

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL**

Gabriela Sant'Anna Suárez

DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS: UM DIREITO HUMANO

Porto Alegre

2018

Gabriela Sant'Anna Suárez

DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS: UM DIREITO HUMANO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ana Paula Motta Costa.

Porto Alegre

2018

GABRIELA SANT'ANNA SUÁREZ

DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS: UM DIREITO HUMANO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 03 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Ana Paula Motta Costa
Orientadora

Professora Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Professor Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Agradecimentos

À minha orientadora, pelo imenso suporte, pelas correções e pelos incentivos durante este difícil trabalho. Também, pelas excelentes aulas ministradas.

À minha mãe, a primeira feminista que conheci, por todo amor e pelos meus valores. Ao meu pai, pelos ensinamentos e por sua dedicação. Aos meus avós, pelo acolhimento, incentivo e mimos. Aos meus irmãos, por existirem. A Wágner Martins Lourenço, por todo amor. A Marília Trojan Rodrigues, pela amizade, por iluminar meus pensamentos e por trazer meus pés para o chão. A Jorge Missaggia, pelas risadas e incansáveis debates.

A todas as pessoas que me acompanharam nesta vida e nesta graduação e que contribuíram direta ou indiretamente para minha formação acadêmica e como pessoa.

À sociedade brasileira, ao Estado brasileiro e à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, seus professores e funcionários, pelo ensino gratuito e de qualidade.

*Se hacen eternas cuando las quieren
Y siempre viven y nunca mueren
Cuando se duermen son indefensas
Y se despiertan cuando las piensas
Y las atacan y las defienden
Las más valiosas nunca se venden
Alcanzan todo lo que desean
Así de grande son las ideas.*

Así de Grandes Son Las Ideas, Calle 13

RESUMO

Este trabalho se propôs ao estudo dos direitos sexuais, com vistas a descobrir se estes podem ou não ser considerados direitos humanos. Para tanto, primeiramente se conceituou direitos sexuais e direitos humanos, estudando-se suas origens históricas, desenvolvimento e atuais tendências. A seguir se construiu um raciocínio com base no pensamento de Joaquín Hererra Flores acerca dos movimentos sociais e na Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth. Percebeu-se já no primeiro capítulo que há divergências doutrinárias a respeito das concepções de direitos humanos: alguns consideram-nos apenas aqueles positivados (constitucionalizados ou convencionalizados); outros, os jusnaturalistas, defendem que há direitos inerentes à humanidade, exigíveis independentemente de normatização escrita (e apesar dela). Há suficiente convergência entre os doutrinadores acerca do princípio fundamental por trás dos direitos humanos: a dignidade humana, esta assegurada através do acesso aos bens materiais e imateriais mínimos essenciais a uma vida digna. A dignidade humana é fundamento da Constituição Federal (art. 1º) e é princípio fundante dos tratados internacionais de direitos humanos. Entendidas as divergências e convergências, concluiu-se que não é possível responder categoricamente à pergunta de pesquisa, uma vez que a definição de direitos humanos não é harmônica. Apesar disso, foi possível chegar a algumas conclusões. Respondendo à pergunta “são direitos sexuais direitos humanos?”, chegou-se às seguintes respostas: primeiro, se direitos humanos são aqueles positivados, então alguns direitos sexuais já estão consagrados como direitos humanos; segundo, se direitos humanos são aqueles positivados, a interpretação do direito positivo - alicerçada nos princípios da dignidade, igualdade e liberdade - resultaria no reconhecimento dos direitos sexuais; terceiro, se direitos humanos são naturais, a verificação da essencialidade dos direitos sexuais à dignidade humana os consagra como direitos humanos; quarto, se direitos humanos são naturais, a existência de lutas sociais por reconhecimento dos direitos sexuais é a comprovação de que a não-observância desses direitos fere a dignidade humana. Assim, deduz-se que, porque há movimentos sociais de luta por reconhecimento, há demanda pelos direitos sexuais. Seja pelo seu reconhecimento, seja por sua positivação, é uma demanda pela sua efetivação (materialização). A proteção à dignidade humana deve alcançar todas as esferas da humanidade, inclusive a da sexualidade.

Palavras-chave: direitos sexuais, direitos humanos, teoria do reconhecimento, dignidade humana, direitos reprodutivos, minorias sexuais, feminismo, LGBT, LGBTI.

ABSTRACT

This paper proposed itself to the study of sex rights, with the objective to discover if these can or cannot be considered human rights. For this purpose, first sex rights and human rights were conceptualized by studying their historic origins, development and current trends. Thereafter, a line of reasoning was built based on the works of Joaquín Herrera Flores regarding social movements and on the Theory of Recognition of Axel Honneth. It was already noticed in the first chapter that there is doctrinaire divergences concerning the conceptions of human rights: some consider only those that are constitutionalized or conventionalized; others, the jusnaturalists, defend that there are rights inherent to humanity, demandable independently of written normalization (and in spite of it). Human dignity is a foundation of The Constitution of the Federative Republic of Brazil (art. 1) and is a founding principle of the international human rights treaties. Being understood the divergences and convergences, it was concluded that it is not possible to answer categorically the question of the research, seeing that the definition of human rights is not harmonic. Despite that, it was possible to reach some conclusions. Answering the question “are sex rights human rights?”, the following answers were found: first, if human rights are those that are established, then some sex rights are already acknowledged as human rights; second, if human rights are those that are established, the interpretation of the positive right - based on the principles of dignity, equality and freedom - would result in the recognition of the sex rights; third, if human rights are natural, the verification of the essentiality of sex rights to human dignity establish them as human rights; fourth, if human rights are natural, the existence of social struggles for the acknowledgment of sex rights is proof that the nonobservance of these rights is detrimental to human dignity. Therefore, it is deductible that because there are social movements fighting for acknowledgment, there is demand for sex rights. Be it by their acknowledgment, be it by their affirmation, it is a demand for their implementation. The protection of human dignity must reach all spheres of humankind, including that of sexuality.

Keywords: sex rights, human rights, recognition theory, human dignity, reproductive rights, sexual minorities, feminism, LGBT, LGBTI.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. CAPÍTULO I - DIREITOS HUMANOS.....	14
2.1. ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS.....	15
2.2. CONCEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.....	17
2.3. PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS.....	21
2.3.1. Princípios da universalidade e da indivisibilidade.....	21
2.3.2. Relativismo e Universalismo.....	21
2.4. SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	22
2.4.1. Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos.....	22
2.4.2. Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.....	28
2.5. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO I.....	30
3. CAPÍTULO II - DIREITOS SEXUAIS.....	33
3.1. ORIGEM DOS DIREITOS SEXUAIS.....	33
3.2. CONCEPÇÕES DE DIREITOS SEXUAIS.....	36
3.3. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO II.....	45
4. CAPÍTULO III - LIMITES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS.....	47
4.1. HISTÓRIA DO CONTROLE DA SEXUALIDADE.....	47
4.2. RECONHECIMENTO, DISTRIBUIÇÃO E DIREITO.....	58
4.3. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO III.....	61
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe ao estudo da natureza dos direitos sexuais, com o objetivo de descobrir, com base na doutrina jurídica, se estes podem ou não ser considerados direitos humanos.

Para responder à pergunta de pesquisa, qual seja: “são os direitos sexuais direitos humanos?”, primeiramente se explorará o que são direitos humanos e direitos sexuais. Esta conceituação jurídica será elaborada através da pesquisa bibliográfica. A partir dos entendimentos oferecidos pelos autores, será possível construir, pelo método dedutivo, um raciocínio que responda ou levante possibilidades de resposta à pergunta de pesquisa.

O trabalho está estruturado em três capítulos: o primeiro tratará dos direitos humanos; o segundo, dos direitos sexuais e o terceiro falará dos limites à efetivação dos direitos sexuais.

Como se verá no capítulo I, o conceito de direitos humanos se vincula a ideia de dignidade humana. Este importante instituto é fundamento de nossa Constituição Federal, além de ser princípio fundamental dos tratados sobre direitos humanos. A dignidade humana só pode ser preservada quando disponível, ao indivíduo, o acesso e a conservação de determinados bens essenciais à vida digna.

Quanto aos direitos sexuais - cujas definições serão aprofundadas no capítulo II - entende-se a priori que sejam todos aqueles relacionados à *expressão da sexualidade humana*, a qual se manifesta tanto na forma de *identidade de gênero* (feminino, masculino, transsexual etc.) quanto no exercício das diferentes *orientações sexuais* (heterossexuais, homossexuais, assexuais etc.). Assim, os direitos sexuais seriam aqueles que - referentes à sexualidade - derivam da dignidade humana, tais como: direito à liberdade sexual, à autonomia, à integridade, à segurança, à privacidade, à intimidade, à expressão, à associação, às escolhas reprodutivas, à informação, à educação sexual, à não-discriminação, à saúde sexual etc.

Acredita-se que a violação à dignidade do indivíduo é uma das fontes do conflito social, e que este conflito leve à deterioração da paz social. Um dos objetivos do Estado de Direito é a resolução dos conflitos, além da promoção da igualdade e da liberdade. No capítulo III serão estudadas as lutas sociais como sintoma de inadequação social do indivíduo ou de um grupo de indivíduos. Alguns movimentos sociais, como o movimento LGBT ou o movimento feminista, têm como pauta a efetivação dos direitos sexuais, e isso pode indicar, conforme se deduz da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, que a não-materialização desses direitos subjetivos são um desrespeito à dignidade.

Com relação à importância da salvaguarda dos direitos sexuais, diz-se que ela se verifica em razão das consequências negativas que a sua não-observância gera, por exemplo: a falta de informação acerca da própria sexualidade pode comprometer a autonomia sexual do indivíduo; a ausência de educação sexual pode dificultar o exercício responsável da sexualidade; a tolerância estatal à discriminação sexual acaba permitindo a existência de hostilidade e exclusão social de minorias sexuais (transsexuais, mulheres, lésbicas, gays, dentre outros); a falta de liberdade reprodutiva retira do indivíduo seu direito de não reproduzir, infringindo sua dignidade e autonomia; a falta de informação ou a falta de tratamento leva à disseminação desenfreada de doenças sexualmente transmissíveis (DST's) etc.

Cabe ressaltar que a sexualidade humana se manifesta de maneiras diversas. Aquilo que é ou não sexual varia de acordo com a sociedade e com o tempo. Por exemplo: dependendo do contexto, uma foto íntima pode ser considerada uma expressão sexual. A divulgação não autorizada dessa imagem por terceiros é uma violação à intimidade. Daí entende-se que a intimidade, nesse contexto, é um *bem jurídico imaterial* a ser protegido pelo Estado; é um direito sexual. Nesse exemplo fica claro que os direitos sexuais não se referem apenas ao ato sexual, mas englobam toda a esfera da sexualidade humana.

Isto posto, faz-se um breve levantamento sobre a situação das minorias sexuais no Brasil, são notícias trazidas pela mídia brasileira¹: em 2017, a cada 20 horas uma pessoa LGBT (lésbica, gay, bissexual, transgênero, transsexual)

¹ todas as notícias foram acessadas no dia 17 de junho de 2018.

morreu por motivações homotransfóbicas no Brasil. O assassinato de pessoas LGBT cresceu 30% entre 2016 e 2017; gays e travestis são as principais vítimas. A maioria dos homicídios foi cometida com crueldade. Foram 445 mortes em 2017, o maior número já registrado (desde 2000, ano da primeira pesquisa), segundo a pesquisa realizada pelo GGB². Sabe-se que o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, sendo uma morte a cada três dias. A expectativa de vida de uma pessoa “trans” é de 35 anos, muito inferior à média nacional de 75 anos³. Com relação ao suicídio, informa-se que jovens LGBT rejeitados por sua família tem 8,4 vezes mais chances de tentarem tirar a própria vida do que a população em geral. Em 2017 ocorreram 58 suicídios de pessoas pertencentes a esta minoria⁴.

Com relação às doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), é comunicado que ocorre atualmente no país uma epidemia de sífilis, uma doença causada por bactérias e que pode ser transmitida através da relação sexual. O número de pessoas infectadas pela bactéria no país subiu 33% entre 2014 e 2015. Ainda, contaminação pelo vírus HIV tem crescido de forma exponencial em todos os grupos sociais, mas principalmente entre pessoas LGBT muito jovens. Percebe-se uma redução no uso de preservativos pela população em geral; o aumento na incidência de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs) e a diminuição do cuidado no ato sexual não acontece apenas no Brasil, mas em todo o mundo⁵.

No que se refere à hierarquia de gênero, discriminação contra a mulher e violência sexual, tem-se que: a cada 7,2 segundos, uma mulher é vítima de violência física no Brasil; a cada duas horas uma mulher é assassinada, foram 4.473 homicídios 2017, um aumento de 6,5% em relação ao ano anterior. Se considerado o último relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil

² GGB, Grupo Gay da Bahia.

<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>.

³

<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>.

⁴

<https://oglobo.globo.com/sociedade/assassinatos-de-lgbt-crescem-30-entre-2016-2017-segundo-relatorio-22295785>.

⁵ <https://epoca.globo.com/saude/noticia/2016/11/por-que-o-brasil-vive-uma-epidemia-de-sifilis.html>

ocuparia em 2017 a 7ª posição entre os países mais violentos para as mulheres (num total de 83 países). Sobre a liberdade reprodutiva, tem-se que, diariamente, quatro mulheres morrem no Brasil vítimas de procedimentos de aborto clandestinos (dados de 2016); estima-se que, todos os anos, 850 mil mulheres se submetam ao procedimento⁶. Sobre violência sexual, informa-se que, em 2015, ocorreu um estupro a cada 11 minutos no Brasil; estimando-se que apenas 10% dos crimes são notificados às autoridades, estariam ocorrendo, a cada ano, meio milhão de estupros. 70% das vítimas são crianças e adolescentes. O sistema de saúde informa que diariamente são notificados dez estupros coletivos^{7 8 9}. Segundo a Organização das Nações Unidas, a taxa de feminicídio do Brasil, em 2016, era a quinta maior do mundo¹⁰. Com relação à desigualdade de gênero, tem-se que, apesar de as mulheres apresentarem em média maior frequência escolar e maior escolaridade do que os homens, seus salários são 23,5% menores do que os do sexo oposto. Quanto à divisão de tarefas domésticas, as mulheres trabalham aproximadamente 18 horas semanais, contra apenas 10 horas despendidas pelos homens, em média, nessas tarefas. Na política, sabe-se que as mulheres ocupam apenas 10,5% dos cargos eletivos da Câmara dos Deputados. Nas empresas, elas ocupam 38% dos cargos de gerência¹¹.

