



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO - DIREITO**

DIEGO DE ALMEIDA VARSI

**O ABORTO NOS CASOS DE FETO COM MICROCEFALIA POR ZIKA
VÍRUS: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL
INCONSTITUCIONALIDADE**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020

DIEGO DE ALMEIDA VARSÍ

**O ABORTO NOS CASOS DE FETO COM MICROCEFALIA POR ZIKA
VÍRUS: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020/1º Semestre

DIEGO DE ALMEIDA VARSI

**O ABORTO NOS CASOS DE FETO COM MICROCEFALIA POR ZIKA
VÍRUS: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL
INCONSTITUCIONALIDADE**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Doutor Tauã Lima Verdan Rangel
Orientador

Prof. XXXXX
Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha avó Maria e meu avô Chrisóstomo, e a minha Tia Rosângela (*In Memoriam*). Obrigado pelo carinho, amor e dedicação, não mediram esforços desde minha infância para que eu pudesse chegar a mais uma etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que chegaram comigo até este momento único em minha vida, em especial:

Meu companheiro e amigo de todas as horas, Alexandre Moraes pelo incentivo de retornar depois de tantos anos ao ambiente universitário. Seu apoio foi de suma importância para que eu voltasse pra uma área totalmente diferente de meu ofício.

À minha irmã Tatiana e aos meus sobrinhos Guilherme e Júlia que eu amo muito, obrigado por estarem sempre ao meu lado. A minha tia querida Heloísa que sempre me deu força e incentivo com belas palavras.

À minha grande amiga e irmã, Juliana Pinto que me incentivava com belas palavras e me animava com sua autoestima elevadíssima que poucos sabiam ter.

Aos meus amigos da Universidade Iguazu, onde cursei até meados do 9º período e pude aprender e fazer belas amizades. Brincamos, rimos e ficamos muito tensos nessa longa caminhada até aqui. Quero levar a amizade de vocês por toda a vida.

Quero agradecer a Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC por ter aberto as portas para o meu trabalho e conseqüentemente fazer parte do corpo docente. Agradecer, principalmente, ao Luciano Henriques por ter me dado uma chance de fazer parte da família FAMESC e assim, poder ter a possibilidade de me formar nessa instituição ímpar.

Aos professores da Faculdade Metropolitana São Carlos, pela compreensão, paciência, dedicação e empenho ao passar as atividades em sala de aula. Aos meus colegas de trabalho, sempre solícitos e parceiros nas horas em que mais precisei. Vocês são muito especiais!

Ao meu orientador, Doutor Tauã Lima Verdán Rangel, pela sua sapiência ao me orientar, e não menos importante pela paciência com este ser durante esses meses de elaboração do TCC.

Não entendo, apenas sinto. Tenho medo
de um dia entender e deixar de sentir.

Clarice Lispector

VARSI, Diego de Almeida. **O aborto nos casos de feto com microcefalia por zika vírus: uma análise sobre a possível inconstitucionalidade.** 139f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2020.

RESUMO

O objetivo do presente consiste em analisar, a complexidade de um tema tão caro à sociedade civil. A interrupção da gravidez traz à luz do debate importantes questões, questões essas que atuam no mais íntimo interesse dos cidadãos, principalmente por envolver direitos fundamentais e humanos garantidos em cada constituição e internacionalmente. Diante de questões que podem ser comparadas com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, o debate torna-se inevitável e as posições que se colocam a favor e contra se exaltam e em um país democrático devem ser ouvidos. Oferecer uma explicação sobre esses posicionamentos tornou-se necessário, e o presente estudo busca explanar as citadas posições para assim, melhor clarificar o tema. Observa-se que o pleito iniciado pela ADPF/54, mostra um cunho progressista ao tentar tirar a tipificação de crime quando ficar comprovada a má formação do feto seja por anencefalia, seja por microcefalia, e tornar essas práticas não puníveis. Em síntese, essa busca pela modificação do entendimento dos artigos que versam sobre punibilidade do aborto não deve ser estendida aos fetos com microcefalia, tendo em vista que o direito à vida ainda é mais caro à toda sociedade do que a autodeterminação da mulher e de seu corpo. A dignidade da pessoa humana, deve-se ser tratada dessa forma, com todo cuidado e observações necessárias, para assim, não se corra o risco de aberrações interpretativas. Como metodologia empreendida, optou-se pelo estabelecimento dos métodos científicos historiográfico e dedutivo. No que concerne às técnicas de pesquisas, optou-se pela revisão de literatura de natureza sistemática e as pesquisas bibliográficas e documentais.

Palavras-Chaves: Direitos Sexuais. Direitos Reprodutivos. Interrupção da Gravidez. Microcefalia,

VARSI, Diego de Almeida. **Abortion in cases of fetuses with microcephaly due to Zika virus:** an analysis of the possible unconstitutionality. 139p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. Metropolitan College São Carlos - FAMESC, 2020.

ABSTRACT

The purpose of the present is to analyze the complexity of a topic so dear to civil society. The termination of pregnancy brings important issues to light in the debate, issues that act in the most intimate interest of citizens, mainly because they involve fundamental and human rights guaranteed in each constitution and internationally. In the face of issues that can be compared with the Statement of Non-Compliance with Fundamental Precept (SNFP) No. 54, the debate becomes inevitable and the positions that are in favor and against are exalted and in a democratic country must be heard. Providing an explanation of these positions has become necessary, and the present study seeks to explain the aforementioned positions in order to better clarify the topic. It is observed that the lawsuit initiated by SNFP/54, shows a progressive nature when trying to remove the classification of crime when the malformation of the fetus is proven to be due to anencephaly or microcephaly, and to make these practices not punishable. In summary, this search for a change in the understanding of the articles that deal with the punishment of abortion should not be extended to fetuses with microcephaly, considering that the right to life is still more expensive to the whole society than the self-determination of women and their body. The dignity of the human person must be treated in this way, with all necessary care and observations, so that there is no risk of interpretive aberrations. As a methodology used, it was decided to establish scientific historiographic and deductive methods. With regard to research techniques, we opted for a systematic literature review and bibliographic and documentary research.

Keywords: Sexual Rights. Reproductive Rights. Termination of Pregnancy. Microcephaly.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

D.U.D.H. – Declaração Universal dos Direitos Humanos

et al – E outros

ONU – Organização das Nações Unidas

s.p. – Sem página

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas

INTRODUÇÃO	12
1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.1 OS DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA DIMENSÃO	29
1.2 OS DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA DIMENSÃO	35
1.3 OS DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA DIMENSÃO	45
1.4 OS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA E QUINTA DIMENSÕES	49
2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS	54
2.1 A SEXUALIDADE E O FEMININO EM CONVERGÊNCIA: PELO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FEMININOS	63
2.2 OS DIREITOS SEXUAIS EM PAUTA	69
2.3 OS DIREITOS PRODUTIVOS EM PAUTA	77
3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FEMININOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	85
3.1 A CONDUTA PENAL TÍPICA DO ABORTO À LUZ DA DOCTRINA	102
3.2 ANÁLISE COMUM SOBRE A AUTODETERMINAÇÃO DA MULHER E A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ COMO DIREITO REPRODUTIVO	114
3.3 ANÁLISE SOBRE A MICROCEFALIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	124
CONCLUSÃO	130
REFERÊNCIAS	133

INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos posteriores a 1988, com a implantação da Constituição Federal, houve grande discussão acerca da problemática que envolve o aborto. Assunto este faz-se necessário perpassar por vários direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, além de oferecer inúmeros conceitos e posições jurisprudenciais e doutrinárias, coloca o legislador perante questões de ato valor moral e ético.

A Constituição Federal consagra a inviolabilidade do direito à vida em seu artigo 5º, um bem jurídico inviolável, inalienável e sem ele impossível de exercer a grande gama de direitos e liberdades. A inviolabilidade do direito à vida ocorre mesmo com o feto no período da gestão (intrauterina), com a proibição do aborto. A proibição que ocorre após o parto (extrauterina) e que configura o crime de homicídio e infanticídio.

O Código Penal ainda consagra a hipótese de aborto terapêutico ou necessário, oferecendo a não punibilidade para casos em que a gestação causa perigo de vida para a gestante. O legislador ainda consagra o aborto sentimental, onde permite sua prática quando a gestação foi resultante de estupro.

Faz-se necessário estabelecer e buscar um melhor entendimento sobre quando de fato a vida começa, real início da vida intrauterina e para isso a Constituição Federal de 1988 não oferece. Dessa forma uma pesquisa doutrinaria se faz necessário. Algumas correntes doutrinarias aparecem para auxiliar o melhor entendimento, buscando auxílio nas ciências naturais. Os direitos do nascituro encontram-se elencados no Direito Civil brasileiro, mesmo sendo de comum acordo que a vida humana deve ser tutelada mesmo antes de seu nascimento o assunto ainda mais delicado pois o consenso ainda não se mostrou igualmente comum.

Diante disso, casos de microcefalia, que ganharam muita notoriedade na sociedade, vêm à luz do debate se essa situação deve ou não ser posta sob a égide do Direito Penal para casos de estupro ou exclusão de antijuridicidade. O assunto, de grande repercussão e visibilidade chegou ao Supremo Tribunal Federal, em que fetos com má-formação congênita demonstram pequenas chances de sobreviverem após e até mesmo durante a gestação.

De início, o presente apresenta como objetivo analisar a (in) constitucionalidade no aborto nos casos de feto diagnosticado com microcefalia, a luz do direito brasileiro. O assunto veio à tona devido ao julgado de cunho procedente do STF em face da ação ajuizada pela CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que

pleiteava a permissão para o aborto de feto com anencefalia, com a fundamentação de que o feto com anencefalia não possuía capacidade de vida fora do útero da mãe. Foi pleiteada por meio da ADPF nº 54/DF em 2012. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana prevista na CF/1988. Com o pedido empreendido pela ADPF/54, a possibilidade de interrupção da gravidez quando existir má formação congênita.

Some-se a esse acontecimento a importância que é dada ao devido momento do início da vida, por essa razão, teoria foram levantadas. Dentre elas pode-se citar a teoria concepcionista, que defende que o início da vida começa com a concepção. Também, pode-se citar a teoria que defende que a vida humana tem seu marco inicial com a nidação, que ocorre com a fixação do zigoto no útero materno. Existem outras teorias que procuram defender o início da vida quando é formado o sistema nervoso central, que ocorre por volta do décimo quarto dia ulterior à concepção. A capacidade extrauterina é também um argumento para se determinar, segundo uma teoria, o início da vida.

Diante do exposto, observa-se que preceitos fundamentais que se relacionam à vida se sobressaem aos direitos e garantias que se relacionam à mulher de dispor de seu próprio corpo. A inviolabilidade do direito à vida, pois ela é o requisito mínimo para obtenção e práticas de todos os demais direitos, o que faz da vida o direito humano mais sagrado. Nessa perspectiva, a citada corte, anuiu o procedimento, desde que a mãe assim o desejar, com a devida fundamentação na dignidade da pessoa humana, nos direitos reprodutivos, liberdade e autonomia da vontade.

Dentro da problemática exposta acima e das exigências que o tema exige, o presente trabalho tem como objetivo enunciar de forma minuciosa as principais correntes doutrinárias, posicionamentos dos tribunais e a letra da legislação. Para tal, o trabalho oferecerá posicionamentos relevantes para o assunto, as principais e atuais decisões dos órgãos responsáveis e as leis que regem o assunto. Sem pretender, é claro, exaurir um assunto de tamanha complexidade e importância.

O presente estudo se apoia na hipótese que na pretensão de interrupção de gravidez em face do diagnóstico de microcefalia, discute-se a possibilidade de alteração do entendimento dos artigos 124 e 126 do Código Penal, incluindo o aborto de fetos com microcefalia no rol das possibilidades legais de interrupção da gestação.

Faz-se necessário trazer à luz do presente debate toda complexidade do assunto tratado, tendo em vista o tamanho do simbolismo que este apresenta e a

amplitude da condenação na sociedade de grupos diversos. O aborto e as possibilidades que dele pode advir, exceções que pode por ventura existir e onde o poder punitivo do Estado não exercerá mais efeito de sua mão reguladora, traz para discussão pública vozes acaloradas. E diante do citado contexto de mães que contraírem o vírus mencionado, qual caminho seguir quando casos do feto microcefálico, que diferentemente do feto com anencefalia, tem sua massa cerebral apenas reduzida, tornando possível a vida extrauterina, mesmo que limitada.

É de clara notoriedade a complexidade desse referido assunto, que oferece uma justificativa de cunho social e intelectual pois levanta questões de interesse jurídico, individual, moral, religioso, cultural e econômico. Inclusive, deve mencionar a validade interdisciplinar, ao tratar de temas de valor para medicina, psicologia e bioética. E, em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao decidir a favor da ADPF nº 54/DF, pleiteada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde-CNTS em 2012, colocou-se a favor da inconstitucionalidade de qualquer interpretação que tipifique como aborto a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia.

