições, será punida pelo Estado⁴, que, concebendo a mulher como um “patrimônio social”, impõe regras sobre o seu corpo e lhe retira a autonomia.

O sexo deve ser compreendido como uma função fundamental, além da destinação de perpetuação da espécie, com uma finalidade mais humana, conectado a fatores íntimos que estão profundamente associados à felicidade e à dignidade do homem. A autonomia, assim como a liberdade e a igualdade, são alguns dos fundamentos da dignidade humana. À vista disso, a autonomia da mulher sobre seu corpo não deve sofrer limitações arbitrárias, por uma imposição de um modelo de conduta a ações que só interferem na esfera individual de cada ser, sem danos à coletividade.

No caso *Planned Parenthood of Pennsylvania vs. Casey*, a Suprema Corte dos Estados Unidos (1992, p. 3-4) entendeu que a proibição da prática de

⁴ Código Penal Brasileiro. Art. 124 — Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: pena — detenção, de um a três anos.

abortamento compromete a liberdade da mulher de forma única, pois impõe situações e sofrimentos que somente ela pode suportar, por serem íntimos e pessoais, e que a nossa obrigação é definir a liberdade de todos, não estabelecer o nosso próprio código moral.

Desta forma, no que concerne ao exercício de um direito, quando este não interferir em um bem jurídico da coletividade, o Estado deve manter uma atuação minimalista, não interferindo nos interesses individuais, e tão somente atuando para garantir a eficácia de direitos fundamentais, sem qualquer coação. (ALECRIM; SILVA; ARAUJO, 2014, p. 167-168)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade moderna na busca do exercício de direitos fundamentais já assegurados seja na Constituição ou através de Princípios, por uma cultura extremamente positivista, reclama a positivação de leis específicas. Exemplos disso que são bastante controvertidos, relacionados à sexualidade, por envolver uma carga moral histórica, são as demandas sociais pelos direitos ao abortamento e ao casamento homoafetivo. Todavia, esperar uma atuação legislativa no sentido de normatizar direitos já garantidos é incompreensível, assim como é quimérico achar que existem soluções prontas para os dilemas humanos.

Um ordenamento jurídico cuja validade e eficácia só possam ser proporcionadas pela positivação da lei é anacrônico e está fadado a permanecer sendo. A lei não é mais capaz de sozinha suprir as necessidades da sociedade e a própria história demonstra isso. Com o estopim da Revolução Industrial, as mudanças sociais e econômicas tornaram-se mais lépidas e intensas, demandando por novos padrões de regulamentação, e é por esta razão que o Direito deve ser concebido como uma ordem aberta, para acompanhar as novas demandas da sociedade.

A sexualidade não pode ser compreendida apenas através das questões reprodutivas e genitais, por envolver questões como intimidade, sentimentos, emoções, desejos, etc, intimamente relacionadas à dignidade humana, o que rechaça o controle segundo interesses políticos e padrões moralistas arcaicos e denota que a temática deve ser apreciada com isenção moral. Portanto, quando a

sociedade compreender que as amarras determinadas por uma herança radicalmente repressiva não são verdades absolutas, estará livre para buscar e viver com originalidade, consubstancializando a plenitude do ser.

O Direito — e frise-se aqui a ordem jurídica — deve tutelar a essência: os fins e valores perseguidos pelas normas, admitindo a atualização das qualificações valorativas quando a norma for lacunosa, não mais capaz de atender aos anseios da coletividade e afetando a eficácia jurídica, por meio da adoção de mecanismos integradores para o ajustamento aos novos cânones sociais.

Através do estudo de uma temática específica — a existência ou não do direito ao abortamento — inferiu-se que a repressão à prática despontou em um contexto de pudor exacerbado e de controle da mulher em nome de interesses do Estado e do homem, em que a mulher, concebida como um patrimônio destes, era apenas uma máquina de reprodução de prole legítima e força de trabalho.

Ainda que se admitisse um antigo fundamento de necessidade de continuação da espécie humana pelo baixo índice populacional à limitação da autonomia das mulheres, hoje não resiste mais — o risco de sobrevivência da espécie é justamente pela superpopulação.