Alguns dados mundiais fornecidos pela Organização das Nações Unidas¹²: mais de 70% das mulheres experienciam, durante a vida, violência sexual ou física perpetrada pelo próprio parceiro. Mulheres vítimas de violência têm duas vezes mais chances de terem abortos e de desenvolverem depressão; em algumas regiões, essas mulheres têm 1,5 vezes mais chances de adquirir o vírus

6

<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,diariamente-4-mulheres-morrem-nos-hospitais-por-complicacoes-do-aborto,10000095281>

7

<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>

⁸ <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/nada-a-comemorar.ghtml>

9

<https://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira/>

10

<https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>

¹¹ <https://exame.abril.com.br/brasil/a-desigualdade-de-genero-no-brasil-em-um-grafico/>

¹² <http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

HIV. Ainda segundo a ONU, metade das mulheres assassinadas em 2012 foram mortas pelo próprio parceiro ou membros da família (enquanto apenas 6% dos homens morreram dessa forma no mesmo ano). No que se refere à autonomia, informa-se que em todo o mundo, 750 milhões de mulheres e meninas se casaram antes de seu 18º aniversário. O casamento infantil resulta em gravidez precoce, isolamento social, interrupção da escolarização, limitação das oportunidades de crescimento para a menina e deixa-a mais suscetível à violência doméstica. Com relação à violação à liberdade sexual, estima-se que uma em cada 10 meninas do mundo já sofreu abuso sexual em algum momento de sua vida, o número de vítimas é de aproximadamente 120 milhões de pessoas. Esses abusos são cometidos geralmente por parceiros, companheiros e maridos das vítimas. Pelo menos 200 milhões de meninas e mulheres vivem hoje com as sequelas da mutilação genital; na maioria dos países, as meninas são mutiladas antes de completarem cinco anos. Mulheres adultas são 51% das vítimas de tráfico humano; meninas e mulheres traficadas somam 71% de todo tráfico; 75% dessas transações destinam-se à exploração sexual.

No que tange aos direitos de pessoas LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Transgêneros e Travestis e Intersexuais) no mundo, cita-se o relatório emitido em 2015 - a pedido do Conselho de Direitos Humanos da ONU¹³ - a respeito desses direitos sexuais, o qual concluiu que houve certo progresso com relação aos direitos sexuais em comparação com a realidade observada em 2011 (uma das informações constantes no informe de 2011 era a de que, no mundo, 76 países ainda criminalizavam o relacionamento homossexual, alguns deles - Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Sudão e Iêmen - inclusive aplicando a pena capital¹⁴). Apesar de alguns avanços, identificou-se a perpetuação, em todas as regiões do mundo, de práticas continuadas, invasivas e violentas de abuso, assédio e discriminação contra pessoas LGBT e intersexuais. Segundo o relatório de 2015, essas práticas constituem sérias violações aos direitos humanos, frequentemente perpetradas com impunidade, indicando que o atual sistema de

¹³ http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/29/23

¹⁴

<https://news.un.org/en/story/2011/12/398432-un-issues-first-report-human-rights-gay-and-lesbian-people>

proteção aos direitos humanos dos LGBTI está inadequado. Ainda conforme o relatório, não há nenhum mecanismo de nível internacional que tenha tido uma abordagem sistemática dos direitos de pessoas LGBTI. Recomenda ainda o mesmo relatório que sejam adotadas medidas de proteção desses indivíduos para combater as violações aos direitos humanos.

Acredita-se que, reconhecidos os direitos sexuais, tanto em âmbito nacional como internacionalmente, medidas assecuratórias poderiam ser adotadas pelos Estados e instituições internacionais para mitigar os problemas acima mencionados. Políticas educacionais poderiam ser elaboradas para combater o sexismo e o heterossexismo; mais informação sobre a própria sexualidade traria mais saúde e autonomia sexual para a população; uma política educacional voltada para a tolerância e respeito à diversidade reduziria a exclusão social e hostilidade contra minorias sexuais etc. Outrossim, a conscientização do problema da discriminação sexual ensejaria o surgimento de legislação protetiva, facilitando a acionabilidade dos direitos sexuais e, por conseguinte, sua efetivação.

2. CAPÍTULO I - DIREITOS HUMANOS

Este capítulo trará as origens, as concepções e os instrumentos normativos mais influentes para nossa cultura em relação aos direitos humanos.

Primeiramente far-se-á uma abordagem acerca das diferentes origens dos direitos humanos - no tempo e no espaço, buscando-se descobrir quais movimentos motivaram o surgimento da cultura ocidental dos direitos humanos, esta que influencia profundamente o direito brasileiro.

Após, serão examinadas as concepções de direitos humanos de diferentes autores. Será falado brevemente sobre a teoria crítica proposta por Joaquín Herrera Flores, que busca validar uma outra perspectiva de proteção dos direitos. Segundo essa concepção proposta por ele, os movimentos sociais devem ser reconhecidos como protagonistas no processo de consagração de novos direitos, e o acesso a bens deve ser visto como essencial à dignidade humana.

Por último, será abordado o sistema internacional de proteção dos direitos humanos já estabelecido no âmbito da sociedade internacional e citar-se-á alguns dos institutos e instituições atuantes.

Um breve esclarecimento acerca da expressão “direitos humanos”, estes chamados por Ricardo Lobo Torres também de “direitos da liberdade”, ou “direitos individuais”, ou “direitos naturais” (1989, p. 32): a expressão “direitos humanos” em português, segundo o autor Celso de Albuquerque Mello, parece ter surgido da tradução do Inglês “*human rights*”, o que substituiu o uso de “direitos do homem” por alguns doutrinadores brasileiros. Ainda segundo o autor, o emprego do vocábulo “direitos humanos”, no lugar de “direitos do homem”, atende às reivindicações do movimento feminista: “há uma razão que justifica esta expressão [direitos humanos], que é o movimento feminista ter chamado a atenção de que o ‘machismo’ estava também no uso de certas palavras na linguagem corrente” (2004, p. 821). Concorda com a afirmação de Joaquín Herrera Flores, ao se referir à “linguagem politicamente correta”, quando diz que “a força de nomear as coisas de outra forma pode modificar a maneira de vê-las” (2009, p. 56). Assim, optar-se-á, neste trabalho, pelo uso do termo “direitos humanos”.

2.1. ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

A origem dos direitos humanos não é consenso entre os doutrinadores. Conforme o autor Celso Albuquerque Mello, “as origens dos direitos humanos têm constituído um ponto de discórdia entre os juristas”, isso porque, segundo ele, os autores divergem entre si sobre se o surgimento deste instituto tem causa - conforme classificou Dufour - política, religiosa ou de natureza histórica (MELLO, 2004, p. 821-822).

A causa política remontaria ao século XVIII, época das revoluções francesa e inglesa impulsionadas pelo iluminismo, quando os direitos humanos teriam surgido como reação à ameaça de um eventual despotismo (MELLO, 2004, p. 822). Entende-se que esta corrente estima a proteção da liberdade individual contra possíveis excessos de um poder soberano.

A origem religiosa dos direitos humanos é defendida por alguns autores, que, dentre outras ocorrências, chamam a atenção para o movimento reformista-religioso de Roger Williams, no século XVII, o qual propôs a separação entre Estado e Igreja. A luta pela laicidade do Estado teria influenciado o surgimento das primeiras noções de liberdade individual, manifestando-se primeiramente na forma de liberdade de culto. Ainda, alega-se que a valorização do ser humano e da vida humana tem base religiosa (MELLO, 2004, p. 823 e COMPARATO, 2010, p. 13 e 14).

A terceira classificação proposta por Dufour é a dos motivos históricos. Segundo esta corrente, os direitos humanos teriam surgido de forma acidental; circunstâncias históricas vividas por colonos ingleses na América, que se opunham à metrópole, teriam oportunizado seu surgimento, materializando-se no documento de Declaração dos Direitos Americanos de 1789 (MELLO, 2004, p. 822-823 e COMPARATO, 2010, p. 111 e 112).

Além das revoluções europeias do século XVIII, da luta pela laicidade da autoridade política e da colonização americana, muitas outras origens dos direitos humanos foram aventadas pelos doutrinadores e juristas: nas sociedades africanas, antes da colonização europeia, segundo M. Baye, já estava consagrado na cultura o direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa etc; a

Carta de Ciro, de 532 a.C., já declarava o direito à liberdade e segurança, à liberdade de movimento, direito à propriedade etc; ou, antes mesmo de Ciro, o Grande, o código de Hamurabi, em 2000 a.C., já proclama que reinasse a justiça e que fosse evitado “que o forte oprima o fraco” (MELLO, 2004, p. 822-824).

Segundo Fábio Konder Comparato, “foi durante o período axial da História (...) que despontou a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens”. Ele explica que o período a que se refere é aquele entre os séculos VIII e II a.C.. Essa igualdade entre as pessoas, no entanto, se aplicava apenas àqueles pertencentes ao grupo, estando excluídos os estranhos. O reconhecimento (por uma organização internacional) de uma humanidade universal aconteceria apenas vinte e cinco séculos depois (2010, p. 22 a 24).

Para alguns autores, os primeiros registros de conceituação da dignidade humana aconteceram na antiguidade. A noção religiosa de que a pessoa é “filha de deus” - e portanto sagrada, devendo ser valorizada - está presente entre os gregos e é revivida pelo cristianismo, o qual influenciou a cultura ocidental. Kant e Hegel, nos séculos XVIII e XIX, propoem que o ser humano tenha o fim em si mesmo, nunca servindo como instrumento de outro, ou seja, sendo sujeito e não objeto. O renascentismo e o iluminismo também enaltecem a valorização da vida e da dignidade humana. A cultura jurídica apenas parece ter adotado definitivamente a noção de direitos humanos (proteção da dignidade humana) a partir do século XX, em resposta às barbáries da Segunda Guerra, quando houve a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948 (ESTEFAM, 2016, p. 67).

Infere-se que os direitos humanos surgiram em diferentes momentos da história humana e em diversas sociedades de culturas distintas. A noção de que seres humanos possuem naturalmente alguns direitos fundamentais não é nova, mas a consagração destes direitos em normas internacionais é recente, vindo apenas com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 (PIOVESAN, 2010, p. 38), surgida no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial, e em razão dela. Trata-se de um marco de extrema importância para a cultura de direitos humanos que se tem hoje no âmbito da sociedade ocidental.

Anterior a este documento, tivemos, de grande relevância, a Declaração Inglesa (*Bill of Rights*), a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (fruto da Revolução Francesa), datados, respectivamente, dos anos 1689, 1776 e 1789. Esses documentos principiantes, no entanto, como se pode notar, tinham “natureza interna”. A internacionalização da proteção aos direitos da pessoa aconteceria apenas mais tarde, através de normas como o Pacto da Sociedade das Nações (1919), a Carta da Organização Internacional do Trabalho (1919), tratados de proteção de minorias étnicas, dentre outras, de que “resultaria a consolidação de sistema de proteção internacional dos direitos humanos” (ACCIOLY, 2016, p. 484).

Não é possível precisar a origem histórica dos direitos humanos (com base na concepção ocidental atual de direitos humanos), visto que eles surgiram diversas vezes em contextos históricos diferentes e em várias partes do mundo. A motivação para o seu surgimento parece estar ligada a determinados grupos sociais, os quais buscaram assegurar a sobrevivência de um ideal moral de liberdade e dignidade por meio de lutas sociais. A legitimação desses direitos através de confecção de documentos, como nas Declarações, não é a origem dos direitos humanos, mas manifestação deles. A concepção atual ocidental de direitos humanos tem origem histórica contemporânea às Declarações de Direitos do final do século XVIII (Declaração Francesa de 1789 e Declaração Americana de 1776).

2.2. CONCEPÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Alguns autores, ao definir direitos humanos, atribuem-lhes certa solidez, ou irrefutabilidade, separando-os da ordem jurídica positivada (nacional ou internacional), uma vez que os direitos humanos não estariam sujeitos a “mudanças dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema”, pois decorreriam da essência humana (MALIK *apud* MELLO, 2004, p. 813). Ricardo Lobo Torres, em seu artigo *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, nos informa que os “direitos da liberdade” são “pré-constitucionais”, inerentes “à pessoa humana”,

além de serem um “direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a”. Esclarece ainda que, por serem dotados de “historicidade”, tais direitos variam “de acordo com o contexto social” (1989, p. 32 a 33). Daí infere-se que os direitos humanos não dependem da ordem jurídica constitucional, e não se resumem aos direitos fundamentais nela contidos, e são sólidos e imutáveis apenas no sentido de que não podem ser dissolvidos por uma norma positivada, mas estão acima dela, e variam conforme os movimentos sociais ao longo da história.

Desse entendimento compartilha o doutrinador Joaquín Herrera Flores, o qual alerta para o fato de que, no âmbito internacional, os direitos humanos também não se restringem aos tratados, declarações e outras fontes de Direito Internacional (DI) sobre o tema, mas vão além destes. Normas internacionais logram legitimar apenas alguns dos direitos humanos (FLORES, 2009, p. 19-20):

Nesse sentido, devemos deixar de recitar a cantilena jurídico/formal que nos repete várias vezes que os direitos humanos coincidem com as normas internacionais que os regulam. (...) se não sabemos distinguir entre os sistemas de garantias e aquilo que deve ser garantido, o objeto das normas jurídicas internacionais desaparece e a única coisa que parece existir são essas mesmas normas.

Os direitos humanos, pois, não são só as normas Internacionais. Eles são *o que precisa de ser garantido*, enquanto as normas são *o sistema garantidor*. E esse sistema é apenas um dos meios - uma das ferramentas - de se efetivar a proteção aos direitos humanos.

Alguns autores não tratam “direitos humanos” como sinônimo da expressão “direitos fundamentais”, considerando estes os positivados e aqueles os naturais (CARRION, 2014, p. 11).

Depreende-se ainda da obra de Flores que confundir “direitos humanos” com “Direito Internacional dos Direitos Humanos” é temerário, pois se corre o risco de supervalorizar a lei, ignorando a luta por trás de sua formulação, bem como se arrisca esquecer a finalidade para que a norma foi criada. Ele atenta para o perigo do surgimento de um formalismo exacerbado, que “fecharia as portas” para os grupos sociais e esmoreceria o diálogo entre o legislador e os movimentos sociais (FLORES, 2009, p.19). Não se pode, pois, negar o caráter político e ideológico dos movimentos sociais por trás da criação das normas. Um

formalismo que esqueça o contexto em que a norma foi criada pode acabar se afastando, quando interpretada, da finalidade original da norma: a dignidade humana.

À vista disso, conclui-se que uma das características reconhecida dos direitos humanos é sua fundamentação no direito natural (MELLO, 2004, p. 813), estando acima das normas positivadas, sejam as de direito interno, sejam as do Direito Internacional. O direito natural é - conforme define Max Weber, citado por Celso de Albuquerque Mello - um meio de que dispunham as classes de legitimar sua demanda por novos direitos, uma vez que “elas não podem se fundamentar em revelações e normas religiosas positivas” (2004, p. 825).

Outra característica dos direitos humanos citada pelos autores é sua natureza expansiva; ou seja, sua propensão a que sejam reconhecidos cada vez mais direitos essenciais à dignidade humana. “Chama-se a esta tendência de ‘efeito de Cliquet’ que é uma expressão do alpinismo em que o alpinista só pode fazer um movimento, que é para cima” (Theresa Rachel Couto Correia *apud* MELLO, 2004, p. 813). Em manifestação que vai ao encontro dessa ideia, em sua obra *A Reinvenção dos Direitos Humanos* (2009), Joaquín Herrera Flores critica a generalidade das declarações de direitos humanos, defendendo que, além dos direitos listados pelas declarações, é imperioso que se fale no direito de se continuar lutando por novos direitos. Ele propõe “uma nova perspectiva dos direitos como processos institucionais e sociais que possibilitem a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana” (FLORES, 2009, p. 19).

Assim, por concepções de direitos humanos temos que: direitos humanos são direitos naturais, tendentes à expansão (MELLO, 2004, p. 813), resultado de lutas sociais (FLORES, 2009, p.19) e dotados de “historicidade”, pois variam “de acordo com o contexto social” (TORRES, 1989, p. 32-33). Eles não se confundem com as normas positivadas, existindo independentemente delas, uma vez que, conforme relembra Flávia Piovesan, “o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei” (2011, p. 38), portanto a proteção aos direitos humanos não estava legalmente prevista, mas, no entendimento da autora, haveria o dever de não violação por se tratar de norma do direito natural.