Sendo assim, o Estado quer impor pela punição, nos termos da Lei Penal brasileira, para um resultado morte da gravidez, poderá estar se colocando contra princípios basilares do ordenamento jurídico nacional. Será uma imposição, que poderá estar desrespeitando valores individuais a muito garantidos, como direitos sexuais e reprodutivos. Essa justificativa, esbarra em uma dúvida presente em todo arcabouço jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana é um valor que está acima do direito à vida? Diante do exposto, é possível a alteração do entendimento dos artigos 124 e 126 do Código Penal, incluindo o aborto de fetos com microcefalia no rol das possibilidades legais de interrupção da gestação?

Torna-se, diante de todo exposto, trazer para o debate conceitos que são importantes para o assunto. Esses conceitos, perpassam pela evolução histórica, efetividade e compreensão dos direitos humanos e fundamentais. Nessa perspectiva, se torna imperativo para o presente estudo delimitar a evolução dos direitos humanos e suas dimensões, sem desprezar sua linearidade ao colocar cada uma delas em momentos isolados no tempo, como se não tivesse ligação nenhuma com a dimensão anterior. A primeira dimensão buscou, perante o Estado uma prestação de não fazer perante as liberdades. A liberdade precisava se defender de ataques oriundos do poder absoluto do Estado, e essa liberdade se coadunava exatamente com a pretensão dos valores de cidadania em ascensão no final do século XVII. Valore

democráticos, onde o cidadão exerce diretamente sua influência em seus representantes é a característica principal da segunda dimensão dos direitos humanos. E some-se a isso a luta da classe trabalhadora, uma classe inerente à ascensão do capitalismo, foi de vital importância para alcançar esses direitos políticos.

A luta dos direitos humanos não foi apenas uma luta que almejava direitos sociais e econômicos, esses englobavam, também, valores de solidariedade. Interesses de grupo de pessoas que se solidarizavam com as outras pessoas de seu grupo, eram interesses difusos que se afastam de interesses individuais e buscam, nesse caso, uma prestação do Estado. Os direitos de quarta dimensão são diretamente ligados à democracia e o devido acesso à informações, bem como o pluralismo político. Para outros autores os direitos de quarta dimensão são de cunho genéticos e biológicos dos seres humanos. Como quinta dimensão, o acesso ao direito à paz, e para alguns autores à segurança virtual mediante uma legislação que se adeque às novas exigências tecnológicas e seus inevitáveis crimes.

A metodologia empreendida no curso do presente pautou-se na convergência dos métodos historiográfico e dedutivo. O primeiro método encontrou justificativa na abordagem apresentada no capítulo 1, que se ocupou de apresentar o processo de evolução e assimilação dos direitos humanos. Já o segundo método incidiu a partir do aprofundamento da questão-problema estabelecida como fio condutor de abordagem. No que concerne ao enfrentamento, a pesquisa se apresenta como dotada de natureza qualitativa.

No que se refere às técnicas de pesquisas, optou-se, como ponto central, a revisão de literatura sob o formato sistemático. De maneira complementar, foram empregadas as técnicas de pesquisa bibliográfica, aportadas nos principais referenciais teóricos sobre a temática, e a pesquisa documental, cujo fundamento foram os exames jurisprudenciais estabelecidos pela Suprema Corte Brasileira. Ademais, como plataformas de busca, optou-se pelo *Scielo* e o Google Acadêmico, adotando-se como recorte para refino e seleção a pertinência contéudística dos textos filtrados para composição deste.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Sabe-se da amplitude dos direitos que são inerentes à pessoa humana, direitos que passaram a exercer grande importância e que sua tutela é exercida em todas as esferas jurídicas, seja ela regional ou internacional. Essa preocupação dos ordenamentos jurídicos em organizar e garantir a aplicabilidade dessas normas cresceu após a Segunda Guerra Mundial e seus horrores. Diante dessa realidade, muitos tratados foram redigidos - o que contribuiu para a internacionalização dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2010).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, fonte da moderna sistemática internacional de proteção, começa a ter seus primeiros precedentes com o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho (MAZZUOLI, 2010, p.168).

Com a criação da Liga das Nações por meio do Tratado de Versalhes após a Primeira Guerra Mundial visou-se o maior respeito e cooperação entre os países, buscando dessa forma a paz e a segurança nas relações internacionais. Não seria mais aceitável, após esse tratado, maiores agressões entre os membros da Liga. Os Estados perdem sua essência absoluta que causaram agressões mútuas entre países levando a humanidade a combates que afetavam a dignidade humana, e passam a sofrer sanções da Liga das Nações caso regras fossem descumpridas. Aumentava-se, segundo o magistério de Flávia Piovesan (1998 *apud* MAZZUOLI, 2010, p. 168) a obrigação de tutela dos direitos das minorias e a busca de condições dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças, limitando assim o a soberania estatal que existia acima de tudo.

O fator determinante e primordial para melhor organização dos Direitos Humanos foi, segundo Mazzuoli (2010) a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919. Com o objetivo claro de proteção à classe trabalhadora, traçava-se assim meios que deviam ser seguidos em âmbito internacional para que fosse atingido da forma mais próxima possível a total proteção e dignidade do trabalhador. Essa necessidade aconteceu com o fim da Primeira Guerra Mundial e o perigo do avanço de ideias socialistas em grande ascensão após a Revolução Russa de 1917. A

contribuição da OIT para o avanço dos Direitos Humanos foi imprescindível, notadamente quando o mundo se via em face de um conflito armado.

A quebra da soberania estatal no âmbito dos Direitos Humanos, possibilitou intervenção internacional nos planos internos, em se tratando de proteção de direitos da pessoa humana violados por qualquer ente interno, como a de grupos minoritários que sofrem discriminação de todos os gêneros. E ainda pode ser condicionado ao lugar que cada pessoa ocupa na sociedade, a luta dos direitos humanos passa por questões concretas como raça, classe social, gênero, religião, cultura (BARUFFI, 2006). O Estado deixa de ser internacionalmente os únicos entes de direito internacional público (MAZZUOLI, 2010). Logo, o indivíduo passa de objeto a ente de direito internacional público. É oferecido a esse sujeito, a partir de então, uma gama de meios processuais com grande poder de eficácia para assegurar a aplicação desses direitos.

Após o enorme número de perdas humanas na Segunda Guerra mundial fez-se necessário para a comunidade internacional que os direitos básicos do ser humano fossem normatizados e garantidos de uma forma que não existia anteriormente. Condutas contra a dignidade humana, a exemplo daquelas ocorridas nas duas Grandes Guerras, deveriam ser evitadas de todas as formas, como desrespeitos a nacionalidade, religião e direitos de ir e vir dos indivíduos. Ora, denota-se que foram desrespeitos cometidos de forma institucionalizada e sistematizada pelos nazistas. Como se pode ver em destaque:

O direito internacional dos direitos humanos, portanto, é aquele que visa proteger todos os indivíduos, qualquer que seja a nacionalidade. Trata-se do direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante esse período (MAZZUOLI, 2010, p.171).

Diante disso, os Estados tiveram que se adequar com ordenamentos jurídicos que condiziam com as normatividades internacionais para que os direitos humanos encontrassem a devida proteção nesses ordenamentos. Ficou claro, segundo Mazzuoli (2010), que a internacionalidade dos direitos humanos ficou mais sólida após as exigências desse período de pós-guerra.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, assim, em meados do século XX, decorrência da Segunda Guerra Mundial, e seu

desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional existisse (PIOVESAN, 2012, p.28).

Vale ressaltar o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945 e posteriormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos que data de 1948. A partir desses momentos muitos tratados começam a aparecer no cenário internacional. Uma verdadeira guinada rumo a total tutela dos direitos da pessoa humana, o que antes apenas poderia ser visto nas legislações inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789 (MAZZUOLI, 2010).

Sendo assim, o homem passa a ser sujeito de direito internacional. Os direitos humanos disponibilizam instrumentos de proteção globais, onde podem ser citados inúmeros exemplos. Todos esses dispositivos têm como base a *International Bill of Human Rights* e eles norteiam toda gama de novas proteções e faz-se cumprir as existentes. O caráter padronizador e universal da citada carta mostra sua força, principalmente no que tange a sua aplicação em esfera global e na regulação de arbitrariedades de qualquer espécie provenientes de órgãos estatais e de soberania até então postas como certas.

Faz-se necessário, ao prosseguir com esse assunto/tema diferenciar os âmbitos de atuação dos direitos humanos, direito dos homens e dos direitos fundamentais. Conforme elucidada:

A doutrina jurídica alemã contemporânea distingue, nitidamente, os direitos humanos dos direitos fundamentais. Estes últimos são os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana. Daí por que os direitos humanos autênticos existem, independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica estatal, e mesmo contra ela, ao passo que alguns direitos, qualificados como fundamentais na Constituição de um país, podem não ter a Vigência universal, própria dos direitos humanos (COMPARATO, 2003, p. 108).

Os Direitos Humanos estão ligados à ordem internacional, precisamente à dignidade das pessoas, visam responsabilizar os Estados colocando sua hegemonia e soberania não mais como total, devendo este ente respeitar os direitos dos indivíduos que estão sobre sua jurisdição (MAZZUOLI, 2019). Abrange uma escala mais global, faz do homem um sujeito de direito público internacional com o escopo

de proteger direitos de ordem privada como políticos, econômicos, sociais e culturais. Por meio dos Direitos Humanos é que os indivíduos podem reivindicar internacionalmente a proteção dos direitos feridos pelo Estado (BARUFFI, 2006).

Esse instituto também oferece um mínimo de garantias que todo ser humano detém, pelo simples fato de sua condição de ser humano, uma condição única. Conforme preconiza a redação do artigo 5º, em seu §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

O anseio da sociedade de proteger os direitos da pessoa humana criou uma luta contra as arbitrariedades estatais, dessa forma, os direitos fundamentais de muitos ordenamentos jurídicos foram elevados a Direitos Humanos para terem mais eficácia. As pessoas devem ser protegidas diante da ameaça de arbitrariedade dentro de sua jurisdição (MAZZUOLI, 2019).

Os direitos humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um dado Estado meios de reivindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (MAZZUOLI, 2019, p. 03).

Os direitos fundamentais estão ligados a proteção interna, ligados a pessoa humana e seus direitos positivados nas constituições de cada Estado. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Artigo 16) nos informa que não existe constituição sem que haja previsão de garantias fundamentais (MAZZUOLI, 2019). Esses direitos fundamentais que são de ordem interna, são limitados aos territórios dos Estados. São inclusive limitados por tempo, pois só surgem naquele ordenamento jurídico quando estabelecidos nas constituições. Como afirma o Artigo 5º em seu §1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Os Direitos do Homem têm uma fundamentação jus naturalista. Direitos naturais que não estão positivados, mas são válidos em todos os tempos e lugares. Esses direitos já se encontram e são previstos em tratados e em Constituições, por

estarem presentes nesses âmbitos maiores todos os homens sabem que possuem. Como bem explica o Artigo 5º § 2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Existe a necessidade de aumentar a área de atuação dos direitos humanos, fazê-los serem efetivamente aplicados, respeitados e abrangentes. Por essas e outras razões, características são intimamente ligadas a eles. A complementaridade solidária, por exemplo, é universal, indivisível, interdependente e inter-relacionado (BARUFFI 2006). Faz-se mister que os órgãos de direito internacional tratem os direitos humanos, que são globalmente aceitos de forma justa e com equidade, oferecendo o mesmo peso para ambos. Os Estados, independentes e cientes de suas demandas e especificidades, devem elevar o valor e salva-lo contra quaisquer ataques antidemocrático aos direitos humanos.

A historicidade dos direitos humanos, por seu turno, deve ser entendida como a evolução desses direitos no decorrer dos acontecimentos históricos, das conquistas históricas. Sua construção não ocorre ao mesmo tempo e sim gradual e principalmente por meio de lutas sociais dos cidadãos. A historicidade, também, afirma que os direitos humanos não podem sofrer retrocesso e somente ampliação da proteção aos indivíduos. Nesse sentido, ao evitar retrocessos, salienta Barreto:

Ela significa que os direitos humanos são frutos do processo histórico; resultam de uma longa caminhada histórica, marcada muitas vezes por lutas, sofrimento e violação da dignidade humana.

Os direitos humanos que hoje estão reconhecidos não surgiram “do nada”, a partir de uma concessão de algum governante ou de um ser divino, senão que resultaram de lutas da humanidade no processo histórico, muitas vezes indo de encontro justamente à vontade dos governantes.

A compreensão de que não seria possível suprimir direitos, sob pena de retroceder, é objeto da tese da PROIBIÇÃO DE RETROCESSO, também identificada na doutrina como PROIBIÇÃO DE EVOLUÇÃO REACIONÁRIA e EFEITO CLIQUET, segundo a qual suprimir direitos já incorporados ao patrimônio jurídico da Humanidade corresponderia a um retrocesso na afirmação da dignidade humana (BARRETO, 2019, p.31).

Os direitos humanos não podem ser vendidos ou objetos de qualquer forma de trocas e nem de transferência. A dignidade da pessoa humana é inalienável, as pessoas não podem se desfazer dela e muito menos renunciá-la. Baruffi, em complementação, vai apontar, ainda, que,

Tomando como classificação o critério da extensão referencial da titularidade dos direitos, passa primeiro pelo indivíduo, depois pelo grupo, a seguir pela sociedade ou comunidade, até chegar ao gênero humano (BARUFFI, 2006, p.41).