Em um contexto extremamente moralista, religioso e machista, no qual se defende o direito à manutenção do feto em detrimento dos direitos da mulher, que arca sozinha com os ônus gestacionais, pois o homem em momento algum suportará a imposição estatal de carregar em seu ventre um feto, é manifesto o cerceamento de direitos fundamentais como à liberdade, à autonomia, à igualdade e até mesmo à vida da mulher, pelo Estado, que deveria atuar na garantia desses direitos. O exercício de um direito só deve suportar interferência estatal se através dele seja possível lesionar um bem jurídico da coletividade.

Do que foi exposto, é visível que, sob uma ótica ontológica do Direito e da sexualidade, não será a normatização que os integralizarão. Como se percebe na temática da proibição do aborto, uma atuação extremamente positivista, que não observa o progresso e as novas demandas sociais, priorizando as leis à completude do sistema jurídico, é desprovida de eficácia, portanto, reprovável.

À questão “direitos sexuais: normatizar ou não?”, depreende-se que o Estado deve atuar de forma minimalista na interferência de direitos individuais que não causem reflexos em direitos difusos e supra-individuais. Assim, enquanto o Estado

não atue para debelar as desigualdades e executar direitos fundamentais, quando a sociedade encontrar óbice ao exercício dos seus direitos sexuais por uma atuação estatal repressiva, que desconsidera as necessidades e os costumes da sociedade moderna, deve o Judiciário, diante da ineficácia normativa, adotar mecanismos de integração do direito, para que a justiça se estabeleça em conformidade com os princípios que regem uma sociedade, e afastar qualquer atuação legislativa no sentido de suprimir direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

ALECRIM; SILVA; ARAÚJO. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. **Revista Gênero e Direito**, v. 3, n. 2, p. 158–176, 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/20428/11799>>. Acesso em: 18/10/2018,

BARROSO, Luis Roberto. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, em sede do HABEAS CORPUS de nº 124.306 RJ. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 01/10/2018.

BEARZOTI, Paulo. **SEXUALIDADE: um conceito psicanalítico freudiano**. 1993. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/anp/v52n1/24>>. Acesso em: 29/09/2018.

BIRMAN, Joel; NICÉAS, Carlos Augusto (coord.). **A Ordem do Sexual**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Entre a luxúria e o pudor: a história do sexo no Brasil**. São Paulo: Octavo, 2011.

DIAS, Rodrigo B. **Estado, Sexo e Direito**. São Paulo: SRS Editora, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992. Disponível em: <https://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/PlannedParenthoodCasey.pdf>. Acesso em: 06/10/2018.

FAGUNDES, Tereza C P. C. (org). **Ensaio sobre Educação, Sexualidade e Gênero**. Salvador: Editora Helvecia, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade do saber**. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. **História da Sexualidade II: Uso dos prazeres**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FREUD, Sigmund. **Conferências Introdutórias sobre psicanálise (Parte III) 1915-1916**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, vol. XVI. Editora Imago: Rio de Janeiro, 2006.

GUEZ, Phillipe. *Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ?* **La Revue des droits de l'homme**, edição eletrônica, Paris, v. 8, p. 1–7, nov. 2015. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revdh/1660>>. Acesso em: 09/10/2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Relatório da quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCF.pdf>>. Acesso em: 03/10/2018.

MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. **Journal of Women in Culture and Society**. Chicago, v. 8, n. 4, 1983, p. 635–658. Disponível em: <<https://www.feministes-radicales.org/wp-content/uploads/2012/03/Catharine-MacKinnon-Feminism-Marxism-Method-and-the-State-toward-feminist-jurisprudence-Copie.pdf>>. Acesso em: 17/09/2018

MALDONADO, Maria Tereza. **Psicologia da Gravidez**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTTIER, Véronique. **Sexuality: a very short introduction**. Oxford: Oxford, 2008,

OLIVEIRA, Silverio da Costa. **Sexo, Sexualidade e Sociedade**. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996.

PESQUISA NACIONAL DE ABORTO — PNA 2016. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em: 17/10/2018.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**, 2001, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas e Subjetividades do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIOS, Roger Raupp. **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luis. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina>. Acesso em: 18/10/2018.

TANNAHILL, Reay. ***Sex in History***. Londres: Abacus, 1995.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou crime?** São Paulo: Moderna, 1987.

WOJTYLA, Karol (João Paulo II). **Sinal de Contradição: meditações.** São Paulo: Ed. Paulinas, 1979.