Seguindo com as definições, os direitos humanos podem ser também concebidos como um produto cultural de um grupo de pessoas, resultado da luta social pela dignidade, esta consubstanciada no acesso a bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna. Por serem oriundos de grupos de pessoas, os direitos humanos não são dotados de neutralidade, pelo contrário, estão “permeados por interesses ideológicos” e só podem ser entendidos dentro “dos contextos sociais, econômicos, políticos e territoriais nos quais e para os quais se dão” (FLORES, 2009, p. 21 a 46). Segundo Flávia Piovesan, “na condição de reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer” (2011, p. 35).

Enrique Pérez Luño descreve tais direitos como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas” (PIOVESAN, 2013, p. 65).

Conforme se depreende da obra *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, com relação à concepção contemporânea dos direitos humanos (inaugurada pela Declaração Universal de 1948 e reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993), existe uma tendência a que os direitos humanos se internacionalizem e se consagrem como *jus cogens*, reposicionando-se mesmo acima das normas constitucionais dos países. Isso porque o ser humano teria o fim em si mesmo (visão kantiana)¹⁵, o objetivo da formulação de todas as normas seria o bem-estar do indivíduo e portanto a dignidade humana deveria balizar todas as normas, inclusive as constitucionais. Os direitos humanos, por serem a manifestação da proteção à dignidade humana, deveriam informar o direito interno (CANOTILHO *apud* PIOVESAN, 2011, p. 36-39). De acordo com Flávia Piovesan, “transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania, centrada no Estado, para uma concepção ‘kantiana’ de soberania, centrada na cidadania universal” (2011, p. 40).

¹⁵ “Para Kant as pessoas, e em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. (...). Seres racionais, (...), são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. (...). Desse modo, ressalta Kant, trate a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como meio.” (PIOVESAN, 2011, p. 38).

Com base nesses autores, os direitos humanos podem ser concebidos como um construído histórico de fundo ideológico, resultado de lutas sociais por direitos. Eles são tendentes à expansão e têm como fundamento a dignidade da pessoa humana, a ser atingida através do acesso a bens.

2.3. PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS

2.3.1. Princípios da universalidade e da indivisibilidade

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 consagra dois princípios: o primeiro é a universalidade, a ideia de que todo ser humano é titular de direitos e dotado de dignidade, e que isso decorre do fato de ele ser uma pessoa. O segundo é a indivisibilidade dos direitos, que é a noção de que todos os direitos, sejam civis ou políticos, precisam ser garantidos para que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam assegurados, porque a proteção de um depende da proteção de todos, e a violação de um é a violação dos demais (PIOVESAN, 2011, p. 41). De acordo com Flávia Piovesan, a Declaração “introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais” (2013, p. 210).

2.3.2. Relativismo e Universalismo

São duas correntes de pensamento com relação aos direitos humanos. A primeira, o relativismo, teria o viés de proteger o Estado e sua soberania de imposições da cultura hegemônica quando esta ferir a cultura interna. A segunda corrente, o universalismo, defende que se assegure ao indivíduo os direitos fundamentais - essenciais à salvaguarda de sua dignidade - através da imposição de limites à soberania estatal.

A corrente relativista defende que cada país tem liberdade para considerar quais são os direitos fundamentais dentro de seu território. Para estes, é a cultura que valida um direito ou uma regra moral - ou, ao menos, ela é uma importante fonte de direito. Defende-se, pois, o direito ao pluralismo cultural, opondo-se ao

universalismo e, conseqüentemente, defende-se a soberania nacional (PIOVESAN, 2013, p. 221-225).

Os universalistas acreditam que os direitos humanos têm vocação universal, sendo aplicáveis na proteção de qualquer ser humano, independentemente da jurisdição doméstica de seu país. Os valores do universalismo entendem que a soberania deve ser flexibilizada em prol da dignidade do ser humano (PIOVESAN, 2013, p. 221-225).

O relativismo cultural é coletivista, enquanto o ponto de partida do universalismo é o indivíduo. Para os universalistas, o indivíduo precisa ter, antes de tudo, liberdade e autonomia (PIOVESAN, 2013, p. 222).

Para Antônio Augusto Cançado Trindade, “a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2013, p. 221-225). Todavia, universalismo não deve impor uma cultura dominante, mas promover a liberdade, sobretudo por meio do diálogo, como menciona Flávia Piovesan (2013, p. 229):

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura de direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”.

O universalismo não deve transpassar os limites do respeito à diversidade (PIOVESAN, 2013, p. 229). Ele se baseia justamente na liberdade, e a diversidade é produto da liberdade e da autonomia. O diálogo entre as nações, e entre estas e os organismos internacionais, é essencial para que se construa uma noção plural de direitos humanos, baseada na liberdade e na autonomia dos indivíduos, cujo bem estar é a finalidade dos Estados e da Sociedade Internacional.

2.4. SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.4.1. Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos

O sistema de proteção dos direitos humanos surge com a consagração de normas de direitos humanos no campo do Direito Internacional.

O Direito Humanitário é considerado precursor na limitação da soberania Estatal em prol do ser humano. Ele faz parte do Direito Internacional Público que trata de Guerra e Paz e surgiu em resposta às atrocidades da batalha de Solferino (1859, na Segunda Guerra de Independência da Itália). O evento suscitou a constituição da Cruz Vermelha (1863) e a realização da Convenção de Genebra (1864), onde foram assinados alguns tratados que limitavam o poder do Estado frente à dignidade humana, assegurando alguns direitos fundamentais. É um dos primeiros registros de internacionalização dos direitos humanos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1919 e a Convenção da Liga das Nações de 1920 também são movimentos supra-estatais de consagração de direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 184-186).

A internacionalização dos direitos humanos acontece a partir da segunda metade do século XIX, destacando-se, primeiramente, nas seguintes áreas: “o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado” (COMPARATO, 2010, p. 67).

A internacionalização dos direitos humanos significava que a proteção da vida e da dignidade das pessoas não é apenas de interesse interno, mas também internacional. Consolida-se gradualmente a ideia de que o ser humano tem “direito a ter direitos” - na terminologia de Hannah Arendt -, ou seja, é sujeito de direitos no âmbito internacional (PIOVESAN, 2013, p. 190). Infere-se que, a partir desse marco do direito humanitário, emerge a ideia de que seres humanos devem ter direitos perante a comunidade internacional simplesmente pelo fato de serem pessoas e não só em decorrência do Estado. Inclusive a soberania estatal é limitada pelos direitos da pessoa. De acordo com Flávia Piovesan, é a partir daí que surge a capacidade processual internacional dos indivíduos (2013, p. 188). Trata-se da internacionalização dos direitos humanos.

O período da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) evidencia mais uma vez a fragilidade dos valores humanos e encoraja novamente a comunidade internacional a reforçar os mecanismos de proteção à vida e a dignidade humana. Dessa conjuntura emerge o Acordo de Londres de 1945, que cria o Tribunal Militar Internacional, com competências para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (PIOVESAN, 2013, p. 191-194).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Convenção Internacional sobre punição do crime de genocídio “constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica” dos direitos humanos. “Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, (...), a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana”. Acontece, neste período, a “definitiva internacionalização” dos direitos humanos (COMPARATO, 2010, p. 68 e 69).

O Tribunal Militar Internacional é contemporâneo à Carta da Organização das Nações Unidas (ONU). O Estatuto da Corte Internacional de Justiça (órgão da ONU) é um importante documento de Direito Internacional e define o costume como fonte de direito. Para tanto, deve-se verificar a consolidação do *opinio juris*. Entende-se por *opinio juris* o “senso de obrigação legal” por parte do Estado. O costume internacional tem eficácia *erga omnis*. É portanto no costume que se baseia o Tribunal de Nuremberg (PIOVESAN, 2013, p. 192-195), o qual não teria como se basear nas leis nacionais nazistas, porquanto estas estavam em desacordo com os ideais de direitos humanos e escusavam os perpetradores de suas violações imorais.

Conforme Flávia Piovesan, “a universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até a então era de seu domínio reservado” (2013, p. 231).

Segundo Thomas Buergenthal, citado por Flávia Piovesan, a Carta da ONU “internacionaliza” os direitos humanos, pois é um tratado multilateral e vincula os Estados-partes, obrigando-os a reconhecer a existência e importância desses direitos (2013, p. 205).

Os direitos humanos passaram por um processo de positivação, de generalização, de internacionalização e, por último, de especificação: “manifestou-se nestes últimos anos uma nova linha de tendência, que se pode chamar de *especificação*, ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito” (BOBBIO, 2004, p. 58).

Quando os direitos humanos tornaram-se tema de interesse internacional, o seu monitoramento e controle (*international accountability*) se fazem necessários para a sua efetiva proteção (PIOVESAN, 2013, p. 231).

Conforme elucida Flávia Piovesan, a ONU possui três conselhos: o de Segurança, o Econômico e Social e o de Direitos Humanos. O Conselho de Direitos Humanos é responsável pela elaboração de iniciativas educativas, além de servir como fórum de debate sobre o tema. Ao conselho tocaria também promover a coordenação das atividades de direitos humanos dentro da Organização, bem como promover a efetiva “incorporação da perspectiva dos direitos humanos em todas as atividades da ONU (*mainstream of human rights within the UN system*)” (2013, p. 204-207). Em 2013, o Secretário-Geral da ONU enunciou que “proteger os direitos humanos é um objetivo central das Nações Unidas e define nossa identidade como organização”¹⁶.

Com relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ela tem sido considerada como uma “interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante” (PIOVESAN, 2013, p. 217).

Contudo, do ponto de vista legalista - de que não compartilham alguns autores - a Declaração Universal dos Direitos Humanos não têm força vinculante, pois não é um tratado. Destarte, foi imperioso que se positivasse tais direitos por meio de tratados multilaterais vinculantes, motivo pelo qual se criou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. Apesar de serem dois tratados, ressalta-se a indivisibilidade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 231-234).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos teve a adesão de 167 países, enquanto o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contou com 160 assinaturas (PIOVESAN, 2013, p. 234 e 248).

O conteúdo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) difere um pouco daquele do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais

¹⁶ <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/> Site Oficial da ONU no Brasil (ONUBR) na seção “ONU e os Direitos Humanos”. Acessado em 25/04/2018.

e Culturais (PIDESC), posto que o primeiro é autoaplicável, enquanto que o segundo depende da implementação de medidas mais complexas. (PIOVESAN, 2013, p. 235). O Pacto de Direitos Civis e Políticos seria, pois, de aplicação imediata e fácil monitoramento, ao passo que o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais demandaria a adoção de medidas, por parte do Estado, a fim de que se alcançasse progressivamente a realização desses direitos (Thomas Buergenthal *apud* PIOVESAN, 2013, p. 249 e MELLO, 2004, p. 870 a 874).

Os pactos constituem para o Estado obrigações de fazer (adoção de medidas para promoção e proteção dos direitos humanos) e de não-fazer (limitação do poder do Estado). Conforme Flávia Piovesan, “as obrigações dos Estados-partes são tanto de natureza negativa (ex.: não torturar) como positiva (ex.: promover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos)” (2013, p. 235).

Os pactos acima mencionados, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), formam a *Carta Internacional de Direitos Humanos (CIDH)*, a qual é complementada por outros tratados de direitos humanos. A partir da Carta Internacional de Direitos Humanos muitas convenções e declarações foram elaboradas, como Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher etc (PIOVESAN, 2013, p. 232 e 262).

Refere-se que os direitos contidos nos Pactos não são todos inderrogáveis, podendo alguns sofrerem supressão em caso de estado de emergência, desde que não haja discriminação de nenhum tipo. Alguns direitos, porém, são inderrogáveis, como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante etc. (PIOVESAN, 2013, p. 237).

Pelos Pactos, os Estados se obrigam a emitir relatórios periódicos sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas para a realização dos fins previstos por esses documentos, os quais serão apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013, p. 238-239 e MELLO, 2004, p. 864)

Uma importante ferramenta criada para a efetiva proteção dos direitos humanos é a petição ao Comitê de Direitos Humanos ou ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Através dessas petições, os indivíduos lesados, agora com capacidade processual, podem pedir que sejam reconhecidas as violações aos direitos humanos. Esse mecanismo de proteção foi incluído mediante documentos chamados Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2013, p. 243 e 260).

Quanto à acionabilidade (a possibilidade de serem levados a juízo) dos direitos econômicos, sociais e culturais, reforça-se que os direitos humanos, sendo indivisíveis, colocam na mesma categoria os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Acredita-se que a justiciabilidade (ou acionabilidade) destes direitos é essencial para que eles sejam de fato observados, visto que ainda subsiste os resquícios da superada tese que dizia não serem eles sequer direitos legais (PIOVESAN, 2013, p. 253-255).

Além das requisições dos indivíduos, o Comitê recebe e aprecia denúncias feitas por outros Estado Partes¹⁷, podendo responsabilizar o Estado violador e até impor a reparação (PIOVESAN, 2013, p. 243 e 246). Com relação ao cumprimento dessa sentença, explica Flávia Piovesan (2013, p. 246):

Embora não exista sanção no sentido estritamente jurídico, a condenação do Estado no âmbito internacional enseja consequências no plano político, mediante o chamado *power of embarrassment*, que pode causar constrangimento político e moral ao Estado violador.

Ou seja, embora essa imposição não seja executável pelos Comitês, existe uma força moral e política que impele o Estado a respeitar a decisão.

Além dos instrumentos convencionais de proteção dos direitos humanos, existem outros chamados por Flávia Piovesan de “mecanismos não convencionais” (PIOVESAN, 2013, p. 313). A professora Eneida Orbage Taquary explica que os mecanismos convencionais consistem “no sistema de

¹⁷ DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.

comunicações interestatais e de relatórios criados por tratados ao disporem sobre mecanismos de supervisão e controle”, enquanto os não convencionais se referem “à investigação do fato in loco”. Este sistema paralelo teria surgido pela ineficiência, em alguns casos, do convencional¹⁸.

Cada sistema tem suas vantagens, contudo órgãos baseados em convenções são menos conflitivos com os Estados Partes e mais limitados no número de procedimentos para lidar com as violações, enquanto organismos não convencionais tem ao seu dispor ferramentas ilimitadas para pressionar politicamente os Estados violadores de direitos. (Henry J. Steiner e Philip Alston *apud* Flávia Piovesan, 2013, p. 314).

2.4.2. Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos

Pode-se dizer que o movimento pós Segunda Guerra que motivou a constituição das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos também foi responsável pela criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, mormente se manifestando a constituição da Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá em 1948 (ACCIOLY, 2016, p. 493).

Os sistemas interamericano, europeu e africano são os três mais relevantes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. (Henry Steiner *apud* Flávia Piovesan, 2013, p. 327 e ACCIOLY, 2016, p. 492).

Os principais instrumentos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos são: 1) A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a qual estabeleceu 2) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e 3) a Corte Interamericana (PIOVESAN, 2013, p. 328). Alguns autores colocam ainda como principais documentos desse sistema a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), além do Protocolo relativo aos direitos sociais e econômicos de San Salvador, de 1988 (ACCIOLY, 2016, p. 494).

¹⁸ A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, p. 143-151, 2014. (DOI: 10.5102/unijus.v25i1.2387). <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2387/2292> acessado em 26 de abril de 2018.