A espécie humana após comprovada existência de direitos naturais teve acesso por meio de lutas sociais aos direitos humanos que a toda ela se dirige. Dessa forma, uma característica essencial é a universalidade desses direitos que atinge a todos indistintamente, direitos que podem ser vistos como um conjunto bem definidos de regras inalienáveis, como bem preceitua o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Ademais deve ser uma preocupação da espécie humana como um todo, tendo em vista que a dignidade de todos, independentemente de nacionalidade, religião ou etnia regida por regras impositiva, ou seja, com alcance universal.

Nesse segundo sentido, o respeito aos direitos humanos deixa de ser apenas uma questão interna de cada Estado com seus nacionais e atinge o patamar de uma temática mundial, que demanda atuação da comunidade internacional, refletindo um novo paradigma, com o surgimento de documentos internacionais protetivos de direitos humanos (BARRETO, 2019, p.32).

A historicidade dos direitos humanos foi dividida, de forma controversa, em dimensões. Essa repartição criada define e divide os direitos humanos em dimensões onde cada uma delas oferece a devida posição delas no tempo e no contexto histórico em que são formuladas e elevadas a normas universais. Caracterizando de forma ainda introdutória essas dimensões: foram repartidas em três momentos.

A primeira dimensão, que pode ser inserida no contexto da segunda metade do século XVIII com as revoluções liberais, em que o fundamento era um não fazer do Estado perante a esfera individual das pessoas. Foi uma resposta do modelo liberal que nascia ao Estado Absoluto que impera na Europa (BARUFFI, 2006).

Nesta perspectiva, seriam direitos de primeira geração aqueles que se referem à individualidade das pessoas (liberdades físicas, liberdades de expressão, liberdade de consciência, direito de propriedade, garantias de direitos) (BARUFFI, 2006, p.41).

Os direitos de segunda dimensão, visto nesse momento de forma ainda superficial, deixou claro que a proteção as liberdades públicas eram insuficientes para garantir a dignidade das pessoas. Nesse caso busca uma prestação positiva do Estado, ou seja, o Estado garantir positivamente direitos aos cidadãos. Dessa forma: “Enquanto os reservados ao grupo, ou sociedade, seriam os direitos sociais, de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)” (BARUFFI, 2006 p.41).

Após eventos como as grandes guerras (Primeira e Segunda), e em virtude das atrocidades cometidas nesse período, a comunidade internacional se deparou com uma nova necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana. Em virtude disso, uma terceira geração para os direitos humanos foi trazida à luz do direito internacional com fundamentação de fraternidade entre os povos, uma dignidade irrestrita onde os horrores dos conflitos militares passariam longe. Conforme: “os direitos da terceira geração seriam os direitos de solidariedade e fraternidade (direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente sadio, direito à paz, direito à descolonização)” (BARUFFI, 2006, p.41).

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. (PIOVESAN, 2012, p.84)

A ideia de dimensões proposta por Karel Vasak se utilizou o do ideário da Revolução Francesa e seus três pilares basilares de liberdade, igualdade e fraternidade. Apesar de oferecer um arcabouço didático muito útil, que facilita o entendimento dos direitos humanos e fundamentais do homem e, além disso, contextualiza com muito mais clareza a historicidade tão importante. Esse conceito de gerações mesmo trazendo todas essas qualidades ainda sim sofre críticas, principalmente a sua equivocada impressão de que os direitos humanos foram substituídos de uma geração para outra (DIAS, s.d). Uma ideia de sucessão onde deveria ser de acumulação. Nessa perspectiva, a ideia de gerações, apresentada por

Karel Vasak em 1979, ainda oferece a falsa ideia de que um novo direito somente pode vir à tona após o anterior estar devidamente consolidado no ordenamento jurídico e na prática das pessoas (DIAS, s.d).

Ocorre que não há credibilidade científica no critério irracional de usar o romantismo de um lema revolucionário como regra sequencial obrigatória pela qual desenvolveu as prerrogativas tidas como humanas, de sorte que a revisão desta construção teórica é um contingente necessário, haja vista sua enorme influência dentro da comunidade científica (DIAS, s.d, online).

Sabe-se que durante o apogeu do feudalismo, e em sua versão mais atualizada incorporada na figura divina do rei detentor dos poderes de executar, legislar e julgar. Com esse viés absoluto, seu poder se tornou ainda maior com a elevação da monarquia a Estado Nacional. O rei João Sem Terra, que reinou na Inglaterra de 1199 até a sua morte em 1216 e teve essa alcunha pois não foi agraciado com nenhuma herança e em função das práticas tipicamente absolutista empreendidas pelo rei, entre elas tributos irracionais e abusivos aos habitantes do reino. Seu reinado pode ser visto como o início da derrocada do aparato feudal inglês.

O caráter autoritário do absolutismo se mostrou presente em inúmeros conflitos com a França, que geraram uma profunda carga tributária nesse período. Dessa forma, um grande conselho criado por nobres determinou que o rei assinasse e respeitasse um documento. Como se vê em destaque:

A Magna Carta estabelecia um comitê de 25 barões com poderes para reformar qualquer decisão real, até mesmo com o uso da força, se necessário, pois, os barões queriam garantir que João Sem-Terra não declinasse de sua decisão, uma vez que apenas tinha assinado tal documento devido a coerção dos próprios barões (SILVA, s.d, ONLINE).

Nessa perspectiva, a limitação aos poderes reais era de necessidade imediata para que o povo inglês deixasse de sofrer com os abusos, e mais imediatamente nobres. Mas esse documento mantinha a estrutura do feudalismo vigente mesmo que desgastado. Trazia muitas normas que seriam essenciais para o ordenamento jurídico inglês, incluindo a garantindo que as leis fossem justas para todos os cidadãos. Desse modo,

A nova lei dizia que o Rei não poderia mais criar impostos ou alterar as leis sem antes consultar o Grande Conselho, órgão que seria integrado por representantes do clero e da nobreza. Também afirma nos dispositivos finais como ela seria posta em prática. 25 barões ficaram responsáveis de ter certeza que o Rei a respeitaria, e que poderiam usar da força se necessário (SILVA, s.d, online).

Descrição onde no primeiro momento da história da humanidade o *habeas corpus* encontra-se no Artigo 28 da Carta Magna de 1.225. Dessa forma, os mandamentos primordiais do *habeas corpus* surgiu com esse documento. Foi um grande passo em direção ao constitucionalismo. Conforme apregoa o artigo:

Nenhum homem livre deve ser apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou proibido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra maneira, nem prosseguiremos com força contra ele ou enviaremos outros a fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra. (MAGNA CARTA, 1.225 *apud* SILVA, s.d, online).

Essa carta pode ser considerada como o grande marco inicial da *common law*, e inaugurou uma era de sequentes adaptações aos cenários sociais, economicos e políticos da Inglaterra. Ofere-se, também, o arcabouço estrutural para constituições em toda Europa, mesmo sendo a britânica um artefato essencialmente adepto da forma “não escrita”, e dessa forma pode-se considerar-lá como um arranjo de leis tendo o exemplo que irrompe com a Carta Magna de 1215. O autor completa o raciocínio:

Apesar do principal e mais notório legado deixado pela Carta Magna ser o marco inicial do devido processo legal, ela também influenciou diversos outros pontos jurídicos relevantes, contendo disposições que já continham de forma rudimentar os ideais acerca da proporcionalidade entre o delito e a pena (artigos 20 e 21 da Carta Magna), a vedação do confisco legal (artigos 28, 30 e 21, da Carta Magna), declaração de intenção (artigo 60 da Carta Magna), e anterioridade de lei tributária (artigos 12 e 14 da Carta Magna) (SILVA, s.d, online).

Seguindo o mesmo caminho do documento citado acima, em 1628, foi editada a *Bill of Rights*, que mostra a inclinação do sistema jurídico inglês em considerar os costumes como fonte primeira. Significou uma profunda limitação ao poder estatal principalmente em virtude do monarca Carlos I ter fechado o parlamento quatro vezes por esse não atender seus pedidos por recursos para bancar sua vida de luxos, dessa

forma a legalidade deveria ser seguida e o parlamento consultado em inúmeras questões pois os direitos são naturais e pertencem ao povo e deverão manter essa característica independente do rei que viesse ao posto. Exercícios esses, que eram exclusividade do rei. Passa a existir a eleição do parlamento e conseqüentemente imunidades a ele ligadas, bem como um constante chamamento para que possa se manifestar diante das ocasiões. O autor complementa:

Esta forma peculiar do exercício de jurisdição, por certo, afastou o direito inglês do modelo romano - germânico que então vigorara no resto da Europa, possibilitando a introdução na Inglaterra de um mecanismo de recursos a precedentes (*cases*), condensados no *Years Books*, que serviram de base para o desenrolar dos julgamentos, sempre, em consonância com os costumes adotados nas decisões. Já no século XV, o *Common Law* cede lugar às designadas jurisdições de eqüidade (*equity*), que aplicava um processo escrito mais inspirado pelo procedimento do Direito Canônico. Entretanto, por volta do século XVII a *equity* se integrou à *Common Law*, admitindo-se uma dualidade jurisdicional, fundida posteriormente, por volta de 1873 e 1875, já na Idade Contemporânea (SILVEIRA, s.d, online).

Existindo algum tipo de negativa por parte dos homens do povo e de nobres em contribuir para coroa em forma de impostos medidas eram tomadas que cerceavam as liberdades. Diante disso, o Habeas corpus que já tinha sido uma importante parte da Carta Magna de 1215 foi novamente chamado a luz para trazer segurança jurídica aos súditos da realeza. Assim, foi aclamado novamente o capítulo XXIX da Magna Carta: "Nenhum homem livre será preso, nem detido, sem julgamento legal de seus pares ou conforme a lei do país". Premissa essa que foi desrespeitada novamente. Em função disso, a *Petition of Rights* em 1628 surgiu como reação (SILVEIRA, s.d, online).

Segundo Christopher Hill (1987, p. 50), os abusos cometidos por Carlos I, trouxe o povo em uma revolta segura de apoiar o parlamento:

Mas não devemos duvidar da sinceridade dos inúmeros pregadores que proclamavam que a causa do Parlamento era a de Deus e que — não importando quais pudessem ser as intenções subjetivas de Carlos I — o seu governo estava defendendo, objetivamente, a causa do Anticristo romano. Os realistas formavam "o partido anticristão". Tais pregadores abeberavam-se numa longa tradição. Os Atos e monumentos de John Foxe vinculavam o protestantismo à linhagem dos hereges lolardos e dos mártires executados sob a rainha Maria e forneciam provas justificando a opinião de que eram especialmente os

pobres que mais lutavam contra o Anticristo. Alguns protestantes ingleses chegaram mesmo a considerar-se como o povo eleito de Deus.⁶⁵ A Guerra dos Trinta Anos, que entre 1618 e 1648 assolou a Europa continental, parecia uma luta de morte entre protestantes e católicos e contribuiu para difundir e consolidar a crença de um influente grupo de estudiosos da Bíblia, segundo os quais o fim do mundo estava iminente.⁶⁶ Era natural que esses pregadores, sinceramente convencidos do caráter anticristico do governo de Carlos I, vissem a guerra civil como o primeiro acontecimento numa série de cataclismos e conchassem as suas congregações a apoiar a causa do Parlamento. Alimentaram assim a expectativa de que o reinado de Cristo estava próximo — expectativa essa que foi, entre muitos outros, também a de John Milton. O que terminou revelando ser perigoso em especial foi a convicção, solidamente escorada na tradição e reiterada por numerosos pregadores, de que o povo comum tinha um papel muito particular a desempenhar nessa crise, pois de certa forma ele era mais "eleito" do que os ricos e poderosos. "A voz que virá do reinado de Cristo é provável que comece entre aqueles que formam a multidão e que parecem tão desprezíveis especialmente aos olhos dos espíritos do Anticristo e dos prelados." Essas palavras são as de um teólogo independente perfeitamente respeitável, que, sem nada ter de radical ou extremista, acreditava que o fim dos tempos principiaria na década de 1650. Foram pregados muitos sermões nessa linha: assim, quase podemos dizer que essa doutrina fazia parte da ortodoxia, do lado parlamentar (HILL, 1987, p.50).

Segue Christopher Hill (1987, p 110) demonstrando a fundamento do poder divino que o Estado tinha e que afirmava suas condutas:

A religião é o único alicerce firme para todo poder", dissera Carlos I. "A Igreja e o Estado apoiam-se e assistem-se mutuamente", escreveu o bispo Goodman. "O Estado paga o clero, e assim este depende do Estado", afirmou, com mais crueza, Hugh Peter.⁴⁸ A função de uma Igreja estatal não se esgotava em orientar os homens para o céu: consistia também em mantê-los subordinados aqui na terra. Distintas sociedades, distintas Igrejas: mas, aos olhos dos tradicionalistas, o fim de toda forma de Igreja oficial parecia acarretar a negação de qualquer ordem social bem erigida (HILL, 1987, p.100).

Mesmo após duas grandes conquistas, como as citadas acima, a falta de aplicação e desobediência por parte do poder real e de seus apoiadores na aplicação do *habeas corpus*. As ordens de soltura simplesmente não aconteciam. O povo inglês, cientes dos seus direitos não deixaram que essas dificuldades os tirassem um direito tão importante.