A Convenção Americana de Direitos Humanos - também denominada Pacto de San José da Costa Rica - foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978 (PIOVESAN, 2013, p. 332).

Segundo Thomas Buergenthal, a Convenção Americana tem 82 artigos, os quais preveem o direito “à personalidade jurídica, à vida, ao tratamento humano, à liberdade pessoal, a um julgamento justo, à privacidade, ao nome, à nacionalidade, (...)”, dentre outros (PIOVESAN, 2013, p. 333). Hector Gross Espiell menciona que os direitos previstos no Capítulo II da mesma convenção são: direito à personalidade jurídica, direito à vida, direito ao tratamento humano, proibição da escravidão e servidão, direito à liberdade pessoal, direito de ter a própria honra e dignidade protegidas, liberdade de consciência e religião, liberdade de pensamento e expressão, direito de resposta, direito de assembléia, liberdade de associação, direito de se casar e de fundar uma família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade, direito à propriedade privada, liberdade de movimento e resistência, direitos políticos, igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial, bem como outros direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2013, p. 333).

Atualmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, baseado no valor da prevalência da dignidade humana, tem a função não só de fomentar avanço nos direitos humanos, como também de impedir retrocessos (PIOVESAN, 2013, p. 366).

Sobre a influência que esse Sistema e o Sistema Global têm no Brasil, diz-se que a redemocratização (1985) contribuiu para a reinserção do país no contexto internacional, reavivando valores democráticos e de valorização da proteção à dignidade humana. Com a reabertura, o Brasil passou a contrair obrigações internacionais com relação aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 368-369). “O sistema de proteção aos direitos humanos foi oficializado na Constituição de 1988, mas ganhou contornos já a partir da redemocratização do País, com a realização de eleições diretas em 1985 (...)” (CASTILHO, 2013, p. 168)

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil começou a internalizar diversos tratados sobre o tema. A ratificação da Convenção sobre a Eliminação

de todas as formas de Discriminação contra a Mulher em 1984 é o marco inicial desse movimento (PIOVESAN, 2013, p. 374). No mesmo sentido aponta Ricardo Castilho (2013, p.169):

O constitucionalismo contemporâneo, (...), avançou sobre outras temáticas mais sociais: liberdade de imprensa, liberdade de expressão, respeito às minorias, reconhecimento de diversidades culturais e étnicas e consciência real das questões que envolvem a igualdade. Aí está a importância da Constituição brasileira de 1988, e eis por que é conhecida como a “Constituição Cidadã”.

O Brasil assume paulatinamente a posição de aceitação com relação à globalização dos direitos humanos, bem como firma um compromisso com a democracia e a proteção de certos direitos básicos e inderrogáveis. Aceita, ainda, ser fiscalizado por órgãos internacionais constituídos para este fim. Percebe-se, além disso, que se orienta pelas tendências mundiais de determinação do sujeito, o processo de *especificação*.

2.4. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO I

Infere-se, da análise da história ocidental com base nos autores citados ao longo do capítulo, que a dignidade humana aparece em textos filosóficos e religiosos desde a antiguidade. Na idade média, o cristianismo proclamou o valor da vida humana, ao declarar o homem “filho de Deus”. A doutrina cristã teve grande influência na cultura ocidental, de que a brasileira faz parte. As revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX e a ideologia renascentista e iluminista reforçaram o valor da vida e da dignidade humana, e instrumentos normativos consagrando esses valores começaram a surgir nos Estados Liberais. Posteriormente, assistiu-se o processo de internacionalização dos direitos humanos, mormente nos diplomas de direito humanitário, na criação da Cruz Vermelha e na formulação da Organização Internacional do Trabalho, além da Convenção da Liga das Nações. Neste momento, a soberania estatal começa a ser relativizada pela doutrina jurídica em prol do ser humano. A Segunda Guerra expos o fracasso

das nações na proteção do ser humano, o que motivou a emergência da Declaração Universal de Direitos Humanos, dentre outros instrumentos interamericanos de proteção, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Com relação ao Brasil, o processo de redemocratização reabriu o país para o direito internacional da dignidade humana. A partir de 1985, diversos instrumentos de direitos humanos começaram a ser internalizados, como, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto brasileiro de 2002). Ressalta-se que, ao longo da história, o valor da dignidade humana era proclamado do ponto de vista androcêntrico e moldado para a proteção de um homem específico, excluindo-se grande parte da população em muitos direitos, como as mulheres e os estrangeiros. O processo de *especificação* dos direitos humanos internacionais (o qual vai abarcar minorias) acontece apenas na segunda metade do século XX, quando se começa a construir um sistema especial de proteção dos direitos humanos. Como exemplo deste processo de *especificação*, tem-se a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1969).

Com relação às concepções de direitos humanos, entende-se que são um construído histórico de fundo ideológico, resultado de lutas sociais por direitos. Têm as características de serem tendentes à expansão e se fundarem na dignidade da pessoa humana, a ser atingida através do acesso a bens. Os princípios derivados dos direitos humanos são: a universalidade, a ideia de que todo ser humano é titular de direitos e dotado de dignidade, e que isso decorre do fato de ele ser uma pessoa e o da indivisibilidade, que é a noção de que todos os direitos, sejam civis ou políticos, precisam ser garantidos para que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam assegurados, porque a proteção de um depende da proteção de todos, e a violação de um é a violação dos demais.

Na luta pela consagração dos direitos humanos, discute-se se a universalidade dos direitos não feriria a autodeterminação dos povos e não desrespeitaria a cultura local. Sobre isso, entende-se que a universalidade é construída a partir do diálogo plural entre diferentes culturas, mas que o

relativismo cultural nunca pode ser invocado para se escusar violações graves à dignidade da pessoa humana.

3. CAPÍTULO II - DIREITOS SEXUAIS

O objetivo deste capítulo é estabelecer o significado de direitos sexuais e entender como eles são parte dos direitos humanos. Compreende-se a necessidade de diferenciar “direitos sexuais” de “direitos reprodutivos”, apesar de sua frequente vinculação quando se trata de pessoas do sexo feminino. A abordagem a partir da sexualidade separada da reprodução e da saúde feminina é essencial para se construir um debate mais amplo que proteja os direitos sexuais não só das mulheres heterossexuais, mas também de outros grupos sociais: gays, lésbicas, bissexuais, transgênero e transsexuais etc.

3.1. ORIGEM DOS DIREITOS SEXUAIS

Como visto no capítulo anterior, em virtude da brutalidade testemunhada na Segunda Guerra Mundial, notadamente na violação reiterada dos direitos humanos, a Comunidade Internacional reconheceu a necessidade de se elaborar um documento que fortalecesse a proteção a estes direitos, o que resultou na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1945. Este documento, juntamente com outros tratados internacionais de cunho universal, formam o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas (PIOVESAN, 2010, 263).

A igualdade formal promovida por esse sistema global não era suficiente para a efetivação da proteção dos direitos de alguns grupos minoritários (minorias étnicas, raciais e de gênero); assim, aconteceu um *processo de especificação do sujeito de direito* para que o rol de Direitos Humanos incluísse demandas minoritárias. Configuram-se dois sistemas: o sistema especial de proteção dos direitos humanos e o sistema geral de proteção dos direitos humanos, os quais coexistem e se complementam. (PIOVESAN, 2010, p. 263-264).

Segundo Norberto Bobbio, o surgimento dos “direitos do homem” têm base teórica no estado de natureza proposto por Locke. O direito natural fundamental do ser humano seria a liberdade. A Declaração de Direitos dos Homens preceitua

que “todos são iguais em liberdades e direitos”. Essa igualdade não permite discriminação. O processo de especificação do sujeito de direito seria o reconhecimento de que, para se assegurar a liberdade, seria necessária uma discriminação que protegesse determinados indivíduos em posições sociais de desigualdade, como minorias étnicas, mulheres, crianças etc. Os direitos humanos teriam nascido com uma característica de “universalidade (indistinção ou não-discriminação)”, que não atendiam a necessidades específicas. Assim como a liberdade abstrata logo se transformou em liberdades concretas (como o direito à liberdade de imprensa), o mesmo teria acontecido com os sujeitos de direito, que passaram a ser, pouco a pouco, determinados (2004, p. 58-66).

A Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1979 é resultado da luta feminista pela proteção dos direitos das mulheres e faz parte desse Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos. O *sujeito especificado* pela Convenção é a mulher. A partir deste documento, o movimento feminista pode fundamentar com maior aceitabilidade a defesa dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, e o fez na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de Cairo (1994), na Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim (1995) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (internalizada pelo Brasil através do Decreto nº 1.973, de 1996)¹⁹. A partir desses diplomas, o tema de direitos sexuais começa a ser introduzido na pauta de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, 263-264 e 313).

Cabe ressaltar que os direitos sexuais não são pauta exclusiva do movimento feminista. A salvaguarda de tais direitos também é demandada por outros grupos sociais que buscam a proteção de sua dignidade através de medidas assecuratórias de sua liberdade sexual. A demanda pela proteção dos direitos sexuais é feita pelo movimento feminista, pelo movimento LGBT, pelos movimentos identitários e pelos demais grupos que experimentam “novas formas individuais e coletivas de ser e de viver a sexualidade” (RIOS, 2007, p. 7).

¹⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm DECRETO Nº 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Segundo Roger Raupp Rios, em seu trabalho *Em defesa dos Direitos Sexuais*, a liberdade sexual no âmbito internacional foi levantada inicialmente pelo movimento feminista, o qual exigia o fim da violência sexual contra as mulheres, bem como se exigia a liberdade de escolha reprodutiva das mulheres com relação ao acesso aos métodos contraceptivos e abortivos. O direito à vida sexual estava intimamente ligado à reprodução (2007, p. 19):

Na abordagem jurídica da sexualidade, seus conteúdos são geralmente articulados a partir das demandas envolvendo situações específicas representativas das lutas e das reivindicações dos movimentos feministas, desde as realidades sociais da discriminação sexista e da violência até questões relativas à saúde reprodutiva, especialmente no que diz respeito ao acesso às técnicas contraceptivas e ao aborto.

Conforme Flávia Piovesan “historicamente, constata-se que a luta pelos direitos reprodutivos tem seu ponto de partida nas reivindicações femininas em torno da questão reprodutiva” (2010, p. 307). A consciência do sexismo e suas consequências para milhares de mulheres em todo o mundo levou o Direito Internacional a prever algumas formas de proteção dos direitos das mulheres, dentre eles, os de liberdade reprodutiva e sexual. O reconhecimento dos direitos reprodutivos femininos como parte dos direitos humanos foi essencial para se trazer ao debate os temas de direitos sexuais, dentre eles o direito da pessoa humana de “desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos” - nos termos do Programa de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento de Cairo de 1995 (RIOS, 2007, p. 16-21). Apesar dessa frequente conexão entre direitos sexuais e reprodução, e apesar das mulheres serem o maior grupo social a experimentar a violação desses direitos, se faz necessária, para o seguimento desse estudo, a diferenciação entre direitos sexuais e direitos reprodutivos, também para que possamos incluir nessa proteção pessoas de diferentes orientações sexuais e identidade de gênero. Explicar-se-á, pois, no tópico a seguir, as concepções de direitos sexuais.

À vista disso, com relação a sua origem, com base nos autores citados, diz-se que os direitos sexuais surgem na ordem internacional como consequência de vitórias obtidas por parte dos movimentos sociais. A Declaração de Cairo

(1994), a Declaração de Pequim (1995) e a Convenção de Belém do Pará (internalizada pelo Brasil em 1996) são concretizações desses direitos. Hoje, apesar da atuação primordial do movimento feminista na conquista dos direitos sexuais, estes devem ir além da proteção à dignidade reprodutiva e sexual feminina, pois precisam abarcar todos os gêneros e orientações sexuais. O fundamento dos direitos sexuais está na proteção da dignidade, sendo a salvaguarda daqueles essencial para o bem-estar da pessoa humana.

3.2. CONCEPÇÕES DE DIREITOS SEXUAIS

Para analisar as concepções de direitos sexuais, estudar-se-á como os ordenamentos jurídicos internacionais e nacionais enxergam esses direitos, observando suas manifestações expressas e implícitas. A partir destes documentos, será apresentada a visão de alguns doutrinadores acerca do tema e analisar-se-á algumas propostas de conceituação desses direitos.

Flávia Piovesan aborda os direitos sexuais a partir dos direitos reprodutivos, no contexto histórico da luta feminina pela reconquista do controle sobre seu corpo. “Os direitos reprodutivos refletem a tensão entre maternidade obrigatória concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação”. Posteriormente, com base nas normas positivadas analisadas, ela faz uma diferenciação entre direitos reprodutivos e sexuais, descrevendo os direitos sexuais como o direito das pessoas de ter o controle sobre o próprio corpo; de decidir responsabilmente sobre sua sexualidade e vida sexual; de viver com liberdade sua orientação sexual sem sofrer violência, coação nem discriminação; de ter acesso à educação sexual; de ter sua privacidade preservada; de ter disponível o mais alto padrão de saúde sexual e de fruir do progresso científico, podendo consentir a experimentação (2010, p. 307 e 314).

No tocante à questão sobre se os direitos reprodutivos são ou não direitos humanos, informa-se que a Conferência de Pequim de 1995 considerou os

direitos sexuais e reprodutivos como parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis (PIOVESAN, 2010, p. 313).

O mesmo diploma anuncia o compromisso de combater a desigualdade de gênero e de promover a saúde sexual das mulheres. Também reconhece a importância da efetivação do “direito das mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria sexualidade”. Além disso, recomendou a revisão de políticas repressivas ao aborto nos Estados (PIOVESAN, 2010, 312).

Ao abordar a proteção dos direitos sexuais no ordenamento jurídico brasileiro, a autora destaca alguns dispositivos constitucionais, como o princípio da igualdade, a proibição da discriminação e a proteção à intimidade, à vida privada e à honra. Das disposições legais, cita-se alguns aspectos relacionados à saúde sexual e reprodutiva da mulher, como as ações de assistência à concepção, à contracepção, ao controle de doenças sexualmente transmissíveis, apoio ao parto, direito ao pré-natal etc (2010, p. 318).

Quanto às limitações ao livre exercício da sexualidade e ao controle do próprio corpo, destaca-se que o direito civil brasileiro impõe restrições à esterilização cirúrgica voluntária, exigindo diversas formalidades com o objetivo de desencorajar o procedimento. Dentre as formalidades está a necessidade de consentimento expresso de ambos os cônjuges. Outro exemplo de controle é a vedação da esterilização através de histerectomia²⁰ ou ooforectomia²¹. Ainda, o Código Penal brasileiro proíbe aborto, com algumas exceções²² (PIOVESAN, 2010, p. 317-319).

O direito brasileiro possui algumas normas de proteção aos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres e de proteção da sua saúde sexual. Essas normas se fundam nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade. A maternidade, a saúde e a liberdade reprodutiva estão quase sempre legalmente tuteladas pelo Estado. Por outro lado, certas normas anacrônicas, tais como a proibição do aborto (mesmo nas primeiras semanas) e a necessidade de autorização do outro cônjuge para a esterilização, prescindem de reformulação,

²⁰ remoção do útero, em extensão variável.

²¹ extirpação de ovário, em extensão variável.