A importância do *Habeas Corpus Act* tem sido muito discutida. Escritores superficiais, constitucionalistas sem o suficiente preparo de direito inglês, têm visto nele a origem do *habeas-corpus*. Poderíamos

citá-los, mas seria enumerar, talvez, a maioria dos livros de direito público. Atribui-se destarte àquele *bill* significação descabida, acima dele, contra a qual já protestava com veemência, há quase um século, HENRI HALLAM (*Histoire Constitutionnelle d'Angleterre, I, 126*): “*Quoi-queesoit um acte excellent, il n'iltroduisit au cunnovuve au principe, et ne confere auc um droit aux citoyens*”. Em verdade, o processo já existia; era essencial ao remédio, estava, de algum modo, na própria definição, — no nome. A prova de que a razão está, em parte, com esse historiador, temo-la nos capítulos anteriores desse trabalho. Entre os que veem no *act* de 1679 — aliás imperfeito, como mostraremos — a pedra angular da defesa e da garantia à liberdade, há alguns que o dizem, por lastimável desconhecimento da história inglesa, outros por omissas informações de segunda mão, como alguns juristas nacionais e argentinos, e outros, finalmente, por simples entusiasmo de momento. Entre os últimos acha-se o próprio Lord Macaulay, (*History of England, Works, I, 261*), que reconhecida, todavia, serem os preceitos substantivos da Magna Carta quase os mesmos consagrados na lei de 1679, *nearlythes ameat present*, embora os textos de 1215 fossem ineficazes devido a insuficiente sistema processual: *but it has beeninefficacious for wantof a stringent system of procedure* (SILVEIRA, s.d, online).

Pichioli (s.d, online) elenca características desse importante documento, o *Habeas Corpus Act* chamada “segunda Magna carta”, que exista a séculos, mas com um sistema processual que não oferecia a devida aplicabilidade com segurança a ela:

- (1) Que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonía, especialmente indicada na ordem de prisão, deve: receber do *lord* chanceler, ou, à requisição desse, de um dos magistrados presentes em Londres, dentre os doze juizes do reino, ordem de *habeas-corporus*...
- (2) Se alguma ordem de prisão for apresentada a um dos doze juizes, ou ao *lord chancellor*, e ele recusar um writ de *habeas-corporus*, o magistrado que assim proceder incorre na multa de 500 libras esterlinas, em proveito da parte lesada.
- (3) Nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados, que solicitam deportação, pode ser transportado como prisioneiro para a Escócia, para a Islândia, para as ilhas de Jérsia, ou outros lugares de além-mar, compreendidos, ou não, nos territórios do domínio britânico... (PONTES DE MIRANDA, 1955 *apud* SILVEIRA, s.d, online).

O contexto de Independência dos Estados Unidos conta com inúmeros avanços nos direitos fundamentais. Esse processo que pode ser contextualizado entre os períodos de 1775 a 1783. Dentre esses avanços pode-se destacar A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que apesar de não contar com eficazes instrumentos de direitos e garantias inicia esse período de desligamento dos Estados

Unidos da Inglaterra em seu caráter colonial e é uma importante página do avanço o Estado Liberal.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em sua essência a defesa dos direitos naturais do ser humano, bem como direitos civis, onde o pensamento liberal ganha seu espaço. O Estado, agora, tem o dever de se abster, um dever negativo e não se intrometer na esfera privada dos cidadãos.

É verdade que a ideia da universalidade da natureza humana é antiga, apesar de ter surgido na história do Ocidente com o cristianismo. Mas a transformação dessa ideia filosófica da universalidade da natureza humana em instituição política (e nesse sentido podemos falar de "invenção"), ou seja, em um modo diferente e de certa maneira revolucionário de regularas relações entre governantes e governados, acontece somente na Idade Moderna através do jusnaturalismo, e encontra a sua primeira expressão politicamente relevante nas declarações de direitos do fim do século XVIII. Chamem-na de invenção ou inovação, mas quando lemos, não mais em um texto filosófico, como o segundo ensaio sobre o governo civil de Locke, mas em um documento político como a Declaração dos Direitos da Virgínia(1778): "Todos os homens são por natureza igualmente livres e possuem alguns direitos inatos dos quais, ao entrar no estado de sociedade, não podem, por nenhuma convenção, privar nem despojar a sua posteridade", temos de admitir que nasceu naquele momento uma nova, e quero dizer aqui literalmente sem precedentes, forma de regime político, que não é mais apenas o governo das leis contraposto ao dos homens, já louvado por Aristóteles, mas o governo que é ao mesmo tempo dos homens e das leis, dos homens que fazem as leis, e das leis que encontram um limite em direitos preexistentes dos indivíduos que as próprias leis não podem ultrapassar, em uma palavra, o Estado liberal moderno que se desdobra sem solução de continuidade, e por desenvolvimento interno, no Estado democrático(BOBBIO, 2004, p. 204).

Nessa perspectiva, os Estados Unidos da América, se vendo ainda como uma colônia inglesa, submetida seu povo a um pacto colonial que impedia o progresso que almejavam. Esse escopo era influenciado pelas ideias Iluministas que circulavam pela Europa. Dessa forma, a Declaração de Independência dos Estados Unidos proclamou de forma veemente os direitos políticos, democráticos e humanos que todos os países iriam seguir adiante. Um povo que detém sua autodeterminação e que dessa forma aplica de forma legítima sua soberania.

Direitos que fazem parte da primeira dimensão dos direitos humanos foram consagrados na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, como a liberdade, o direito à vida e os direitos civis. Tudo isso devidamente

positivado e sem margem para retrocessos. O homem, como cidadão passa a seguir seu próprio caminho.

1.1 OS DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Sabe-se que para marcar o início do período moderno data-se como marco primeiro a queda da Bastilha na França revolucionária em 14 de julho de 1789. A luta dos revolucionários franceses era empreendida contra um regime que perdurava na Europa desde a queda do império romano. O Antigo Regime era o Estado absolutista, onde o Rei e a nobreza, junto com clero, eram as classes dominantes e por séculos subjugou o povo e esse povo, em sua magnitude, essencialmente rural, analfabeta e submetida ao seu senhor e ao poder do clero. Conforme explica Eric Hobsbawm:

O mundo em 1789 era essencialmente rural e é impossível entendê-lo sem assimilar este fato fundamental. Em países como a Rússia, a Escandinávia ou os Bálcans, onde a cidade jamais se desenvolvera de forma acentuada, cerca de 90 a 97% da população era rural. Mesmo em áreas com uma forte tradição urbana, ainda que decadente, a porcentagem rural ou agrícola era extraordinariamente alta: 85% na Lombardia, 72-80% na Venécia, mais de 90% na Calábria e na Lucânia, segundo dados disponíveis³. De fato, fora algumas áreas comerciais e industriais bastante desenvolvidas, seria muito difícil encontrar um grande Estado europeu no qual ao menos quatro de cada cinco habitantes não fossem camponeses. E até mesmo na própria Inglaterra, a população urbana só veio a ultrapassar a população rural pela primeira vez em 1851 (HOBSBAWM, 1977, p.13).

A crise que se instaurou no Antigo Regime, não somente na França Revolucionária (HOBSBAWM, 1977). Essa crise aconteceu e ganhou grande destaque pois aconteceu na França, que era o país de maior emergência de ideias Iluministas e o país mais populoso da Europa. Como mostra Hobsbawm (1977, p.72): “Em 1789, cerca de um em cada cinco europeus era francês”. A Revolução Francesa teve o caráter universal e de fato revolucionou o mundo, ela definiu e padronizou movimentos ao redor do mundo.

A queda da Bastilha, uma prisão estatal que simbolizava a autoridade real e onde os revolucionários esperavam encontrar armas. Em tempos de revolução nada é mais poderoso do que a queda de

símbolos. A queda da Bastilha, que fez do 14 de julho a festa nacional francesa, ratificou a queda do despotismo e foi saudada em todo o mundo como o princípio de libertação (HOBSBAWN, 1977, p.79).

Dessa forma, deve-se notar que as práticas comerciais vinham se desenvolvendo havia muito, eram centradas em trocas regionais, tendo como protagonistas os camponeses que levavam os excedentes de produção e com esse pequeno lucro estimulavam outras áreas do comércio. Essas atividades comerciais eram exercidas pela falta de produtos em cada região, o que forçava a busca em outras regiões. Uma economia não exatamente agrária e voltada para subsistência em sua plenitude (FRANCO JUNIOR, 1983).

Todo esse processo envolvia também algo além das questões econômicas nascentes que estava dando seus primeiros passos para o capitalismo era a questão das aspirações a direitos. Direitos esses que eram urgentes e que os grandes filósofos do Iluminismo exaltaram como essenciais. O desrespeito e os privilégios das classes detentoras do poder na Idade Média surtiram um efeito muito negativo em uma classe que vinha surgindo e crescendo por séculos, a burguesia. Essa classe convivendo durante séculos em um regime em que além de não estimularem o avanço da economia com seu arcaico mercantilismo ainda sofria com as profundas intervenções arbitrárias do Estado que queria cada vez mais manter os privilégios de sua nobreza (HOBSBAWN, 1977).

As 400 mil pessoas aproximadamente que, entre os 23 milhões de franceses, formavam a nobreza, a inquestionável "primeira linha" da nação, embora não tão absolutamente a salvo da intromissão das linhas menores como na Prússia e outros lugares, estavam bastante seguras. Elas gozavam de consideráveis privilégios, inclusive de isenção de vários impostos (mas não de tantos quanto o clero, mais bem organizado), e do direito de receber tributos feudais. Economicamente as preocupações dos nobres não eram absolutamente desprezíveis, Guerreiros e não profissionais ou empresários por nascimento e tradição – os nobres eram até mesmo formalmente impedidos de exercer um ofício ou profissão -, eles dependiam da renda de suas propriedades, ou, se pertencessem à minoria privilegiada de grandes nobres ou cortesãos, de casamentos milionários, pensões, presentes ou sinecuras da corte. Mas os gastos que exigia o status de nobre eram grandes e cada vez maiores e suas rendas caíam - já que eram raramente administradores inteligentes de suas fortunas, se é que de alguma forma as conseguiam administrar. A inflação tendia a reduzir o valor de rendas fixas, como aluguéis (HOBSBAWN, 1977, p. 74).

A ascensão da França como potência capitalista, junto a Grã-Bretanha causou um contraste de grandes proporções às vésperas da Revolução. Usar de seus privilégios para cada vez mais se beneficiarem do aparato administrativo do Estado Absolutista era uma prática esperada na nobreza francesa. Essa enorme aristocracia feudal da França estava em constante choque com a inevitável expansão capitalista eminente. A França, nas palavras de Hobsbawm:

Era a mais poderosa, e sob vários aspectos a mais típica, das velhas e aristocráticas monarquias absolutas da Europa. Em outras palavras, o conflito entre a estrutura oficial e os interesses estabelecidos do velho regime e as novas forças sociais ascendentes era mais agudo na França do que em outras partes (HOBBSAWM, 1977, p.13).

O Estado Absolutista foi gradativamente, durante séculos mostrando sua ineficiência em perceber e apoiar a burguesia como classe importante, e devido à resistência cada vez maior de sua aristocracia local. A sociedade feudal era em sua essência agrícola. Inclusive essa vida voltada para o campo era fator preponderante para o comportamento das pessoas (FRANCO JUNIOR, 1983).

Dessa forma, Eric Hobsbawm afirma:

Por volta da década de 1780, eram necessários quatro graus de nobreza até para comprar uma comissão no exército, todos os bispos eram nobres e até mesmo as intendenções, a pedra regular da administração real, tinham sido retomadas por eles. Conseqüentemente, a nobreza não só exasperava os sentimentos da classe média por sua bem-sucedida competição por postos oficiais, mas também corroía o próprio Estado através da crescente tendência de assumir a administração central e provinciana (HOBBSAWM, 1977, p. 75).

A crise econômica, aliada à total ineficiência administrativa da aristocracia, que provinha em sua maioria da nobreza feudal, e a crescente ascensão da burguesia como força política que buscava os direitos que julgavam detentores foi o combustível necessário para as primeiras aspirações de mudança de um Estado Absolutista para um Estado Liberal. O poder monetário, de investimentos de capitais vinha cada vez mais ganhando força em detrimento de características mais incômodas do mercantilismo, que era justamente o não investimento e apoio do Estado na economia e sim a acumulação de riquezas provenientes de colônias na América e na Ásia. Mais uma vez Eric Hobsbawm sintetiza:

A crise do governo deu à aristocracia e aos *parlements* sua chance. Eles se recusavam a pagar pela crise se seus privilégios não fossem estendidos. A primeira brecha no fronte do absolutismo foi uma "assembleia de notáveis" escolhidos a dedo, mas assim mesmo rebeldes, convocada em 1787 para satisfazer as exigências governamentais. A segunda e decisiva brecha foi a desesperada decisão de convocar os Estados Gerais, '1 velha assembleia feudal do reino, enterrada desde, 1614. Assim, a Revolução começou como uma tentativa aristocrática de recapturar o Estado. Esta tentativa foi mal calculada por duas razões: ela subestimou as intenções independentes do "Terceiro Estado" - a entidade fictícia destinada a representar todos os que não eram nobres nem membros do clero, mas de fato dominada pela classe média - e desprezou a profunda crise socioeconômica no meio da qual lançava suas exigências políticas (HOBBSAWM, 1977, p. 76).

Nessa perspectiva, ideológica influenciada pelo Iluminismo, em meio a todas essas contradições expostas acima, nasce um documento que é uma perfeita aspiração burguesa a direitos civis e políticos que caracterizam o que veio a ser convencionalizado como primeira geração dos direitos humanos. Documentos este chamado de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. "A fonte de toda soberania reside essencialmente na nação" (BARUFFI, 2006, 42).

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. "Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis", dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que "somente no terreno da utilidade com um". A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento; mas, se a corrida começasse sem *handicaps*, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos. A declaração afirmava (como contrário à hierarquia nobre ou absolutismo) que "todos os cidadãos têm o direito de colaborar na elaboração das leis"; mas "pessoalmente ou através de seus representantes". E a assembleia representativa que ela vislumbrava como o órgão fundamental de governo não era necessariamente uma assembleia democraticamente eleita, nem o regime nela implícito pretendia eliminar os reis. Uma monarquia constitucional baseada em uma oligarquia possuidora de terras era mais adequada à maioria dos liberais burgueses do que a república democrática que poderia ter parecido uma expressão mais lógica de suas aspirações teóricas, embora alguns também advogassem esta causa. Mas no geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado

secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários (HOBBSAWM, 1977, p. 77).

A Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão "Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução" (LEFEBVRE, 1947 *apud* BOBBIO, 2004, p. 79). Com essa declaração o indivíduo passou a ter o direito de decidir os caminhos que a sociedade em que vive deve seguir, sem a necessidade de um Estado dotado de poderes acima dos individuais. Esse presente documentou e afirmou os direitos naturais que já eram motivo de discussão na sociedade europeia. E é precisamente nele que se encontra os fundamentos básicos para o indivíduo passar de súdito para cidadão. O primeiro sendo meramente um objeto passivo que esperava do Estado propostas e medidas para que fosse alcançada uma felicidade. Sendo que o segundo é detentor de liberdades e direitos civis e responsável por buscar sua felicidade e papel na sociedade (BOBBIO, 2004). Nessa perspectiva:

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano (BOBBIO, 2004, p. 79).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem como principais abordagens o que o indivíduo tem antes mesmo da formação da sociedade, seus direitos naturais. Sendo assim o ser humano nasce com tal leque de direitos, os quais são inerentes a sua pessoa. E, ainda, seguindo essa perspectiva, e vindo logo após o estado de natureza oferece o próprio escopo da sociedade política, como ainda a legitimidade da nação (BOBBIO, 2004).

A fórmula do primeiro - "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" - foi retomada quase literalmente pelo art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos." Rousseau escrevera, no início do Contrato social: "O homem nasceu livre, mas por toda parte se encontra a ferros." Tratava-se, como se disse várias vezes, de um nascimento não natural, mas ideal. Desde o momento em que a crença numa mítica idade de ouro, que remontava aos antigos e fora retomada durante o Renascimento, foi suplantada pela teoria - que de Lucrécio chegara a Vico - da origem ferina do homem e da barbárie primitiva, tomou-se doutrina corrente que os homens não nascem nem livres nem iguais. Que os homens fossem livres e iguais

no estado de natureza, tal como descrito por Locke no Segundo tratado do governo, era uma hipótese racional: não era nem uma constatação empírica nem um dado histórico, mas uma exigência da razão, única que poderia inverter radicalmente a concepção secular segundo a qual o poder político, o poder sobre os homens, o *imperium*, procede de cima para baixo e não vice-versa. Essa hipótese devia servir, segundo o próprio Locke, "para entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem". Era precisamente essa a meta a que se haviam proposto os constituintes, os quais - logo após, no art. 2º - declaravam que "o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem", tais como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. No artigo, não está presente a expressão "contrato social", mas a ideia do contrato está implícita na palavra "associação". Por associação, entende-se - é impossível não entender - uma sociedade baseada no contrato. A ligação entre os dois artigos é dada pelo fato de que o primeiro fala de igualdade nos direitos, enquanto o segundo especifica quais são esses direitos, entre os quais não comparece mais a igualdade, a qual reaparece, porém, no art. 6º, que prevê a igualdade diante da lei, bem como no art. 13, que prevê a igualdade fiscal (BOBBIO, 2004, p. 87).

A liberdade é citada de forma eloquente na mencionada declaração. A lei em sua aplicabilidade deve ser seguida e disso decorre a liberdade, que deve se pautar pela lei e a ela respeitar, sem prejudicar o outro que também goza dos mesmos direitos. A propriedade é igualmente descrita e elevada a um valor jurídico de liberdade anterior ao jusnaturalismo (BOBBIO, 2004). Tal direito pode ser visto como o grande valor que resistiu às arbitrariedades do poder estatal. Norberto Bobbio (2004) enfatiza que a propriedade, inspirada por John Locke, deve ser vista como resultado de todo trabalho do indivíduo e que por essa razão deve estar longe da tutela do poder estatal e essa busca pela defesa da propriedade foi essencial e o caminho contra qualquer arbitrariedade da monarquia.

O direito à liberdade necessitava de uma defesa contra todos os ataques sofridos pelo Estado absoluto, que exercia essencialmente uma soberania viciada. Esse escudo foi sem dúvida a divisão dos poderes proposta por Montesquieu.

Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprovesse (BONAVIDES, 2001, p. 60).

Os valores referentes à propriedade remontam ao direito romano e sua aplicação na esfera do direito privado e é uma atividade de cunho individual e fora do

Estado. O direito de propriedade foi por muito tempo uma grande arma contra a soberania dos poderes absolutos (BOBBIO, 2004).

O direito natural, no que tange à ordem política, chegara a seu ponto culminante de florescimento, exercendo sobre a consciência dos reformadores europeus do século XVIII prestígio raramente alcançado por outras doutrinas (BONAVIDES, 2001, p. 71).

Com a elevação do nacionalismo, do estado-nação e a exaltação do conceito de liberdade e igualdade a figura do súdito deveria ser superada para alcançar o status de cidadão, figura esta, munida de direitos e garantias como foi exposto acima e não somente um súdito que meramente recebe benesses de um Estado detentor de todos os poderes. O ideal de nacionalidade, fazendo com que o indivíduo se sentisse parte de uma nação, territorialmente determinada, com uma língua em comum aumentou o sentimento de pertencimento dele como cidadão. A distância entre autoridade e o indivíduo tornaram-se menores, e o hábito de educar as crianças em escolas com uma alfabetização de massas trouxe maior atuação dessa nova figura da sociedade, o cidadão (HOBBSAWN, 1995, p. 38).

1.2 OS DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Para pensadores buscarem fundamentação no direito natural, em que a liberdade do indivíduo era quase ilimitada na sociedade pré-estatal. Era de suma importância para que o poder estatal fosse limitado e dessa forma dizer o que Estado que deve um serviço ao indivíduo, de não interferir em sua esfera privada. O Estado tinha como definição dentro do direito natural como meramente um organizador do convívio social. Uma imposição é feita pela sociedade formada por indivíduos que possuem direitos e com as teorias jusnaturalistas as limitações ao poder estatal passam a ser de primeira necessidade (BONAVIDES, 2001).

Na doutrina do liberalismo, o Estado sempre foi o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, parece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade (BONAVIDES, 2001, p. 40).

“O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva” (BONAVIDES, 2001, p.40). Para esse mesmo autor, o Estado deve ser consciente de sua existência que é deliberada à vontade dos indivíduos pertencentes a uma coletividade. Essa existência de apoio a sociedade poderia ser revogada caso esse fim fosse tirado de foco pelo interesse estatal (BONAVIDES, 2001, p.41).

“A cláusula kantiana, do respeito mútuo da liberdade de cada um, converte-se em domínio onde as aptidões individuais se concretizam, à margem de todo esboço de coação estatal” (BONAVIDES, 2001, p. 40). Dessa forma, a primeira noção de Estado de direito veio desse embate entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo monárquico. O Estado detém o papel de defensor dos direitos individuais, devendo se manter alheio a ponto de ser ausente no que se refere ao individualismo. Esse sentimento e objetivo revolucionário foi iniciado notadamente em 1789 por meio da burguesia e do direito natural, e eles concentraram essa força no terceiro estado (BONAVIDES, 2001).

Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de subjetividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia (BONAVIDES, 2001, p. 41).

A burguesia, já posta no novo contexto social Europeu como classe dominante fez questão de elevar e colocar como de alcance de todos os homens seus postulados liberais. Uma universalidade que se mostrou incapaz de acompanhar a gradual elevação da classe burguesa. Esses direitos ficaram em sua magnitude mais no campo da formalidade do que no campo da aplicabilidade, o que mostra toda contradição desse momento. Era a doutrina de uma classe servido universalmente para todas as classes, ignorando as forças que vivem na infraestrutura da sociedade.

Sendo assim o desejo de colocar o homem de forma total e indiscriminada como agente de seus interesses e por conseguinte influenciar na vontade estatal, era um valor democrático que estava além dessa primeira guinada do constitucionalismo burguês. Os princípios e engajamentos liberais e seus governos de uma única classe, logo, tornaram-se princípios democráticos de todas as classes, era o caminho do sufrágio universal sendo pavimentado (BONAVIDES, 2001).

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado

Jurídico puro se evidenciaram inócuo, e de logicismo exageradamente abstrato, em face das realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional (BONAVIDES, 2001, p.43).

Os direitos do burguês eram elevados como direitos de toda sociedade e primeiramente a divisão dos poderes e igualmente o constitucionalismo, que eram o fim do problema da soberania ilimitada, era uma decomposição dessa soberania em poderes separados e independentes entre si. Em Locke, os direitos individuais podem ser vistos como oponíveis perante a sociedade civil (BONAVIDES, 2001).

A liberdade vista por meio tão formal, com pouca aplicabilidade na vida cotidiana. A liberdade e a personalidade eram moldadas e usadas da forma que a ideologia burguesa desejava. Dessa forma, o conceito de liberdade e personalidade deveriam sofrer um melhoramento por meio da sociologia e filosofia em que esse melhoramento alcançasse as constituições que estivessem por vir (BONAVIDES, 2001).

A liberdade e o valor da pessoa humana deveriam ser resguardados de todas atrocidades que foi presenciada. Uma liberdade que efetivamente funcione no meio social, econômico e fuja da formalidade apresentada no tocante à primeira era desses direitos que foram elevados pelo interesse burguês, ou seja, um velho conceito, demasiado formal de liberdade (BONAVIDES, 2001). Paulo Bonavides (2001) faz uma pergunta muito válida: “como é possível passar do Estado liberal ao Estado social? É o Estado social um processo de decadência ou de renovação?”.

Mesmo em seu tempo, a Revolução Industrial, por ser um evento que ocorreu em sua forma mais integral e mais característica na Inglaterra ela não foi notada em sua magnitude. Pode-se aferir, com isso, que os efeitos sociais somente foram demonstrados e explica anos antes, precisamente nos anos iniciais do século XIX e precisamente nesse período que veio à tona no cenário europeu o Manifesto Comunista de Karl Marx, instrumento pelo qual a classe emergente desse período ganhou voz, qual seja, o proletariado. Os passos industriais, o crescimento industrial existia na Inglaterra antes mesmo do termo ser cunhado pela literatura mundial (HOBBSAWM. 1977, p. 44).

A humanidade, pela primeira vez, se organizava para produzir um número ilimitado de produtos e com isso ganhava cada vez mais meios para acelerar essa produção, mercadorias e serviços. Segundo Hobsbawm (1977) o ano decisivo que se

convencionou para determinar o início da Revolução Industrial foi o de 1780 e de acordo com o mesmo autor não se pode definir seu ponto final, tendo em vista que ela está ocorrendo nesse exato momento pois se tornou uma prática inerente ao mundo capitalista (HOBBSBANW, 1977, p. 45).

Mas as condições adequadas estavam visivelmente presentes na Grã-Bretanha, onde mais de um século se passara desde que o primeiro rei tinha sido formalmente julgado e executado pelo povo e desde que o lucro privado e o desenvolvimento econômico tinham sido aceitos como os supremos objetivos da política governamental. A solução britânica do problema agrário, singularmente revolucionária, já tinha sido encontrada na prática. Uma relativa quantidade de proprietários com espírito comercial já quase monopolizava a terra, que era cultivada por arrendatários empregando camponeses sem terra ou pequenos agricultores. Um bocado de resquícios, verdadeiras relíquias da antiga economia coletiva do interior, ainda estava para ser removido pelos Decretos Anexos (*Enclosure Acts*, 1760-1830) e as transações particulares, mas quase praticamente não se podia falar de um "campesinato britânico" da mesma maneira que um campesinato russo, alemão ou francês. As atividades agrícolas já estavam predominantemente dirigidas para o mercado; as manufaturas de há muito tinham-se disseminado por um interior não feudal. A agricultura já estava preparada para levar a termo suas três funções fundamentais numa era de industrialização: aumentar a produção e a produtividade de modo a alimentar uma população não agrícola em rápido crescimento; fornece um grande e crescente excedente de recrutas em potencial para as cidades e as indústrias; e fornecer um mecanismo para o acúmulo de capital a ser usado nos setores mais modernos da economia. (Duas outras funções eram provavelmente menos importantes na Grã-Bretanha: a criação de um mercado suficientemente grande entre a população agrícola - normalmente a grande massa do povo - e o fornecimento de um excedente de exportação que contribuísse para garantir as importações de capital.) Um considerável volume de capital social elevado - o caro equipamento geral necessário para toda a economia progredir suavemente - já estava sendo criado, principalmente na construção de uma frota mercante e de facilidades portuárias e na melhoria das estradas e vias navegáveis. A política já estava engatada ao lucro. As exigências específicas dos homens de negócios podiam encontrar a resistência d outros interesses estabelecidos (HOBBSBAWN, 1977, p. 47).