²² em caso de risco de morte para a gestante, em caso de gravidez resultante de estupro e em caso de anencefalia do feto.

uma vez que limitam o direito das pessoas de não reproduzir e contrastam com as diretivas internacionais as quais declaram o direito das mulheres de decidir sobre sua vida reprodutiva. Ressalte-se que a Conferência de Pequim recomenda que os países revisem suas políticas repressivas ao aborto ilegal.

O autor Roger Raupp Rios concorda que a positivação dos direitos sexuais tem origem na luta pela libertação feminina e enumera diversos compromissos internacionais que versaram sobre o combate à desigualdade de gênero, tais como: a Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos do Teerã (1968), a Assembléia Geral da ONU de 1975, A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993), a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento de Cairo (1994) e seu Plano de Ação e a Quarta Conferência Mundial da Mulher de Pequim (1995). Ainda, cita a Convenção de Belém do Pará de 1994, dos países latino-americanos. Apresenta-se nestes documentos o desenvolvimento e consolidação do direito à igualdade e da não-discriminação. O direito da sexualidade se apresenta expressamente apenas a partir da Conferência de Pequim de 1995 e que, mesmo nesta, o direito está vinculado à saúde sexual (RIOS, 2007, p. 17 a 19).

A Constituição Federal Brasileira, como se vê, não menciona diretamente os direitos da sexualidade, entretanto possui princípios e direitos a partir dos quais se pode presumir sua tutela. Além disso, a Carta é aberta ao reconhecimento de novos direitos individuais e coletivos quando estes forem de direitos humanos ou se fundarem em princípios constitucionais (RIOS, 2007, p. 20 e 21).

Quando se fala em direitos sexuais, estão compreendidas várias das expressões da sexualidade humana, tais como: identidade, conduta, preferência, orientação, dentre outros. Isso porque aquilo que é sexual - ou não - varia de acordo com a cultura, com o momento histórico e com a localização geográfica. Existe a necessidade de contextualização dos direitos sexuais para que eles sejam adequadamente tutelados (RIOS, 2007, p. 22 e 23). A sexualidade humana é moldada parcialmente pela cultura e se manifesta de diversas formas: no modo

como indivíduo se vê, como vê o mundo, como se relaciona, como é visto etc. Ela não se restringe ao ato sexual.

Os princípios básicos que regem os direitos sexuais são os mesmos da democracia e dos direitos humanos: o da liberdade, o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana (RIOS, 2007, p. 24).

A igualdade tem relação com a inclusão social, e pressupõe o direito à não-discriminação. A discriminação, por sua vez, tem como consequência a exclusão social e a desigualdade. Para a eliminação da discriminação, o Estado deve adotar medidas proibitivas e procurar equilibrar as relações sociais por meio de ações afirmativas e outras atuações. É necessário combinar proibição à exclusão com políticas de inclusão. A mera proibição da discriminação não traz, por si só, a inclusão social (PIOVESAN, 2010, p. 252-256).

O princípio da igualdade direciona para o respeito à diversidade (RIOS, 2007, p. 25). O princípio da diversidade sustenta o direito individual de ser diferente, o direito do indivíduo de viver da forma que lhe trazer maior bem-estar, respeitado o direito dos demais sujeitos de direito. A regulação jurídica da vida deve assegurar a efetivação dos direitos materiais, tanto os individuais quanto os coletivos. O Estado deve se abster reprimir liberdades individuais por motivações morais que não atendam à finalidade máxima da proteção da dignidade humana ou que de alguma forma violem o princípio da dignidade.

Derivados dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade, o autor Roger Raupp Rios (2007, p. 25) lista alguns direitos democráticos da sexualidade que precisam ser assegurados: direito à liberdade sexual, à autonomia, à integridade, à segurança, à privacidade, à expressão, à associação, às escolhas reprodutivas e à informação (livre de discriminações).

Como dito, uma das funções do Estado é a promoção da igualdade. Além de se abster de violar liberdades individuais, o Estado deve protegê-las e promover o respeito social a elas. Os direitos da sexualidade estariam dentro da “segunda geração” de direitos humanos, fazendo parte dos direitos sociais e econômicos e merecendo prestações estatais que promovam a igualdade fática (RIOS, 2007, p. 26). Um exemplo de promoção estatal da igualdade seria a criação de lei brasileira que proíba a discriminação contra indivíduos em razão de

sua orientação sexual. Tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 7.702 de 2017, o qual propõe expandir a lei de combate a discriminação racial (Lei 7.716/89) para proteger os cidadãos também contra a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Atenta-se para a questão da responsabilidade no desempenho dos direitos sexuais. “O exercício da sexualidade avança a esfera jurídica alheia, dado que sua vivência requer, no mais das vezes, o concurso de terceiros”. Questões de consentimento devem ser observadas quando se trata de relações sexuais. Algumas circunstâncias podem impossibilitar o consentimento ao ato. Aspectos como idade, capacidade de discernimento, papel desempenhado pelo partícipe na relação, condição de vulnerabilidade e outras situações que levem à grave discrepância de poder entre os indivíduos impedem que o consentimento exista e, conseqüentemente, limitam o exercício da sexualidade (RIOS, 2007, p. 27 e 28). Quando o sexo é praticado entre “pessoas desigualmente investidas de poder”, “passa a pairar a sombra da violência presumida” (CARRARA, 2015).

Ainda com relação à responsabilidade sexual, o direito brasileiro proíbe a conduta de disseminação proposital de doenças sexualmente transmissíveis (RIOS, 2007, p. 28).

O “exercício responsável da sexualidade”, previsto em alguns documentos anteriormente citados, no âmbito dos direitos sexuais não tem conteúdo de repressão moralista da sexualidade, mas o de orientar para a observância do direito do outro (RIOS, 2007, p. 28).

Outro aspecto do direito democrático da sexualidade é o direito ao reconhecimento e de distribuição. Refere-se ao acesso aos bens, trata-se da justiça socioeconômica. Situações de dominação cultural, de não-reconhecimento e de desrespeito à determinado grupo impedem a justiça distributiva e o acesso aos bens por alguns grupos sociais. A tutela estatal dos direitos sexuais deve incluir o reconhecimento e a distribuição. Existe uma relação entre o acesso igualitário aos bens (justiça econômica) e a não-discriminação: grupos excluídos socialmente em razão de seu comportamento sexual, de sua identidade ou de seu sexo têm menos acesso a bens, o que causa mais exclusão (RIOS, 2007, p. 28 e 29).

Um dos desafios à efetivação do direito democrático da sexualidade é o rompimento da dicotomia entre as esferas pública e privada, pois existe certa resistência a que o Estado regule também os atos que acontecem em ambiente doméstico. Essa postura estatal de não-intervenção na esfera privada, culturalmente aceita, tem resultados negativos para as minorias que, em ambientes domésticos, ficam submetidas à opressões machistas e heterossexistas. O Estado é muitas vezes condescendente com atos discriminatórios contra mulheres, crianças, adolescentes e pessoas de orientações sexuais minoritárias, os quais são oprimidos no âmbito doméstico e não têm sua dignidade tutelada pela autoridade estatal. Culturalmente, entende-se existir uma separação entre a esfera pública e a privada para fins de intervenção estatal, e isso limita o alcance da proteção dos direitos humanos (RIOS, 2007, p. 32 e 33).

A não-intervenção estatal na esfera privada só é requerida quando para assegurar o pluralismo e a individualidade. Quando a cultura é prejudicial às minorias, alicerçada em valores de hierarquia social discriminatória e fundamentalismos, o Estado tem o papel educacional de modificar o costume, a fim de promover a inclusão social e assegurar o pluralismo democrático (RIOS, 2007, p. 33).

O direito democrático da sexualidade tem como princípios basilares a igualdade e a liberdade, e a sexualidade humana é uma esfera da vida que sofre muitas interferências e repressões morais. Por conta disso, existem diversas objeções à positivação e efetivação desses direitos. O autor Roger Raupp Rios enumera três principais argumentos contra a aceitação desse direito: o argumento da legitimação democrática, o argumento moral e o argumento biomédico (RIOS, 2007, p. 33-35).

O argumento da legitimação democrática refere a falta de legitimidade dos legisladores e outras autoridades estatais para impor o respeito ao direito da sexualidade, uma vez que a maioria da população seria contra a efetivação desses direitos. Forçar a igualdade e liberdade de minorias e impor o respeito a determinadas pessoas e práticas seria um desrespeito à vontade popular. O argumento é facilmente refutado com base nos direitos humanos. Historicamente,

os direitos humanos têm protegido e reconhecido direitos das minorias contra arbitrariedades da maioria ou do Estado (RIOS, 2007, p. 34). A democracia não é baseada na vontade da maioria, mas na vontade do povo, incluindo as minorias.

O argumento moral diz que os direitos da sexualidade são contrários à moral. O livre exercício da sexualidade, a liberdade de identificação sexual, a liberdade de orientação sexual, o direito de não ser discriminado em razão do sexo, o direito à informação sexual, o direito à saúde sexual e o direito ao prazer sexual seriam direitos contrários à moral. Por serem contrários à moral - já que rejeitados pela maioria -, não poderiam ser considerados direitos. A resposta dada pelo autor a esta objeção é fundamentada a partir dos princípios democráticos da liberdade e da igualdade: aduz, com base no autor John Stuart Mill, que sentimentos morais, gostos, nojos, tradições e repulsas não podem servir de argumento contra a liberdade individual e o pluralismo, sob pena de se desenvolver um autoritarismo social “integralista”, intolerante, fundamentalista das tradições, onde pessoas “iluminadas” ditariam aquilo que é melhor para os demais. Acrescenta ainda o autor que a ausência de dano relevante a terceiros e a presença do consentimento nas relações faz com que o argumento moral perca definitivamente a força. Além disso, lembra que o religioso aceita a existência do ateu porque a tolerância resulta, da mesma forma, na aceitação de sua liberdade de culto (RIOS, 2007, p. 34).

A moralidade religiosa é semelhante à cultural, e deve igualmente ser afastada da autoridade estatal segundo os preceitos do Estado laico e democrático e a tradição dos Direitos Humanos. O respeito à diversidade e ao pluralismo são valores democráticos do Estado de direito (RIOS, 2006, p. 34).

O argumento biomédico se funda na suposta patologização de determinados comportamentos e sentimentos humanos. A ideia de que certas práticas ou identidades sexuais são disfunções ou doenças, com base em postulados médicos ou biológicos. Ressalta-se que não há consenso entre os profissionais e cientistas destas áreas com relação à diversidade de expressões sexuais e se elas são ou não patológicas (RIOS, 2007, p. 35). Não havendo resposta científica convencional, questiona-se se a finalidade da patologização não seria o controle social moral a partir de preceitos pseudo-científicos. Ainda,

recorda-se que a exclusão social e a discriminação têm consequências negativas à dignidade do indivíduo.

Os discursos de objeção à positivação e efetivação dos direitos sexuais parecem ignorar os danos causados pela discriminação e a desigualdade ao indivíduo e à sociedade. Em 2007, um grupo de especialistas em direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero elaborou e propôs o documento Princípios de Yogyakarta (Indonésia). Trata-se de uma recomendação de interpretação às normas de direitos humanos, as quais devem observar os direitos das minorias LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgênero e Transexuais etc) e das mulheres. O documento enuncia que a discriminação, a violência, o assédio, a exclusão, a estigmatização e o preconceito motivados pelo gênero ou orientação sexual comprometem a dignidade dos sujeitos a tais abusos, enfraquecendo sua autoestima e sua inserção social (ACCIOLY, 2016, p. 522).

O princípio da dignidade sobre o qual se constrói os direitos humanos e que é também fundamento da Constituição Federal, pode ser traduzido como o direito à vida digna. A missão por trás do princípio é a “preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial” (NUCI *apud* ESTEFAM, 2016, p. 73).

Uma vez legitimados os direitos da sexualidade, estes servirão de parâmetro para interpretações e renovações no sistema jurídico brasileiro e internacional. Alguns temas serão enfrentados do ponto de vista da dignidade da pessoa humana - agora englobando os direitos sexuais como essenciais a integridade da dignidade -, tais como: casamento entre pessoas do mesmo sexo, prostituição, pornografia, direitos reprodutivos e proibição de discriminação por identidade de gênero e orientação sexual.

A questão da prostituição é complexa. Isso porque a proibição não impede que a prática aconteça e coloca as vítimas de exploração sexual em uma posição ainda mais vulnerável. A regulamentação, por sua vez, tampouco melhora as condições daqueles que se prostituem, pois a convivência estatal justifica a social, dificultando o combate à cultura da exploração sexual. No Brasil, apenas a exploração sexual é crime; prostituir-se, não. Nota-se, contudo, negligência do

Estado quanto à prostituição de homens: além de serem menos tutelados que as mulheres, por vezes são culpabilizados e criminalizados, enquadrados no delito de vadiagem (RIOS, 2007, p. 36-37).

Segundo o autor Roger Raupp Rios pornografia é outra questão a ser observada por aqueles que pretendem defender os direitos sexuais. A objetificação feminina e o estímulo à humilhação e à violência reforçam o machismo na cultura (2007, p. 38). Há de se observar, no entanto, que não é qualquer nudez ou ato sexual gravado que deve ser considerado pornografia, sob pena de se censurar manifestações artísticas e culturais, as quais servem, inclusive, para instigar a crítica à própria cultura.

Além da pornografia e da prostituição, outras questões, como o direito ao aborto e à união civil homossexual, devem passar a ser apreciados do ponto de vista da proteção dos direitos sexuais.

Isto posto, tem-se que direitos sexuais integram os direitos humanos, pois é imprescindível a sua proteção para que a dignidade humana se preserve. Ter direitos sexuais significa ter a proteção moral e física da sexualidade, poder exercer livremente a própria sexualidade e identidade de gênero, sem discriminação, coação ou violência, além de ter acesso à educação e à saúde sexual. É a proteção da imagem, da privacidade, da honra, do corpo e da vida. A cultura sexista e heterossexista exclui as minorias sexuais e de gênero, ao que se faz necessária uma postura ativa e promotora de inclusão social por parte do Estado, que mitigue os efeitos culturais da repressão às liberdades individuais e da repressão baseada na hierarquia de gêneros.

A organização dos grupos de interesse na defesa dos direitos sexuais é relativamente recente, o que explica a ausência de positivação expressa desses direitos tanto no Direito Internacional como no constitucional brasileiro. Nada obstante, os princípios dos Direitos Humanos e os da Constituição Federal - Igualdade, dignidade, liberdade - dão suporte à elaboração de leis e presunção da existência desses direitos. Os direitos humanos estão historicamente vinculados às lutas sociais ideológicas, e a positivação dos direitos sexuais - como direitos humanos - depende apenas do reconhecimento de direitos já demandados por grupos sociais. A carta de Princípios de Yogyakarta é um importante documento

alicerçante dos direitos sexuais e deve servir de fonte para a elaboração de futuros documentos, além de para a interpretação dos já existentes.

Quanto a questão de se direitos sexuais são ou não direitos humanos com base no ordenamento jurídico internacional, defende-se que os direitos reprodutivos (parte dos direitos sexuais) já foram reconhecidos na Conferência de Pequim de 1995 como parte inalienável dos direitos humanos universais e indivisíveis. Ressalta-se, contudo, que se falava dos direitos femininos, vinculados ao casamento, à liberdade de decisão sobre o sexo e à liberdade de reprodução. É imperativo que os demais direitos sexuais (vinculados a orientação sexual e identidade de gênero) também sejam consagrados em dispositivos internacionais de proteção dos direitos humanos. Alguns autores defendem a existência dos direitos sexuais não positivados, portando como justificativa a demanda social por tais direitos e a justificativa lógica da não-violação da dignidade do ser humano e da promoção de sua proteção pelo Estado.