Pode-se colocar como as consequências mais impactantes foi um cenário que levou a uma revolta social onde o descontentamento e a miséria foram os principais propulsores. Os movimentos aconteceram de forma inerente ao crescimento

econômico e da indústria. O movimento ludista¹ foi de certa forma uma prática ingênua dos trabalhadores que colocaram a culpa nas novidades tecnológicas pelos seus infortúnios. (HOBSBAWN, 1977, p. 55)

O autor Eric J. Hobsbawn salienta:

A exploração da mão-de-obra, que mantinha sua renda a nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumularem os lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criava um conflito com o proletariado. Os trabalhadores e a queixosa pequena burguesia, prestes a desabar no abismo dos destituídos de propriedade, partilhavam, portanto, dos mesmos descontentamentos. Estes descontentamentos por sua vez uniam-nos nos movimentos de massa do "radicalismo", da "democracia" ou da "república", cujos exemplares mais formidáveis, entre 1815 e 1848, foram os radicais britânicos, os republicanos franceses e os democratas jacksonianos americanos (HOBSBAWN, 1977, p. 55).

Com uma profunda influência da Revolução Francesa, nasceu no ceio de todas modificações que ocorriam no mundo urbano inglês, uma identidade de classe que ainda não era notada na história das lutas sociais. O proletariado claramente influenciado pelas ideias da ilustração ganhou o fundamento teórico que precisavam para se tornar uma classe devidamente mobilizada e não mais com ocasionais protestos sem organização. E essa organização e identidade de classe levava o proletariado diretamente para as ideias socialistas. (HOBSBAWN, 1977, p. 230)

Neste sentido, a consciência de classe dos trabalhadores ainda não existia em 1789, ou mesmo durante a Revolução Francesa. Fora da Grã-Bretanha e da França, ela era quase que totalmente inexistente mesmo em 1848. Mas nos dois países que personificam a revolução dupla, ela certamente passou a existir entre 1815 e 1848, mais especificamente por volta de 1830. A própria expressão "classe trabalhadora" (distinta da menos específica "as classes trabalhadoras") aparece nos escritos trabalhistas ingleses logo após a batalha de Waterloo, e talvez até mesmo um pouco antes, e nos escritos trabalhistas franceses a expressão equivalente se torna frequente depois de 1830 (HOBSBAWN, 1977, p. 231).

Paulo Bonavides (2001) elucida como foi essa primeira fase da Revolução Industrial em termos sociais:

¹ Grupos de trabalhadores ingleses que, entre 1811 e 1816, se rebelaram e destruíram máquinas têxteis, pois acreditavam que elas eram responsáveis pelo desemprego. O líder ou iniciador desses movimentos chamava-se, provavelmente, Ned ou King Ludd. Daí. Supõe-se deriva o vocábulo inglês Luddite. (N. T.)

Expunha, no domínio econômico, os fracos à senha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego dos métodos brutais de exploração econômica, a quem nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (BONAVIDES, 2001, p. 59).

O proletariado, uma classe completamente na oposição à dominante, ou seja, a burguesia industrial que se formou com a revolução. Esse domínio se afirmava com a ajuda do poder estatal que autoriza a exploração sem interferir nessa exploração que ocorria. Inclusive a ordem jurídica estava organizada para garantir o bom funcionamento da exploração pelo empregador do empregado. (SANTANA; SANTORO, s.d, online)

Configura o direito, assim, fundamentalmente, a característica de um direito de classe, histórico, e no interesse da classe exploradora. Da mesma forma que o Estado, o direito não nascerá da vontade geral – portanto não é fundado no contrato social, nem numa pretensa paz social ou congêneres –, e também não terá, definitivamente, nada em comum, com as modernas teorias do direito que o fundavam num direito natural, eterno e de caráter racional. Toda a lógica do direito não está ligada às necessidades de bem-comum, nem as verdades jurídicas transcendentais. Está intimamente ligada, sim, à própria práxis, à história social e produtiva do homem (MASCARO 2002, p. 118 *apud* SANTANA; SANTORO, s.d, online).

Essa guinada que levou à elevação de direitos sociais, apontando claramente a exploração sofrida por uma classe por meio de outra, levou o Estado a gradativamente se posicionar para tentar evitar explorações de todas as espécies, notadamente para evitar o aumento de reações negativas por parte do proletariado. Vislumbra-se principalmente obter uma classe proletária menos influenciadas por ideias radicais medidas de cunho social foram tomadas para proteger essa classe de maiores explorações e com isso oferecendo uma qualidade de vida maior e maiores direitos trabalhistas (SANTANA; SANTORO, s.d, online).

Essa nova classe de direitos, uma classe que surgiu com as contradições advindas da evolução inevitável da Revolução Industrial. Direitos esses que foram elevados do âmbito nacional para o âmbito dos direitos humanos em escala global, influenciando dessa forma ordenamentos jurídicos para de fato proteger o trabalhador

e oferece-los o básico para uma vida digna no mundo do trabalho. (SANTANA; SANTORO, s.d, online)

Seja como for, malgrado toda essa anfibologia, não se pode deixar de assinalar que a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no art. 13 da Constituição Francesa de 1848, aponta para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, no século XX (COMPARATO, 2003, p. 102).

As mudanças desenvolvidas nas esferas trabalhistas no decorrer do século XIX influenciaram, como demonstrado anteriormente, os direitos humanos em esfera global e muitos ordenamentos jurídicos foram afetados por essa guinada do direito trabalhista. Dentre essas mudanças, no dia 05 de fevereiro de 1917 a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos foi promulgada e diretamente influenciada por valores trabalhistas emergentes. E mais ainda liberdades políticas e individuais sistematicamente negadas pelo período ditatorial anterior, e inúmeras proteções aos trabalhadores todos eles com caráter de direitos fundamentais (COMPARATO, 2003).

A Constituição mexicana de 31 de janeiro de 1917 é considerada marco normativo em matéria de direitos humanos porque garantiu direitos individuais com fortes tendências sociais, como, por exemplo, direitos trabalhistas (artigo 5º) e efetivação da educação (artigo 3º) (SILVA, 2005, online).

A dimensão social dos direitos humanos estava em alta na Europa, notadamente após o fim da Primeira Guerra Mundial. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) criada em 1919, regulou matérias já existentes na Constituição mexicana no campo trabalhista visando a proteção do empregado. Outra carta que adotou preceitos das existentes na Constituição mexicana foi a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado russa de 1918. Com influência nitidamente marxista essa carta eleva ao máximo direitos socioeconômicos e políticos (COMPARATO, 2003).

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de

trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar (COMPARATO, 2003, p.108).

Após o grande desastre da humanidade, que pode ser observado com o fim da Primeira Guerra Mundial 1914 – 1918, um resultado aconteceu com a promulgação em 1919 da Constituição de Weimar, uma resposta imediata aos horrores da Grande Guerra. A Constituição de Weimar exerceu grande influência e que foi retomado após a Segunda Guerra por muitos países, em função da existência dela no contexto alemão tenha sido bem curto. Era a democracia social, com a defesa dos direitos políticos, sociais, econômicos e trabalhistas, foi o maior exemplo de defesa da dignidade humana, negado inclusive pelo sistema recém-nascido comunista e negado inclusive pelo liberal capitalismo (COMPARATO, 2003).

Desde a sua concepção, portanto, a Constituição de Weimar se estruturava contraditoriamente, procurando conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial.

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir. Os direitos sociais, ao contrário, têm por objeto não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, pois o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e outros do mesmo gênero só se realizam por meio de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental. Aqui, são grupos sociais inteiros, e não apenas indivíduos, que passam a exigir dos Poderes Públicos uma orientação determinada na política de investimentos e de distribuição de bens; o que implica uma intervenção estatal no livre jogo do mercado e uma redistribuição de renda pela via tributária (COMPARATO, 2003, p.116).

A referida Constituição foi o exemplo mais notável no campo do direito trabalhista, em que a base foi feita alicerçada na democracia social. Fez-se necessário uma demarcação à liberdade de mercado para que fosse alcançado um nível de

dignidade realmente humano. Direitos trabalhistas passam a ser considerados igualmente direitos fundamentais no presente texto, tal qual a Constituição mexicana de 1917. (COMPARATO, 2003)

Nesse conjunto de normas, duas devem ser ressaltadas. A do artigo 162 chama a atenção pela sua extraordinária antecipação histórica: a preocupação em se estabelecerem padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado, tendo em vista a criação, à época ainda incipiente, de um mercado internacional de trabalho. No artigo 163, é claramente assentado o direito ao trabalho, que o sistema liberal-capitalista sempre negou. Ele implica, claramente, o dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego, cuja necessidade, até mesmo por razões de estabilidade política, foi cruamente ressaltada pela recessão dos anos 30. Nos artigos 165 e seguintes foi instituída a participação de empregados e empregadores na regulação estatal da economia. O movimento fascista tomou por base essas disposições da Constituição de Weimar para deformá-las, criando a organização corporativa da economia, sob a dominação do partido único (COMPARATO, 2013, p.117).

Prosseguindo no debate, cumpre citar a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (2018) que buscava acabar com a divisão da sociedade principalmente referente a classes, a exploração do trabalhador. A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (2018) vai mais além ao determinar que a vitória do socialismo deve alcançar todos os países quanto possível. Foi abolida a propriedade privada que passa a pertencer a todo trabalhador. Posteriormente a Constituição Soviética de 1919 reafirmou esses preceitos e aumentou o leque de proteção e igualdade aos trabalhadores e camponeses, inclusive o acesso integral à educação (SILVA, 2005, online).

Apesar dessa evolução concernente a direitos sociais, a carta russa excluiu toda e qualquer direito inerente a pessoa humana que fosse contrário aos interesses da ditadura do proletariado e da revolução socialista (SILVA, 2005, online).

Artigo 13: guiada pelos interesses da classe trabalhadora como um todo, a República Socialista Federativa Soviética Russa despoja todas as pessoas individuais e todos os grupos individuais dos direitos que são por eles utilizados em prejuízo dos interesses da Revolução Socialista (Lei Fundamental Soviética, de 10 de julho de 1918) (SILVA, 2005, online).

O Estado fascista italiano em 1927 confecciona a Carta do Trabalhador (Carta Del Lavoro), que apesar de estar saturada pela doutrina fascista italiana, ou seja, fortemente impregnada do corporativismo estatal ofereceu aos trabalhadores daquele país um avanço social considerável, mesmo que esse avanço seja fortemente ligado a um paternalismo estatal característico dos fascismos. Na verdade, foi um meio de impor a vontade e o controle estatal (CHAVES, s.d, online)

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) em nosso país, foi severamente influenciada pela carta fascista e mesmo após o fim dos sistemas nazifascistas e a consequente democratização se manteve em nosso país, a despeito de muitos países que igualmente sofreram essa influência e abandonaram após o fim da ameaça do totalitarismo. Com o advento dessa carta as relações de trabalho que na legislação anterior era vista como questão de polícia e que os empregados estavam à mercê dos desejos dos empregadores e sem nenhuma lei que regulasse o interesse da classe por direitos básicos. O poder estatal, por meio do Estado Novo, queria uma unidade com a classe operária e com isso evitar qualquer influência de ideias socialistas. (CHAVES,s.d, online)

A vasta obra de regulamentação das relações entre capital e trabalho, materializada na CLT, serviu como estratégia de sustentação política do regime e, pela força da propaganda, foi anunciada como concessão benevolente do Estado às classes trabalhadoras – encobrendo-se o aspecto fundamental da administração dos conflitos de classe e da cooptação das lideranças operárias por meio do chamado peleguismo, a proibição de greves e repressão brutal a comunistas e anarquistas minimizaram de modo progressivo a resistência histórica das organizações patronais e das elites, que também foram convocadas a se aproximar do aparelho estatal, como parcela indissolúvel de sua estrutura burocrática (CHAVES, sd, online).

A carta trabalhista brasileira seguiu os passos aos preceitos básicos do corporativismo que tenta suprimir a luta entre o capital e as forças trabalhistas de qualquer forma. Nota-se que a CLT tutelou quase que em sua totalidade a relação trabalhista, deixando alguns pontos apenas para ser tratado entre as partes.

1.3 OS DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Cumprir salientar que em sua evolução, os direitos humanos foi caminho para além de concepções apenas sociais e econômicas. Não obstante ao exposto, o conceito de solidariedade embasaria mais um pilar da Revolução Francesa, em que interesses difusos, de uma coletividade são vistos como essenciais para os indivíduos (SILVA, 2005, online). Direitos difusos, de solidariedade, se caracterizam por se distanciarem da titularidade individual dos direitos, e também fugir da relação entre indivíduo e Estado e se mostram, mais profundamente como direitos públicos. Conforme exposto a seguir:

Em geral, formam aquele conjunto de direitos que dizem respeito à garantia de um meio ambiente social e natural na perspectiva da proteção e preservação e da recuperação das condições naturais pelo uso sustentável dos recursos naturais, ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos. Também incluem os direitos à proteção de grupos e segmentos e os direitos relacionados ao consumo. Os instrumentos internacionais que contêm estes direitos são: Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986), Declaração sobre Direitos dos Povos à Paz (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1983), a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1967), a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (em discussão desde 1992) e várias outras. (CARBONARI, s.d, online)

Deve-se trazer à tona do debate a terceira dimensão dos direitos humanos, cujo o alvo é toda comunidade, em que pese, em sua magnitude o gênero humano. Tem como base ideais que retomam na longínqua Revolução Francesa de solidariedade e fraternidade. Interesses difusos e coletivos ganham valor, como a necessidade de um ecossistema balanceado e controlado (ZOUÉIN, s.d, online). Conforme leciona Paulo Bonavides (2004):

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento

de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2004, p. 569)

A titularidade de direitos passa a englobar não somente a individualidade e estende-se a grupos, ou seja, metaindividuais, e está bem além da relação entre Estado e indivíduo. As pessoas e seus grupos de interesses que passam a ser foco dessa gama de conceitos que fazem parte da terceira dimensão. Uma categoria de direitos que foge a dicotomia público/privado (WOLKMER, 2001, p. 16).

Exemplos: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Tratam-se de direitos transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (ZOGHBI, sd, online)

Para os direitos difusos pode-se dizer que são realidades palpáveis, os fatos da vida cotidiana que estão a cada momento se modificando, e que estão nas relações interpessoal de interesses mútuos de uma coletividade, de indivíduos em um mesmo ambiente. No que concerne a direitos coletivos, esses se situam em relação a organizações sociais e seus interesses sindicais e de associações (WOLKMER, 2001, p.16).

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (SARLET, 2009, p. 49 *apud* VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 81)

Cabe salientar que no ordenamento jurídico nacional os direitos de terceira dimensão podem ser encontrados na Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85) que eleva como primordial importância direitos ligados à uma coletividade. De suma importância citar igualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). O avanço tecnológico criou interesses inerentes aos seres humanos e com isso grandes reivindicações.

Interesses esses que podem ter sua gênese nos processos de descolonização afro-asiáticos e notadamente os interesses nacionalistas desses povos contra a dominação colonial. (WOLKMER, 2001, p.19).

O valor de autodeterminação dos povos, em função dessa dominação colonial existente, se enquadra no fundamento da fraternidade, em que o todos os cidadãos são responsáveis em conjunto por alcançar o bem comum com efetiva participação na vida pública, notadamente no que se refere a caridade vindo de todas pessoas e do sentimento de boa vontade. O interesse social comum faz com que a coesão entre as pessoas seja de primeira importância, cada indivíduo fazendo sua parte visando o bem comum. Minorias passam a necessitar de maior atenção vinda de corpos sociais mais amplos para que os direitos sejam efetivamente oferecidos e alcançado por todos. Os direitos metaindividuais contam com poucos recursos no sistema judiciário, que em sua história se concentrou mais em resoluções individuais de conflitos. (TOSI, 2004, p.288).

No que tange à importância do direito à autodeterminação com relação aos direitos humanos em geral, tem-se observado, com justa razão, que sua realização é uma condição essencial de garantia e de aplicação efetiva dos direitos do indivíduo e de seu reforço. Desse modo, o direito à autodeterminação é um princípio democrático. Todos sabem que a dominação estrangeira constitui uma negação desse direito em suas dimensões internacionais, mas queremos também chamar a atenção sobre algo que foi chamado de aspectos internos do direito à autodeterminação. Tal direito abarca, nesse caso, o conceito central de democracia, de modo que a vontade do povo é o fundamento da autoridade do poder público. Mais precisamente em suas dimensões internas e como princípio democrático, está igualmente ligado ao artigo 25 do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, que reivindica o direito e a possibilidade para todos os cidadãos, de tomar parte na direção da coisa pública, seja diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos (MABAYA, s.d, online).

A busca pela confecção de um documento universalmente vinculante e não meramente uma declaração para os direitos humanos. Em que casos de violação a direitos humanos fossem devidamente tutelados de forma universal. Dessa forma, inicia-se após os desastres e horrores da Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era assim uma retomada, mesmo que tardia, dos valores elevados na Revolução Francesa, mas não somente uma retomada sem efetivação, mas sim colocar esses valores em prática, educar de forma universal

as pessoas para praticarem e não somente manter dentro da teoria os direitos humanos (COMPARATO, 2003, p. 136). O autor vai além:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação, que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos a concebeu, originalmente, como uma etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima. Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (COMPARATO, 2003, p.134)

A citada declaração é uma evolução ética dos documentos anteriores, como por exemplo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Com define bem Flávio Konder Comparato (2003, p. 137): “levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. O autor continua com sua explicação:

Princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. A isonomia ou igualdade perante a lei, proclamada no artigo VII, é mera decorrência desse princípio. O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro - um indivíduo, uma classe social, um povo - como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas. Pode-se aprofundar o argumento e sustentar, como fez Hannah Arendt ao refletir sobre a trágica experiência dos totalitarismos no século XX, que a privação de todas as qualidades concretas do ser humano, isto é, de tudo aquilo que forma a sua identidade nacional e cultural, tornam-no uma frágil e ridícula abstração. A dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito (COMPARATO, 2003, p.138).

Nessa perspectiva, com a declaração acima citada efetivando o cumprimento de valores como a solidariedade, trouxe a preocupação de tutelar direitos e interesses como o Meio Ambiente e sua preservação. E destaca-se nesse caso a Convenção de Estocolmo de 1972, bem como a Conferência do Rio de Janeiro de 1992. Ambas preocupadas com a preservação do equilíbrio ecológico. O capitalismo e sua busca pelo lucro incessante aparecem como principal inimigo da luta coletiva por defesa da biodiversidade (COMPARATO, 2003, p. 262). Dessa forma completa:

Ora, uma das exigências centrais para o desenvolvimento sustentado é o respeito à biodiversidade. Ela representa o fundamento biológico do direito à diferença, em matéria de gênero, etnia ou tradição cultural. A humanidade se fortalece pela preservação das diferenças naturais e culturais, e se enfraquece com a instituição de igualdades sociais, isto é, de situações de dominação de uns sobre outros, fundadas na pretensa superioridade universal de um sexo, de uma raça ou de uma cultura. (COMPARATO, 2003, p. 262)

Pode-se notar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio confirmar a terceira máxima elevada na Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade. Um acontecimento de grande relevância para ampliação e efetividade dos direitos humanos.

1.4 OS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA E QUINTA DIMENSÕES

Alguns autores defendem um alcance ainda maior para os direitos humanos que abrangem uma quarta e quinta dimensões. E alinhando os conceitos de quarta dimensão, Paulo Bonavides ressalta que são direitos à democracia, à informação e aos pluralismos religioso, político, jurídico e cultural (VIEIRA JUNIOR, 2015). E o mesmo autor inclui a paz como direito característico da quinta dimensão.

Os direitos de quarta geração é uma ferramenta essencial para aplicação do Estado social de Direito. A globalização encontra diversas amarras em condutas neoliberais e sua perspectiva de dominação, mas existe uma globalização que melhor interessa a povos dominados, a globalização dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004). Novamente, o autor leciona:

Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim auferir humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Nessa perspectiva, a democracia tem que ser direta e estar disponível ao acesso de todos por meio de informações e ajudada pela tecnologia existente. Informações sem manipulação de instrumentos de mídia. A informação e o pluralismo são direitos inerentes à democracia que é um estágio avançado da evolução dos direitos humanos. Os direitos de quarta de dimensão são de muitas formas a concretização das dimensões anteriores, pois essas não sofreram interrupção em sua evolução tendo em vista o que bem preceitua a teoria dimensional dos direitos humanos. Assim reafirma o autor:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Enfim, os direitos da quarta geração com pendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Norberto Bobbio (2004) leciona que os direitos de quarta dimensão têm ligação mais correta com pesquisas biológicas e patrimônio genético dos indivíduos. Mais ligados a questões genéticas, tecnológicas, traz a luz do debate questões relacionadas a vida e a morte e a necessidade de um debate pautado pela ética e com a antecedência que qualquer instituição jurídica precisa. “Já apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, 2004, p.5).

O genoma humano logo nos primeiros parágrafos da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 encontra sua devida proteção, bem como o ser humanos e suas características genéticas (FRANCISCHINI, 2013, online). A quarta dimensão se apresenta com valores ligados à vida humana. Questões ligadas o início e término da vida, bem como a obtenção da vida por meios científicos. Esse campo passa a exercer

um maior interesse no mundo acadêmico, dessa forma salienta: “os efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, 1992, p. 73 *apud* WOLKMER, 2001, p. 19). Esses direitos são muito novos, e dessa forma precisam de uma legislação para regulamentar essas aspirações. Inclusive um arcabouço doutrinário com o intuito único de melhor tutela da vida humana.

Vale mencionar a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, instrumento pelo qual a preocupação com a desigualdade do acesso a saúde mostra mais um mecanismo importante para esfera dos direitos humanos. Busca-se cada vez mais ética na bioética e mostra que a globalização se tornou muito mais que apenas um problema econômico e mais um problema ético. Por essa razão, tornou-se exigência uma noção global de bioética (CARVALHO; ALBUQUERQUE, 2015, online).

Entender o porquê de certos níveis sociais, pessoas em regiões remotas tem menos acesso à saúde. Entende o porquê a pobreza ainda é um fator determinante para determinar o curso de saúde de uma pessoa. A vida de cada pessoa é significativa para todos e os menos privilegiados devem obter uma tutela maior do poder estatal.

Cumprido esclarecer que o progresso das ciências biomédicas e as verdadeiras revoluções tecnológicas no campo da saúde humana projetaram preocupações sobre a regulamentação ética envolvendo as relações entre a biologia, medicina e a vida humana. Daí o surgimento, nos anos 70, da reflexão bioética, que, tendo sido até então uma mera reflexão deontológica no âmbito da ética médica, vem lançando-se “a propósitos muito mais amplos”²⁴. Naturalmente, a bioética ganha importância por revelar-se instrumental interdisciplinar de base ética que visa a pesquisar, na esfera da saúde, os meios necessários para gerenciar, com responsabilidade, a vida humana em geral. Pela necessária normalização das novas exigências valorativas e pela normatização das formas de controle, incorpora-se à Bioética, o que se pode designar de Biodireito.

Ainda que o termo bioética tenha surgido em 1971 nos Estados Unidos (Universidade de Wisconsin) com Van Rensselaer Potter, a breve história da Bioética (do grego: “bíos” = vida + “éthiké” – ética) está associada a alguns fatos relevantes: a) as experiências dos médicos nazistas na II Guerra Mundial (Mengele) geram a primeira declaração de “regras bioéticas” em 1947, com o Código de Nuremberg (revisto posteriormente com a Declaração de Helsinque, em 1964); b) as pesquisas e o desenvolvimento das tecnologias no campo biomédico, principalmente com a procriação assistida (congelamento de espermatozoides ou de embriões, “mães de aluguel”) ao longo dos anos 70 e 80; c) as

conquistas da engenharia genética através da “clonagem” (cópia genética idêntica) da ovelha Dolly, em fevereiro de 1997, na Escócia. Por fim, alguns subsídios legais que podem viabilizar fundamentos para os “novos” direitos da bioética: Código de Nuremberg (1947), Declaração de Helsinque (1964), Lei Brasileira da Biossegurança (nº 8.974), de 05/01/1995 e Lei de Doação de Órgãos (nº 9.434), de 04/02/1997. Existem vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional sobre clonagem, reprodução humana assistida e eutanásia (WOLKMER, 2001, p.19).

Para quinta dimensão, vem ao debate o direito à paz, que anteriormente era colocado dentro dos direitos de terceira dimensão. Dessa forma, Paulo Bonavides leciona que a paz deve ser tratada como superior e engajar novos fundamentos. Para o autor, “A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos” (BONAVIES, 2013 *apud* FRANCISCHINI, 2013, online). Em contraste, outro autor completa:

Ainda que fossem necessários, os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder (BOBBIO, 1992, p. 6 *apud* SOVERAL, s.d, online).

Também, nessa perspectiva pode-se dizer que são direitos de quinta dimensão os adventos da realidade virtual e suas ramificações. A chamada era virtual e seus gigantescos avanços em computadores, comércio eletrônico, inteligência artificial e internet como meio de obter informações, e tudo isso implica diretamente no campo do direito. Uma legislação deve ser confeccionada para regulamentar e proteger a totalidade das pessoas que usam desse meio tão amplo atualmente. Direitos como privacidade, informações e toda gama de crimes que podem ser cometidos no ambiente online.