3.3. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO II

A demanda para que a Comunidade Internacional e o Estado protejam a esfera da sexualidade humana surge do reconhecimento de que a dignidade humana não poderia ser íntegra enquanto a sexualidade sofresse violações. A questão da violação a essa esfera foi levantada pelos movimentos feminista e LGBT, minorias de gênero e orientação sexual. Os direitos humanos têm como princípio a proteção da dignidade e, por conseguinte, pretendem a proteção de todos os bens jurídicos essenciais à integridade dessa dignidade humana, sejam bens materiais ou imateriais. Historicamente, os direitos humanos evoluem a partir de movimentos sociais, os quais demandam positavações de direitos, para assegurá-los com mais legitimidade e segurança jurídica. Contudo, a inexistência de norma escrita, para alguns autores, não significa a inexistência do direito, pois a demanda por direitos sexuais - interpretados como essenciais à dignidade humana - é legitimadora da existência de tais direitos. Para o progresso social, é recomendável que se consagrem normas que promovam a salvaguarda dos

direitos sexuais em documentos internacionais de direitos humanos, bem como se preveja métodos de efetivação e acionabilidade de tais direitos. Perdura certa resistência moral ao reconhecimento de alguns direitos sexuais, que precisa ser racionalmente superada para que a violação dos referidos direitos não persista e não mais causem exclusão social e desigualdade.

4. CAPÍTULO III - LIMITES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS

No primeiro capítulo foi elaborado o conceito de direitos humanos para que se apreciasse se os direitos sexuais mereciam ser considerados como tais. Viu-se que a doutrina diverge: partindo da corrente positivista, os direitos sexuais ainda não conquistaram sua legitimação integral, pois não estão todos expressos na lei, seja nacional, seja internacional; para outros autores, contudo, a demanda social fundada no princípio da dignidade da pessoa humana seria suficiente para a existência dos direitos sexuais, uma vez que a dignidade da pessoa é a premissa fundamental da Constituição Federal brasileira (1988) e dos tratados de direitos humanos. Haveria, pois, um caminho lógico interpretativo que levaria ao reconhecimento dos direitos sexuais derivados do direito positivo ou, ainda, poder-se-ia considerar a existência de direitos naturais derivados do princípio da dignidade humana.

Presentemente, investiga-se as razões pelas quais os direitos sexuais não puderam, até o momento, ser aceitos expressamente pela sociedade como direitos humanos. Sua constitucionalização e positivação em tratados internacionais enfrenta, mormente, conforme se verá, motivos morais.

4.1. HISTÓRIA DO CONTROLE DA SEXUALIDADE

Este tópico não tem a pretensão de abranger todos (ou sequer a maioria) dos aspectos históricos que contribuíram para a construção da moral sexual de nossa sociedade, mas objetiva contextualizar brevemente a cultura da sociedade ocidental com base em alguns marcos relevantes de nossa história civilizatória.

No decorrer da trajetória humana, assistiu-se à regulamentação e ao controle da expressão livre da sexualidade. O sexismo e o heterossexismo foram justificados por diferentes argumentos: de ordem moral, religiosa, científica, jurídica, política, dentre outras (CARRARA, 2015).

Algumas culturas, segundo a etnodemografia, são pró-natalistas, e portanto reprimem o sexo não-reprodutivo. Outras, estimulam práticas

anticoncepcionais e primam pelo prazer sexual, e não pela reprodução. “Nós, povos mitologicamente descendentes de Abraão - judeus, cristãos e muçulmanos - somos herdeiros típicos da ideologia demográfica pró-natalista”. Os mitos bíblicos fazem parte da cultura ocidental e influenciam profundamente nossa moral. Posições ideológicas se fundam em passagens bíblicas pró-reprodução - “crescei e multiplicai-vos” - e discriminatórias da prática homossexual - cita-se a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra por suas práticas homossexuais “abomináveis”, segundo o pensamento bíblico (MOTT, 2015, p. 18).

A moral da sociedade grega da Antiguidade - a qual também influencia a cultura filosófica ocidental - era hostil às liberdades da mulher, concedendo a ela menos poder que ao homem e obrigando-a a obedecê-lo. Aristóteles (384 a 322 a.C.) é um dos que contribuiu para a construção da concepção de hierarquia de gênero e discriminação da mulher, pois refere e defende que alguns seres possuem (ou devem possuir) naturalmente menos poder: “alguns seres, ao nascer, se vêem destinados a obedecer, outros, a mandar”. A posição do filósofo justifica moralmente o sexismo. Segundo seu pensamento, a mulher nascera destinada a obedecer ao homem. Nascer do sexo feminino também condenava o sujeito à exclusão da vida pública. Na sociedade democrática da época, a “boa vida” - por Aristóteles - era relacionada à participação política e ao uso da palavra. A mulher não tinha espaço ou voz, devendo ser passiva e obediente, tanto no âmbito privado, quanto no público. A visão androcêntrica se sustentava na ética naturalista, segundo a qual a mulher era naturalmente destinada a obedecer (OLIVEIRA, 2002, p. 103-106).

O desprezo ao feminino tinha seus reflexos na intolerância ao homoerotismo. Era inadmissível que o homem livre assumisse posição passiva no sexo. Era imposto que se preservasse “o ideal viril do cidadão” e a “liberdade do senhor”. A posição passiva era associada ao escravo. Apesar dessa concepção repressora da sexualidade, algumas civilizações da Antiguidade permitiam o homoerotismo quando se tratava da iniciação sexual e política de “jovens cidadãos adolescentes” (OLIVEIRA, 2002, p. 104-106).

A cultura europeia medieval tampouco era simpática ao corpo feminino e às práticas homoeróticas. Primeiramente, o corpo feminino era visto como um

“masculino atrofiado”, a mulher era o meio termo entre a humanidade (homem) e a animalidade (Wilza Villela e Margareth Arilha *apud* MATTAR, 2008, p. 65).

A homossexualidade era vista como “sexualidade desviante”, e o termo “perversio”, surgido em 1444 para designar o ser de orientação homossexual, tinha conotação pejorativa (Lantieri Laura *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 115). A perseguição cristã inquisitorial às “bruxas” era, muitas vezes, uma tentativa de repressão às adeptas a práticas da “sodomia”. A acusação inquisitorial, no entanto, esbarrava muitas vezes na dificuldade de se definir o que seria uma prática homossexual feminina, uma vez que o sexo era concebido do ponto de vista falocêntrico (OLIVEIRA, 2002, p. 106 a 109). O sexo autorizado pela moral cristã era somente aquele praticado dentro do casamento heterossexual, com fins reprodutivos. O sexo pelo prazer era condenado pelas igrejas, às quais o viam como “um ato egoísta, hedonista, despido de qualquer valor moral” (CARRARA, 2015, p. 328). “A Igreja ensina que qualquer ato que dissocie a união sexual da procriação é pecaminoso” (GUTIÉRREZ, 2004, p. 73). A moral cristã europeia medieval reprimia, portanto, todas as expressões da sexualidade que não se enquadrassem no padrão monogâmico heterossexual sancionado pela igreja por meio do matrimônio. Além disso, a noção de hierarquia de gênero e de opressão da mulher persistia:

A figura da mulher aparece no imaginário da Igreja como o símbolo da desobediência, da sexualidade e da liberdade. O mito de Adão e Eva, com sua expulsão do paraíso, marcou o destino falho dos homens por causa da tentação exercida pela mulher. A igreja, uma instituição masculina e patriarcal, tem procurado limitar a autonomia da mulher confinando-a ao espaço “sagrado” da maternidade (GUTIÉRREZ, 2003, p. 73).

No liberalismo clássico, a ficção da igualdade formal “universal” não incluía mulheres. A posição kantiana também era no sentido de que a hierarquia entre os sexos era “natural” e não feria os princípios de igualdade, estes levantados pela Revolução Francesa (1789). “Kant reafirma que a prevalência da autoridade masculina não prejudica a igualdade, pois é derivada da *superioridade de gênero*, expressamente admitida como *natural* em relação ao gênero feminino.” (OLIVEIRA, 2002, p. 109 e 110).

Para ilustrar o clima da Revolução, menciona-se a iniciativa de Olympe de Gouges que, inspirada pelos ideais da revolução, elaborou juntamente com outras mulheres - em contraponto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) - a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã” (1791), onde se pleiteava para as mulheres direitos de representação política, trabalhistas, patrimoniais, dentre outros derivados dos ideais de igualdade e liberdade. Por conta de suas posições políticas e de sua ideologia feminista, Gouges foi guilhotinada em 1793 (PETERLE, 2009). Para a moral liberal iluminista, a mulher era parte da propriedade do homem, integrando o “privado” (OLIVEIRA, 2002, p. 109-110). Apesar disso, é nesta época que a mulher deixa de ser vista como um ser de corpo “atrofiado” para ganhar um sexo biológico (MATTAR, 2008).

No liberalismo protestante contemporâneo à independência dos Estados Unidos (1776), houve alguns movimentos de emancipação da mulher, as quais pregavam como missionárias, podendo ter alguma participação política no meio eclesiástico das novas igrejas. O empoderamento feminino pouco durou, sendo prontamente reprimido por um movimento fundamentalista que empurrou a mulher de volta para o lar e a maternidade (GUTIÉRREZ, 2004, p. 73).

O terminologia “homossexual” surge por conta da normatização heterossexual da sociedade burguesa europeia. A expressão se consolidou na psiquiatria do século XIX, onde se patologizou a conduta homossexual, considerada um “atraso evolutivo ou retardamento psíquico, manifesto no funcionamento mental feminino do homem” (OLIVEIRA, 2002, p. 114-116).

Michel Foucault (1998), em *A História da Sexualidade I*, expõe a emergência de instituições para o controle do dispositivo da sexualidade através da manipulação do discurso, identificando que este controle se exerce, na sociedade burguesa, através de instituições como hospitais (psiquiatria, psicologia), escolas (pedagogia), asilos e prisões. Infere-se, a partir do autor, que não houve exatamente uma repressão da sexualidade, mas um controle sobre seu dispositivo, mediante diversas tecnologias (implementadas por instituições) criadas na época, as quais se assemelham - e talvez derivem - da confissão cristã, contudo possuindo fundamentação teórica e justificativa na aclamada “ciência”.

Nota-se que, nesta época, a justificativa moral para a intolerância contra pessoas de *orientação sexual* ou *identidade de gênero minoritárias* são transferidas da religião para a ciência. Os dois grupos buscavam a imposição de um valor androcêntrico e heterossexual com base naquilo que se considerava “natural”. Contudo, não concordavam em tudo: para “o regime secular da sexualidade implantado a partir do século XIX”, a reprodução humana não obedecia aos desígnios de uma divindade, mas servia ao interesse estatal (CARRARA, 2015).

Segundo se entende da tese de Foucault, com relação ao regime da sexualidade (CARRARA, 2015):

Em oposição ao conjunto de princípios religiosos que capturavam o sexo e seus prazeres em uma linguagem centrada na carne, no pecado e no sacrifício, teria se forjado, ao longo do século XIX, e se difundido, na primeira metade do século XX, um regime da sexualidade dotado de uma racionalidade, uma moralidade e uma política bastante particulares.

A linguagem biomédica do século XX falava de sexualidade sempre do ponto de vista da reprodução. Mesmo havendo evidências científicas de que o sexo era benéfico para o equilíbrio do sistema nervoso de mulheres e homens, o discurso enunciava que isso era válido apenas no período em que houvesse potencial reprodutivo (CARRARA, 2015).

A sexualidade se justificava moralmente também por conta do caráter reprodutivo do ato (CARRARA, 2015):

Quanto à moralidade, as relações sexuais e o prazer que se podia eventualmente delas usufruir legitimavam-se por sua dimensão reprodutiva ou por sua suposta capacidade de consolidar os vínculos amorosos que mantinham unido o casal (potencialmente) reprodutivo.

No plano político, o sexo era visto também a partir da reprodução, sendo de “interesse público”. Os interesses particulares deviam estar submetidos aos do Estado. Os direitos da sexualidade eram do Estado, e os sujeitos tinham “deveres”. Já o sistema jurídico servia como regulador das relações sociais, com vistas a sustentar o sistema matrimonial monogâmico heterossexual com fins reprodutivos. “Nos códigos penais desse período, por exemplo, o que se protege é fundamentalmente o ‘direito’ dos cidadãos de realizarem o ideal do casal

monogâmico, dotado de prole mais ou menos numerosa”. Conduas fora do “padrão” (adulterio, aborto, prostituição, homossexualidade etc.) eram reprimidas. “Um dos mais notáveis e conhecidos efeitos desse regime foi a entronização do casal heterossexual reprodutivo como norma biológica e moral, cuja promoção e defesa tornaram-se de ‘interesse público”’(CARRARA, 2015).

Extrai-se da análise histórica que a construção moral da cultura ocidental - de que faz parte o Brasil - é inspirada, em grande medida, pelos preceitos das religiões monoteístas abraâmicas, quais sejam, o judaísmo, o islamismo e o cristianismo. Os mitos bíblicos possuem passagens que podem ser interpretadas como fundamento (pretexto) para a discriminação de gênero e de orientação sexual. Mas não são apenas os textos bíblicos a servirem de base para a defesa da *hierarquia de gênero* e da *exclusão de pessoas não-heterossexuais*: a moral renascentista (inspirada nos filósofos gregos da Antiguidade) e o iluminismo contribuíram para a construção valores androcêntricos e homofóbicos que influenciam nossa sociedade atual. Construiu-se um discurso excludente, com pretensões de ser racional e científico. Por meio de instituições e sistemas normatizantes, reprimiu-se (ou manipulou-se) o dispositivo da sexualidade. Expressões sexuais que não estivesse de acordo com a concepção médica, religiosa, ideológica, política ou moral daquilo que seria “natural” ou correto podiam sofrer intervenções institucionais. Essas intervenções feriram de forma reiterada, ao longo da história, a liberdade sexual dos indivíduos e seu direito de dispor livremente de seu corpo e de viver sua orientação sexual e identidade de gênero. A hostilidade ao feminino - ou ao corpo feminino - considerado passivo, frágil e inferior ao homem levava à discriminação dos indivíduos que nasciam deste sexo, para os quais eram oferecidos menos direitos e menos proteção. Essa vinculação entre o sexo feminino e o sexo passivo por vezes motivava a discriminação de homens com condutas homossexuais, os quais eram renegados por abdicarem de sua posição “natural” de poder. Além disso, homens e mulheres de orientação não-heterossexual tiveram seu comportamento refreado pelas igrejas, pelos Estados ou por outras instituições por serem enquadrados como comportamentos hedonistas, imorais, anti-naturais, pecados ou enfermidades, em razão de não servirem aos objetivos reprodutivos ou divinos.

A repressão a que estavam submetidas estas minorias muitas vezes não se limitava à repressão sexual, podia evoluir para um processo de desumanização do ser, implicando em sua “morte social” ou mesmo na sua “eliminação física” (CARRARA, 2015).

Procedendo-se a um comparativo da história da moralidade sexual com o atual embate político brasileiro acerca do tema da sexualidade, cita-se o impasse ocorrido durante a elaboração do Plano Nacional de Educação de 2014: havia a proposta de que o projeto nacional da educação brasileira (formação dos professores e alunos) tivesse como um dos temas a serem trabalhados o combate à discriminação de gênero e de orientação sexual. A finalidade, entende-se, era o desenvolvimento da tolerância social e a promoção da educação sexual dos adolescentes (esta última com objetivo de aparelhar os jovens uma prática sexual mais responsável e de se evitar a precocidade). A maioria dos deputados do Congresso Nacional, por questões aparentemente religiosas, optou por suprimir do texto final as expressões “gênero”, “orientação sexual” e “sexualidade”, alegando que estas se relacionavam a uma “ideologia de gênero” com a qual não concordavam (CARRARA, 2015). No mesmo período, diversos instrumentos normativos foram propostos nas casas legislativas para barrar a “ameaça” da “ideologia de gênero”. A grande maioria dos argumentos levantados por essa corrente política se baseava na moral religiosa (LUNA, 2017).

Vê-se que a moral sexista e heterossexista se mantém viva nas instituições concentradoras de poder brasileiras atuais. Embora o debate racional baseado na proteção da dignidade das minorias pudesse levar à construção de uma concepção não discriminatória, preceitos morais profundamente enraizados impedem avanços nesses direitos.

Passa-se agora, com base nas ideias propostas por Carmen Gonzáles, referida na obra de Rosa Maria Rodrigues de Oliveira (2002), à discussão de se o direito deveria se fundamentar na moral ou ela no direito, bem como discute-se se a moral da maioria deveria prevalecer frente a das minorias. Conceitua-se moral como um “dado cultural”, dotada de variação histórica e geográfica. Ela não é, portanto, universal nem eterna.

Conforme entende Ricardo Castilho, interpretando a *Teoria pura do direito*, de Hans Kelsen, “justiça e moral são questões vinculadas à conduta e ao tempo histórico”, sendo que “o papel do Direito não é discutir o que é certo ou errado”, isso caberia “à disciplina da Ética”. Quanto ao direito positivo, este “pode até ofender algum mandamento de justiça, mas continua sendo válido” (CASTILHO, 2013, p. 270). É evidente a posição positivista no raciocínio do autor.

Afirma-se a existência de diversos sistemas morais. Com relação à “ética”, compreende-se que ela seja o “discurso construído para compreender e fundamentar os assuntos da moral”. Nesse sentido, a moral, em princípio, não conflitaria com a ética. Entende-se, por juízo ético, que este serve de apoio aos valores morais e por isso estão de acordo. Já a norma jurídica pode não estar conforme a moral, o que pode suscitar dúvidas nos indivíduos, que podem questionar se devem obedecer à moral ou ao ordenamento jurídico, pois os dois sistemas têm a faculdade de impor comportamentos (GONZALES *apud* OLIVEIRA, 2002). Ao se referir ao possível conflito entre a moral e o direito, escreve Hans Kelsen que “é possível que o mesmo indivíduo tenha, ao mesmo tempo, a ideia de duas normas, que ele se acredite obrigado por dois deveres que se contradizem e que, portanto, excluem-se logicamente um ao outro (...)” (KELSEN *apud* HART, 2010, p. 340).

Nessa linha, o debate em torno da “moral da maioria” é de fundamental importância. Acatar legalmente a moral da maioria significa impor à minoria algumas limitações com base num senso comum ou numa “opinião mais geral”, e nem sempre essa opinião é a melhor escolha para a felicidade geral. “Democracia” não significa permitir que se oprima as minorias, pelo contrário, o sistema democrático serve à igualdade entre os grupos, mesmo que um possua superioridade numérica. Outrossim, ouvir a opinião majoritária não trará, necessariamente, mais felicidade ou menos dano aos membros da comunidade. Ainda segundo Carmen Gonzáles, a regra moral majoritária é, em geral, “obediente a tradições e costumes não racionalizados nem criticados”. Por não serem criticados ou colocados em discussão, os valores morais podem ser irracionais e danosos à população (GONZALES *apud* OLIVEIRA, 2002).

Para Hans Kelsen, a interação entre a maioria e a minoria é própria da democracia, esta essencial à preservação da liberdade e da “autodeterminação” do indivíduo. Refere que o “princípio da autodeterminação” se vincula a um ideal de máxima liberdade possível dentro de uma “ordem social”. A democracia seria a única forma de se conservar a “liberdade política” (“política” porque “em sociedade”) do indivíduo, pois as normas sociais então serão criadas por ele e para ele. Acatar o “princípio da maioria” significa dizer que, havendo a concordância da maioria, normas podem ser modificadas. Não deve haver, assim, uma imposição de uma minoria contra a maioria. “Em geral, um indivíduo nasce em uma comunidade constituída por uma ordem social preexistente”. Assim, a liberdade do indivíduo a princípio é restrita. Contudo, “o grau máximo possível de liberdade individual (...) é garantido pelo princípio de que uma modificação da ordem social requer o consentimento da maioria simples dos sujeitos desta”. A democracia não é, ressalta, a “ditadura da maioria”, porque a existência do direito da maioria pressupõe a existência do direito da minoria, e é apenas através da “discussão contínua” entre os grupos que o contraditório se transforma em “compromisso” (KELSEN, 2010, 407 a 412):

A discussão livre entre maioria e minoria é essencial à democracia porque esse é o modo de criar uma atmosfera favorável a um compromisso entre maioria e minoria, e o compromisso é parte da própria natureza da democracia. O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra (KELSEN, 2010, p. 412).

O compromisso, para o autor positivista, é o que difere o estado de natureza de Hobbes do estado civilizado ideal de Rousseau. O compromisso transforma a “liberdade natural” em “liberdade política”. Assim, a *democracia* pressupõe a atenção aos princípios da *igualdade* (igual poder de participação política entre pessoas e grupos sociais) e da *liberdade* (máxima autodeterminação). É a existência do Estado que transforma os *indivíduos em “estado de natureza”* em uma *sociedade civilizada regida por um Estado de Direito*. A preservação da autonomia dos indivíduos e a promoção da igualdade

podem ser vistas como uma das razões de existência do Estado Democrático de Direito.

Sobre igualdade, segundo alguns autores, reconhecer a pessoa como membro da comunidade humana - baseando-se nos preceitos morais de igualdade e de dignidade - significa a não aceitação de determinados tratamentos à pessoa. Os comportamentos não aceitos são aqueles injustos que ferem a dignidade e a igualdade. É preciso proteger os seres que estiverem em situação desvantajosa para preservar a liberdade desses indivíduos. Compreende-se, a partir dos escritos de Ronald Dworkin, que a liberdade dos mais poderosos da sociedade deve ter o mesmo peso da liberdade dos menos poderosos (OLIVEIRA, 2002, p. 119).

“Moral e direito são construções humanas e, como produtos históricos, aproximam-se da ética em sua função fundamentadora do moral” (OLIVEIRA, 2002, p. 120). A ética prática, conforme Peter Singer, orienta para uma aproximação entre ética e moralidade. A ética apoiaria uma visão consequencialista, balizando a normatização moral. A partir desse entendimento, a ética poderia ser vista de um viés utilitarista, onde se levaria em conta mais a realidade e menos os ideais inatingíveis de perfeição social (OLIVEIRA, 2002, p. 120 e 121). Centrada na utilidade, as regras morais - fundadas na ética utilitarista - não poderiam trazer resultados que fossem extremamente prejudiciais aos seres daquela comunidade. Ou ainda, a existência da regra moral só se justifica se esta trazer benefícios ou não trazer malefícios; se for prejudicial, ela não tem fundamentação, na ética prática, para existir.

Singer afirma ainda que obedecer a padrões da ética corresponderia a defender a liberdade de escolha de cada um, ou “o modo de vida de cada um”. O interesse pessoal deve ser defendido quando não houver motivos éticos para reprimi-lo. Os interesses pessoais sofrem a limitação da ética universal, porque, idealmente, o interesse de um não pode tolher o de outra pessoa. Segundo o autor, “A ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável” (SINGER *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 120 a 121). Entende-se que a ética universal possui a igualdade como um de seus ideais.

Cabe ressaltar, contudo, que o utilitarismo ético não é o único parâmetro ético a ser considerado quando se impõe limites à moral. A ética se constitui de outros ideais às vezes incompatíveis com o utilitarismo; não se pode ignorar, por exemplo, o valor da vida, os direitos individuais e a justiça com base na ética prática (OLIVEIRA, 2002, p. 121).

O mesmo controle ético que se faz ao sistema normativo moral, pode-se fazer ao sistema normativo jurídico. O sistema jurídico também se apoia em preceitos de igualdade e justiça.

Conforme se infere do artigo “Para uma Crítica da Razão Androcêntrica”, da autora Rosa Maria Rodrigues de Oliveira, a igualdade que se objetiva através da consagração das leis é a material. A igualdade formal, que significa igualdade no texto da lei, não necessariamente traz justiça social, já que o resultado de uma norma formalmente igualitária pode ser discriminatório. A Constituição Federal Brasileira de 1988 preceitua que haja igualdade entre todas as pessoas, sem distinção de sexo. Interpreta-se que o objetivo do legislador era assegurar a “igualdade material” e não apenas a formal; ou seja, a Carta permite um tratamento desigual quando este resultar em maior igualdade de fato.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I traz que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa Constituição”. Dentre os objetivos fundamentais da República (Artigo 3º da Constituição Federal) está a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação”. Há outros dispositivos legais e constitucionais que enunciam a igualdade entre os sexos.

Roger Raupp Rios (2007, p. 20) entende que o termo “sexo”, na Constituição, permite uma interpretação ampliada, protegendo-se também as expressões da sexualidade homoeróticas. Aquele que se envolve com uma pessoa do mesmo sexo e por isso sofre discriminação, na verdade, está sendo atacada por “ser do sexo errado” naquela relação; se fosse do sexo oposto, não haveria a discriminação. Ou seja, trata-se sim, em princípio, de uma discriminação com base no sexo biológico. Não se ignora aqui, contudo, a diferença entre identidade de gênero e sexo biológico. Entende-se que a identidade de gênero não está necessariamente vinculada ao sexo da pessoa ao nascer. Para fins de

interpretação do texto constitucional, entende-se que a expressão “sexo” pode, em muitos casos, se referir à divisão de gênero (homem e mulher). Segundo a autora Rosa Maria Rodrigues Oliveira (2002, p. 111 a 112), a expressão “gênero” surgiu nos anos 70 com o desenvolvimento das lutas sociais do movimento feminista. A desvinculação entre gênero e sexo biológico auxilia na construção da ideia de que os gêneros são uma construção social, bem como facilita o entendimento de questões que se referem à identidade de gênero.

A participação, nos sistemas normativos, dos valores morais de orientação sexista e heterossexista parece ser uma constante. A sexualidade (e suas diversas formas de expressão) sofreu intervenções durante toda história da sociedade ocidental. Essa ideologia excludente foi dominante e gerou o não-reconhecimento de direitos de diversos grupos minoritários (minorias de gênero e de orientação sexual), os quais assistiram a reiteradas ofensas à sua dignidade. O sofrimento desses grupos acabou se convertendo em luta social, promovida por movimentos sociais que paulatinamente se organizaram e elaboraram suas pautas.

4.2. RECONHECIMENTO, DISTRIBUIÇÃO E DIREITO

Axel Honneth, em sua obra “Luta por Reconhecimento”, procura teorizar algumas razões que levariam grupos sociais a se mobilizarem. Para tanto, ele investiga o conteúdo da corrente filosófica hegeliana e os princípios dela derivados.

Conforme interpreta Mateus Salvadori (2011) da obra do autor, “o objetivo central de Honneth, (...), é mostrar como indivíduos e grupos sociais se inserem na sociedade atual”.

Divergindo do proposto por Maquiavel e Hobbes, o filósofo acredita que a interação seria motivada não pela necessidade de autoconservação, mas pela de reconhecimento intersubjetivo.

Amor, direito e solidariedade seriam as três formas de reconhecimento buscadas pelo indivíduo:

A autorrealização do indivíduo somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o autorrespeito e, na experiência da solidariedade, a auto-estima (SALVADORI, 2011).

A luta por reconhecimento decorreria do não-reconhecimento do sujeito em pelo menos uma dessas áreas. “A luta pelo reconhecimento sempre inicia pela experiência do desrespeito dessas formas de reconhecimento”. O recebimento de reconhecimento teria o condão de munir o indivíduo de “autoconfiança”, “autorrespeito” e “auto-estima”, estes essenciais a sua “autorrealização” (SALVADORI, 2011):

Esse reconhecimento ocorre em diferentes dimensões da vida: no âmbito privado do amor, nas relações jurídicas, e na esfera da solidariedade social. Essas três formas explicam a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos.

Para elaborar a tese, Honneth se utiliza dos trabalhos de psicologia infantil de Donald Winnicott. Os estágios do desenvolvimento infantil desvendam alguns elementos da constituição da mente, e a partir disso se pode entender um pouco do comportamento humano. Num primeiro momento, o bebê não se diferencia da mãe (fase de simbiose); em seguida, na segunda fase, acontece o rompimento entre a mãe e o bebê, “com isso, o bebê aprende que a mãe é algo do mundo que não está à sua inteira disposição” (fase da dependência relativa). É nessa segunda fase que se desenvolve a capacidade de ligação afetiva da criança. Produzem-se também mecanismos psíquicos essenciais para a habilidade de interação com o ambiente (SALVADORI, 2011).

O amor dispensado pela mãe à criança faz com que ela desenvolva autoconfiança. Trata-se da primeira forma de reconhecimento, que é por dedicação emotiva (SALVADORI, 2011).

A segunda forma de reconhecimento é a do direito, acontece quando se permite autonomia ao outro. O reconhecimento da pessoa como “autônoma” leva-a a adquirir sentimentos de autorrespeito (SALVADORI, 2011).

A solidariedade (eticidade²³) é a última forma de reconhecimento, relaciona-se com o reconhecimento social, que resulta em autoestima. Fala-se das capacidades pessoais reconhecidas pelos membros da sociedade. O que é valorizado, nesta fase, varia de acordo com a comunidade em que o indivíduo está inserido. Atualmente o indivíduo tem sido reconhecido de forma individualizada, e não por seus feitos para o coletivo (SALVADORI, 2011).

O desrespeito ao indivíduo que acarrete falha no reconhecimento em qualquer dessas três esferas pode gerar conflitos sociais. “Toda luta por reconhecimento inicia por meio da experiência de desrespeito”. No *amor*, esse desrespeito se manifesta na forma de agressões psicológicas e físicas; no *direito*, privações de direito e exclusão; na *solidariedade*, são violações à dignidade e honra do indivíduo em sua comunidade (com base nos valores culturais). O desrespeito motiva as lutas sociais, que têm a finalidade de produzir uma mudança social (SALVADORI, 2011).

A sociedade impõe ao indivíduo certos padrões homogêneos de “ser” e “agir”, estes instituídos histórica e culturalmente. Os sujeitos sociais são valorados conforme sua capacidade de adaptação a este modelo. A não adaptação leva à marginalização do indivíduo, cujas consequências podem ser: a perda de sua autoestima, a perda de sua sensação de pertencimento, a miséria econômica, emocional, existencial e política e a responsabilização pela sua própria condição de exclusão. Cria-se, neste ostracismo, indivíduos e grupos percebidos pela sociedade como “subcidadãos”. Se não protegidas, estas minorias (que diferem da homogeneidade social, destacando-se por suas características consideradas pela sociedade como negativas) ficam expostas à rejeição e isolamento social. A falta de reconhecimento enseja o surgimento de movimentos sociais de luta em defesa da própria identidade (COSTA, 2012, p. 32 a 45).

²³ termo de Hegel, a partir do qual Axel Honneth desenvolve a ideia de reconhecimento social no sistema da eticidade (Axel Honneth, 2009, p. 31-60).

Daí deduz-se que essas agitações sociais - que levam a conflitos e que resultaram na organização de alguns grupos na forma de “movimentos sociais” - têm sua motivação atribuída àquilo que sugeriu Axel Honneth: falta de reconhecimento. “Os sujeitos (...) encontram-se frente à necessidade psíquica de verem-se reconhecidos pela coletividade, o que conceitua [Honneth] como ‘luta por reconhecimento’” (COSTA, 2012, p. 43).

Com isso, entende-se o papel fundamental do ordenamento jurídico, que tem o poder de organizar a sociedade de forma que o reconhecimento aconteça, evitando-se, assim, a continuidade dos conflitos. Conforme conclui Ana Paula Motta Costa, referindo-se à teoria de Honneth:

(...) reconhecer é, ao mesmo tempo, necessidade, imposição e possibilidade. Trata-se da visibilidade da condição de pessoa do outro diferente, enquanto possibilidade da identidade de cada um. Concretiza-se na convivência com a diferença, em interação e condição de igualdade. Corresponde à busca pelo deslocamento constante, pelo diálogo, pela identificação e por respeitar a individualidade, indiferente aos preconceitos. (2012, p. 44)

José Reinaldo de Lima Lopes (2005) entende que esse “reconhecimento” é um bem imaterial a que todos os seres humanos têm direito. A função do Estado é promover a distribuição de bens mínimos à preservação da dignidade e essa distribuição deve ser feita de forma a se preservar a igualdade.

4.3. CONCLUSÃO AO CAPÍTULO III

Procede-se aqui a uma conexão entre a teoria do reconhecimento - a qual explorou as motivações morais (ou ideológicas, ou psicológicas) por trás dos movimentos sociais - e as definições encontradas, no primeiro capítulo, acerca dos direitos humanos.

Concluiu-se, a partir dos autores já citados no primeiro capítulo - quando se definiu as principais concepções de direitos humanos - que: os direitos humanos podem ser concebidos como produtos culturais de um grupo de pessoas, resultados da luta social pela dignidade. A dignidade, por sua vez, relaciona-se

com o acesso aos bens imateriais e materiais necessários a uma vida digna. As lutas sociais travadas em busca da defesa da dignidade têm conteúdo ideológico e só podem ser entendidas dentro de um contexto social. Os direitos humanos são exigências morais que, em determinado momento histórico, satisfariam demandas por dignidade, liberdade e igualdade.

Assim, entende-se que há reivindicação moral por direitos sexuais, tanto para protegê-los, como para promovê-los. Essa reivindicação é comprovada pela existência de movimentos sociais (movimento LGBT, Feminista etc.). A luta social por tais direitos ocorre em razão de sua essencialidade para a dignidade humana. As minorias desprezadas pelos sistemas normativos jurídico e moral ao longo da história sofreram repetidos ataques a sua liberdade, ao seu direito à igualdade e à sua dignidade. A dignidade é fundamento tanto da Constituição Federal quanto dos direitos humanos da cultura ocidental. A exclusão social e a discriminação não podem ser justificadas por preceitos morais irracionais ou tradições não sujeitas à críticas, tendo o Estado Democrático de Direito o dever de mediar os conflitos sociais e promover a maior paz social e bem-estar geral por meio de leis (ou outras medidas) que proibam a exclusão e que promovam a inclusão social.

Pode-se justificar a positivação dos direitos sexuais na ordem jurídica internacional e nacional por duas vias: (1) defendendo-se a preservação da dignidade dos seres humanos ou (2) defendendo-se a resolução do conflito social, o qual se originou por conta da violação à dignidade humana. Por uma via ou por outra, a dignidade humana será o motivo fundamental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve como escopo responder se direitos sexuais poderiam ser considerados direitos humanos; ou seja, responder se a proteção dos direitos sexuais é ou não essencial para a preservação da dignidade dos seres humanos. Para responder a esta pergunta, conceituou-se - a partir dos autores citados no capítulo I - o que seriam os direitos humanos, ao que se descobriu que estes podem ser concebidos como: direitos naturais (alguns positivados por meio de lutas sociais); dotados de historicidade (porque variam de acordo com o contexto social); independentes do ordenamento jurídico vigente (pois não estão vinculado ao ordenamento, existindo por serem naturais) e tendentes a expansão (por meio de movimentos sociais dotados de ideologia). Os direitos humanos podem ser então considerados produtos culturais de um grupo de pessoas, resultados da luta social pela dignidade. Apesar dessa definição encontrada, ressalta-se que a corrente jurídica positivista tende a não aceitar a existência dos direitos que não componham o ordenamento escrito, considerando-os meras “expectativas de direitos”. Assim, para estes, os direitos humanos ausentes das convenções e tratados inexistiriam.

Entende-se que os direitos humanos são produtos culturais e que têm seu fundamento na dignidade humana. A dignidade humana é protegida através da promoção do acesso à bens materiais e imateriais essenciais para uma vida digna. São os movimentos sociais os principais responsáveis por promover o surgimento de novos direitos, pois aquilo que é considerado essencial à dignidade varia de acordo com a sociedade e com o tempo, surgindo a necessidade de se lutar por esse reconhecimento. Os direitos humanos são, portanto, fundados em ideologias, são reivindicações morais.

A igualdade, a liberdade e a dignidade humana são os princípios em que se alicerçam os direitos humanos. Historicamente, os direitos humanos (direitos considerados mínimos, “universais” e essenciais a toda pessoa, com base no valor da vida) aparecem em diversas civilizações em diferentes épocas. A visão ocidental de direitos humanos parece ter se desenvolvido na época das revoluções europeias e estadunidense dos séculos XVII e XVIII, manifestando-se

através de declarações (Declaração Inglesa, Declaração de Independência dos Estados Unidos e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão). Trata-se da fase de *positivação* do direitos humanos.

Posteriormente, assistiu-se a *internacionalização* dos direitos humanos (como no caso do Pacto da Sociedade das Nações, de 1919) e, após, sua consagração internacional “definitiva” através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), fruto da idealização da paz no pós-Guerra. A internacionalização dos direitos humanos significava que a proteção da vida e da dignidade das pessoas não é apenas de interesse interno, mas também internacional. Consolida-se gradualmente a ideia de que o ser humano é sujeito de direitos no âmbito internacional.

A partir daí assistiu-se à *especificação* dos direitos humanos, que passaram a ser mais específicos, protegendo também minorias determinadas.

Os direitos humanos tem sido considerado *jus cogens* - significa que têm o poder de pressionar politicamente mesmo os Estados que não aderiram a alguma convenção. Apesar disso, a positivação desses direitos é essencial para que a garantia aconteça e haja a efetivação dos direitos. A *acionabilidade* dos direitos humanos tem sido conteúdo cada vez mais presente nos tratados internacionais.

No que se refere ao Estado brasileiro, viu-se que, após a redemocratização, o País assume paulatinamente a posição de aceitação com relação à globalização dos direitos humanos, bem como firma um compromisso com a democracia e a proteção de certos direitos básicos e inderrogáveis.

Assim, no primeiro capítulo se constatou que para algumas correntes os direitos humanos são aqueles positivados; para outros autores, porém, haveria alguns direitos naturais - derivados da dignidade humana - que não estariam consagrados nos ordenamentos jurídicos (ou até mesmo contrariariam a ordem jurídica vigente nos Estados). No segundo capítulo realizou-se o entendimento do que seriam os direitos sexuais. Numa breve definição teríamos que são derivados dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade, e se desdobram nos direitos: à liberdade sexual, à autonomia, à integridade, à segurança, à privacidade, à expressão, à associação, às escolhas reprodutivas, à informação, à educação sexual, à não-discriminação etc. Em suma, são direitos derivados do respeito às

minorias de orientação sexual (gays, lésbicas, bissexuais, assexuais etc.) e identidade de gênero (mulheres, transgêneros, transsexuais etc.). Cabe ressaltar que a sexualidade humana se manifesta de maneiras diversas. Aquilo que é ou não sexual varia de acordo com a sociedade e com o tempo.

A necessidade da efetivação desses direitos vem da repetida discriminação que vêm sofrendo essas minorias, as quais estão sendo constantemente submetidas à exclusão social, hierarquia de gênero, dentre outras violações à dignidade.

Questões morais estariam por trás da resistência social à efetivação dos direitos sexuais. Tradições heterossexistas e sexistas (machistas) - como se explorou nos capítulos II e III - impedem que algumas minorias consigam (ou mantenham) o acesso aos bens imateriais e materiais essenciais a uma vida digna. A cultura ocidental, construindo-se a partir da filosofia grega e das religiões monoteístas, carrega, dentre seus valores, alguns que contribuem para a não-efetivação dos direitos sexuais, pois enuncia ideais pró-natalistas, contrários ao sexo não-reprodutivo, a favor da hierarquia de gênero e muitas vezes inferioriza a figura feminina, a feminilidade e as pessoas de orientações sexuais “não-hétero”. Conforme examinado, o discurso excludente repetiu-se na filosofia, na religião, na moral, na política e na medicina, desenvolvendo-se uma tradição discriminatória e de controle institucional do dispositivo da sexualidade. Hoje esta cultura excludente permanece profundamente enraizada e impede o reconhecimento de diversos direitos decorrentes dos direitos sexuais. Este não-reconhecimento gera diversas violações à dignidade humana.

A falta de reconhecimento social para essas minorias estaria fomentando o surgimento de movimentos sociais (como o movimento feminista e LGBT). O conflito social, conforme a teoria do reconhecimento de Axel Honneth (citado no capítulo III), teria sua motivação psicológica na luta desses grupos minoritários por reconhecimento.

Por fim, conclui-se que não é possível responder de forma categórica à pergunta de pesquisa (“são direitos sexuais direitos humanos?”), porque há divergência na doutrina. Se direitos humanos são somente os consagrados nos tratados internacionais, então apenas alguns direitos sexuais são direitos

humanos (restringiriam-se àqueles conquistados principalmente pelo movimento feminista, relativos à reprodução e à saúde reprodutiva da mulher, sobre os quais e já existem tratados). Se considerarmos direitos humanos aqueles derivados da dignidade humana, então os direitos sexuais - essenciais à integridade da dignidade - seriam sim direitos humanos, bastando que se interprete a norma positivada no sentido de seu reconhecimento, ou que se entenda estes direitos como naturais.

É possível ainda prosseguir o raciocínio a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. Caso se entenda que os conflitos sociais surgem da luta por reconhecimento travada por alguns movimentos sociais, e que estes grupos são motivados psicologicamente pela reiterada violação social à sua dignidade (o desrespeito), então a existência de movimentos sociais reivindicando os direitos sexuais (mormente o feminista e o LGBT) seria a comprovação da violação da dignidade. É função do Estado salvaguardar, o máximo possível, a dignidade humana; tanto com medidas proibitivas, como através de medidas positivas (que eduquem, incentivem a tolerância, informem sobre as questões relacionadas à sexualidade etc.).

As minorias de gênero e de orientação sexual, assim como o próprio dispositivo da sexualidade humana, foram submetidos, ao longo da história, a inúmeras violações, manipulações e formas de controle. O poder exercido sobre esta importante esfera da vida humana - a sexualidade - pode ser visto como desrespeito à autonomia do indivíduo. A conservação da dignidade humana pressupõe o respeito à liberdade sexual e de identidade de gênero. Houve, pois, em razão do controle à sexualidade, reiteradas violações à dignidade humana. Essas violações, estatais, sociais e individuais, levaram ao conflito social e ao surgimento de grupos de luta por reconhecimento: os movimentos sociais. Tradicionalmente, os direitos humanos, por seu caráter de historicidade, são conquistados por movimentos sociais, dotados de ideologia e reivindicações morais. O que motiva estes grupos e indivíduos a lutar por direitos é a percepção de que sua dignidade está sendo violada, já que não há ou não houve o reconhecimento de seus direitos. O desrespeito aos direitos sexuais geram diversos problemas sociais, tais como: exclusão social, discriminação,

degradação da autoestima do indivíduo, perda da autonomia, exposição a riscos, dentre outros.

Destarte, justifica-se e recomenda-se o reconhecimento e a efetivação dos direitos sexuais, merecendo estes a proteção do ordenamento jurídico internacional e nacional, com base no princípio - constitucional e de direitos humanos - da dignidade humana, pois não há vida digna sem o pleno respeito ao ser humano em todas as esferas de sua humanidade, inclusive a da sexualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando, **Manual de Direito Internacional Público**, 22ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2016.

BOBBIO, Norberto, **Era dos Direitos**, Ed. Elsevier, 2004.

CARRARA, Sérgio, **Moralidades, racionalidades e políticas sexuais no Brasil Contemporâneo**, Revista Mana, Volume 21, nº 2, Rio de Janeiro, 2015.

CARRION, Ricardo Kroeff Machado. **A Universalidade dos Direitos Humanos: Realidade ou Projeto?** Editora Núria Fabris, 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2ª Edição, 2013

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Ed. Saraiva, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais, da invisibilidade à indiferença**. Ed. Livraria do Advogado, 2012.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**, Ed. Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel, **A História da Sexualidade I, A vontade de saber**, Editora Gallimard, 1998.

HART, H. L. A., **Ensaio Sobre Teoria do Direito e Filosofia**, Elsevier, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín, **A reinvenção dos direitos humanos**; tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**, Editora 34, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do do Direito e do Estado**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao reconhecimento para Gays e Lésbicas**, Revista Internacional de Direitos Humanos (SUR), Ano 2, Número 2, 2005.

LUNA, Naara. **A criminalização da “Ideologia de Gênero”:** uma análise do debate sobre diversidade sexual na Câmara dos Deputados em 2015. Cadernos Pagu, nº 50, Epub Dec 18, Campinas, 2017.

MATTAR, Laura Davis, **Reconhecimento Jurídico dos Direitos Sexuais, uma análise comparativa com os direitos reprodutivos**, SUR (Revista Internacional de Direitos Humanos) Ano 5, Número 8, São Paulo, Junho de 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello, **Curso de Direito Internacional Público**, 15ª Ed., Renovar, RJ e SP, 2004.

MOTT, Luiz. **Anti-homossexualidde: a gênese da homofobia**. Revista de Estudos de Cultura, nº 2. Mai.Ago./2015.

OLIVEIRA, Maria Rosa Rodrigues de. **Androcentrismo jurídico - Themis, Gênero e Direito**, Ed. Themis, 2002.

PETERLE, Patrícia. **reinventando a história de Olympe de Gouges**, Revista de Estudos Feministas, vol.17 no.2 Florianópolis May/Aug. 2009.

PIOVESAN, Flávia, **Temas de Direitos Humanos**, Editora Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e a Justiça Internacional**, Editora Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, Ed. Saraiva, 2013

RIOS, Roger Raupp (org.), **Em defesa dos Direitos Sexuais**, Livraria do Advogado, 2007.

SALVADORI, Mateus. Artigo "**Honneth, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**". Conjectura, v. 16, nº 1. Jan/abr. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo, **o Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**, Revista de Direito Administrativo, Jul./Set. 1989, 177: 24-49, Rio de Janeiro.

TAQUARI, Eneida Orbage. **A proteção à pessoa humana: sistema normativo de proteção global geral**. Universitas JUS, v. 25, n. 1, p. 143-151, 2014.