Quanto à quinta dimensão, que também aparece com o fim do século XX, está se refere àqueles direitos “advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas (OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p. 199-200 *apud* SOVERAL, s.d, online).

Existe uma divergência doutrinária acerca da quinta dimensão dos direitos humanos, alguns autores ainda não consideram as dimensões anteriores suficientemente maduras e os direitos que definem a quinta dimensão já sem encontram elencados na terceira dimensão, como maior exemplo é Norberto Bobbio (SOVERAL, s.d, online).

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

As demandas que ocorrem na sociedade atualmente no que concerne aos direitos para minorias sexuais encontram seu arcabouço estrutural no movimento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis), seu conceito e suas buscas. Nota-se claramente que o maior dilema das minorias sexuais é encontrado na luta por direitos, que a orientação sexual, religiosa, cultural e estilo de vida de qualquer natureza não seja visto como uma segunda classe de pessoas. E que, além disso, seja garantido e respeitado, para qualquer um que tenha vontade de agir como minoria, de agir às margens do que é considerado aceitável na sociedade e que a ética não seja desvinculada das minorias, pois elas também podem ser sujeitos que pratiquem essa ética em seus meios sociais.

Diante do exposto, para entender as minorias é entender essas buscas (RODRIGUES, 2010, p. 44). Pode-se ir além:

Considera-se que questões de gênero estão no centro dos sistemas socioculturais, religiosos e de valores, e os direitos sexuais e reprodutivos formam o cerne das questões de gênero. Como tal, encontram-se localizados na intersecção dos interesses individuais, coletivos, éticos, políticos, científicos e comerciais, e assinalam a interface de vários regimes de poder, entrelaçados e complexos (WICHTERICH, 2015, p. 11).

Delimita-se, que após a superação do bipartidarismo que reinou no mundo durante a guerra fria, notadamente após 1994, onde ocorreu no Cairo a Conferência sobre População e Desenvolvimento. Foi nela que questões relacionadas a saúde sexual e reprodutiva foi apresentada e elevada a um valor necessário contra qualquer política de controle demográfico e de natalidade. “Um ano depois, o conceito foi confirmado na famosa 4ª Conferência da ONU sobre Mulheres, em Pequim” (WICHTERICH, 2015, p. 12).

A articulação do paradigma de direitos sexuais e reprodutivos foi uma resposta aos movimentos de mulheres ao redor do mundo, que lutavam para se libertarem da violência masculina contra os corpos femininos e do controle patriarcal sobre sua sexualidade, que vão desde estupros no casamento, violações de guerra e os chamados assassinatos em defesa da “honra”, à mutilações genitais femininas, práticas humilhantes como testes de virgindade e , no caso de

candidaturas a postos de trabalho; escolha do sexo do bebê no pré-natal e feminicídio (WICHTERICH, 2015, p. 12).

A busca e o exercício de direitos são valores que devem ser praticados por toda comunidade internacional, sem abrir espaço para qualquer forma de discriminação de origem social, nascimento, ou qualquer outra condição conforme estabelece em seu artigo 2º, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O sentimento de pertencimento a um determinado grupo social que pode ser caracterizado por minoria, coloca esses indivíduos em uma situação de perseguição muitas vezes (OLIVA, 2012, p. 8). O autor completa:

No artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁵. Face à possibilidade de perseguição fundada em características não previstas pelos idealizadores da Convenção de 51 – como o sexo, a língua ou a situação econômica, elencados nos Pactos Internacionais –, ela foi estruturada de modo a estender a sua proteção a pessoas que pertencessem a um grupo social indesejado no Estado em que viviam. À época dos trabalhos preparatórios à Convenção, a situação mais usual de perseguição a indivíduos nos presentes termos, ocorria em países socialistas, os quais buscavam modificar suas estruturas sociais. Nesses Estados, proprietários de terras, comerciantes e capitalistas em geral, eram vistos como obstáculos a essa mudança estrutural (OLIVA, 2012, p. 8).

Deve-se alinhar as características de um grupo social que é um determinado grupo da população com situação, atividade econômica e trajetória pessoal comum que de alguma forma sofre perseguição e falta de proteção estatal. É visto como obstáculo à vida em sociedade, todos esses detalhes configuram o grupo social. As minorias sexuais se encaixam justamente como grupo social de especial atenção tendo em vista a constante perseguição que sofre, de formas mais diversas em países diversos. A proteção estatal para esse grupo social, devido a seu caráter de minoria se faz necessário (OLIVA, 2012, p.8).

O esforço internacional que visa a proteção de grupos e minorias sexuais, bem como, o trabalho de organizações busca o devido amparo legal por parte da legislação. Thiago Dias Oliva (2012, p.20) explica: “esses avanços contribuíram para a percepção de que os indivíduos LGBT constituem um grupo vulnerável, vítima de marginalização social na maior parte dos países”. Contudo, para isso o Estado teria que se portar como um defensor dessa minoria, o que na realidade não acontece, e

em muitos casos, esse mesmo Estado foi o real violador desses direitos (OLIVA, 2012, p. 11).

A orientação sexual do indivíduo faz parte de sua personalidade, está inserida dentro de seus direitos personalíssimos. É uma condição interna da pessoa, um sentimento individual que não é indicado a se relacionar diretamente com o gênero que a pessoa tem no seu nascimento. Pertencer a esse grupo social citado acima como homossexual e suas especificidades já não é vista como patologia atualmente. (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 151). Nessa perspectiva salienta:

Está consolidado no meio científico que ser LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, tão saudável como ser heterossexual: desde 1973 a homossexualidade foi retirada da classificação de patologias da Associação Americana de Psiquiatria; em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou a mesma postura; no Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina deixaram de considerar a homossexualidade um desvio sexual; e, em 1999, por meio da Resolução nº 01/1999, o Conselho Federal de Psicologia estabeleceu regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, declarando expressamente que a “homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão” e proibiu os psicólogos de colaborarem com eventos e serviços que proponham tratamento e/ou cura da homossexualidade; em 17 de maio de 1990, a Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID), (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 151).

Todo processo que passou a nomenclatura das minorias sexuais, sua representação no decorrer dos tempos foi mudando, adequando-se a um cenário de lutas e reivindicações de direitos fundamentais e indissociáveis da personalidade, notadamente no que concerne à autodeterminação sexual, à liberdade sexual e a liberdade de gênero (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 152). Nesse aspecto, cabe apresentar o valor semântico dos termos que serão apresentados no presente trabalho nos dizeres dos autores:

O vocábulo homossexualidade foi dado pelo médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega homo, que significa semelhante e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo “sexualidade semelhante”. Em 1911, E. Harsh-Haak cunhou a expressão homoerotismo na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo-homossexuais. Porém infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a

expressão inversão sexual já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão homoafetividade no ano 2000 procurou “evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade”. Já Enézio de Deus Silva Júnior prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti “a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero”. Nesse sentido, a homossexualidade não é uma doença, nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 152).

O estigma social que os homossexuais são vítimas acaba por oferecer o pior resultado de tudo, muito mais além do que é propagado de ruim e é atribuído a “sexualidade desviante”. O preconceito causa mais sofrimento, a intolerância causa exclusão. Ao excluir a homossexualidade de uma patologia social e coloca-la em mais uma variação de orientação sexual humana evita que muitos preconceitos sejam gerados e reproduzidos. Uma liberdade sexual que nada mais é do que um direito personalíssimo, construção da identidade de cada um, ou seja, conceitos dignos de proteção jurídica. (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 153).

Limitar o acesso de minorias sexuais a direitos usualmente comuns, direitos que todos os demais cidadãos têm acesso como por exemplo casamento civil, adoção, doação de sangue, mostra uma perfeita disparidade com o dever de cumprir obrigações. E, mais ainda, mostra a tendência de um poder estatal desprovido de valores que cercam a dignidade da pessoa humana, que em se tratando desse assunto específico determina a não padronização da vida dos indivíduos, um controle inclusive sobre a sexualidade desse personagem. Em virtude dessa postura, o Estado apresenta um comportamento de aprovação do modo de ver da maioria, em detrimento de uma minoria (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 154).

A minoria deve se submeter ao que a maioria determina como certo, caso contrário, será legitimado a negação de valores básicos inerentes à pessoa humana, e uma negação dos principais pilares do Estado Democrático de Direito. Se afastar dessa forma de agir, mostra um Estado em compromisso com o constitucionalismo, desvinculado de qualquer relação com uma pretensa “ditadura da maioria”. O pluralismo, que tem como característica a diversidade de grupos sociais e a essas

minorias devem estar munidas de direitos e meios que possibilitem sua afirmação e luta contra qualquer desrespeito a seus direitos personalíssimos (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 154). O autor apresenta uma elucidação muito válida:

A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de ser de um estado de direito constitucional (LOPES, 2007, p.63 *apud* BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 154).

A homofobia deve ser punida com a força da lei tendo em vista agressão a direitos fundamentais da pessoa humana, e sua exigência se torna ainda mais necessária vista que os casos de violência são rotineiros em toda sociedade. Nessa perspectiva, faz-se mister trazer a luz do debate o conceito de homofobia para melhor elucidar toda essa preocupação que recai sobre as minorias sexuais:

Hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles e àquelas de quem se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas (BORRILLO, 2001, p. 36 *apud* BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 155).

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 3º, IV delimitou a proibição de discriminação de qualquer espécie. Esse valor pluralista, que respeita as diferenças, seja ela de qualquer monta, que puna a discriminação para evitar que aconteça. O assunto referente ao debate requer uma maior tutela estatal que visa um caminho para a criminalização de qualquer forma de preconceito, propostas essas que está em total acordo com o artigo 5º § 2º da Constituição de 1988 (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 150). Dessa forma elucida os autores:

A Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II)³, além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual (BALESTRO; BAHIA, s.d, p. 149).

Rodrigues (2010), oferece uma diferenciação para melhor entendimento de movimentos sociais e de política pública no que concerne ao modo de operar de qualquer minoria. Para esse autor, a política pública nem sempre se confunde ou converge para uma política estatal, e sim na própria existência da luta dessas minorias por igualdade durante o tempo, uma construção de um grupo que se tornou comum, “política pública como apropriação de nossas condições de existência” (RODRIGUES, 2010, p.45). O movimento social em si já demonstra uma política pública, tendo em vista sua inclinação para observar a necessidade de olhar pra modos de vida que ultrapassam as já existentes. Segundo leciona o autor:

Tal processo já constitui uma política pública, no sentido de que não diz respeito apenas aos supostos direitos daquele “segmento” da sociedade; pois põe em análise os valores que circulam por todo o tecido social e que produzem determinados modos de vida e interdita a passagem de outros.

As lutas das minorias sexuais não dizem respeito apenas às minorias sexuais, mas a todos, na medida em que colocam em cena a afirmação de novos modos de vida. (RODRIGUES, 2010, p. 45).

No decorrer do século XIX, a prática no poder na Europa buscava, em sua magnitude, a normalização da vida das pessoas, fazendo com que qualquer prática desvinculada de relações heterossexuais. As lutas das minorias sexuais, desde muito cedo, se portaram contra o considerado normal pelos governos e discursos de resistências foram gradativamente sendo elaborados com o intuito de criar uma imagem positiva das minorias sexuais. O objetivo precípua era tirar da lista de ilegalidades práticas minoritárias que existiam no século XIX, e a voz que movia essa guinada de pensamento eram na literatura, medicina e em movimentos sociais que tinham a participação de médicos, psiquiatras e grupos de esquerda (RODRIGUES, 2010, p. 47).

O movimento de luta das minorias sexuais coloca-se como algo coeso, cria-se uma consciência que busca uma coerência em suas aspirações. E com toda essa coesão se coloca contra os saberes instituídos, uma resistência com ajuda da ciência (RODRIGUES, 2010, p. 47). Completa o autor:

No século XX, os EUA foram o palco do movimento social de minorias sexuais de maior visibilidade mundial. Na década de 1960, num contexto de contracultura e de críticas aos valores da sociedade

ocidental, ganhou corpo uma movimentação política de afirmação positiva da imagem do homossexual, bem como a luta por direitos civis. O “*gay power*” norte-americano, que defendia a política de identidade como forma de fortalecer a consciência política dos homossexuais, transformou-se em referência para movimentos sociais de vários países, como o Brasil. O episódio do bar *Stonewall* em Nova York, no dia 28 de junho de 1969, em que minorias sexuais, raciais e nacionais – como negros e latinos - lutaram corporalmente contra os policiais que queriam “limpar a região”, é considerado o maior marco histórico do movimento de minorias sexuais para grande parte de militantes e entidades de defesa da cidadania LGBT (RODRIGUES, 2010, p. 47).

A luta dos movimentos que representam as minorias de qualquer espécie, notadamente as sexuais, perpassa por questões de relações e práticas do poder. O poder que as definem como anormal, doentio é o principal meio que pregavam que os mesmos deveriam ser alvos de correção e normatização por parte da parcela dita normal. Seu meio de exercer e buscar seus direitos acontece por meio da produção literária, acadêmica e artísticas, além é claro, da luta nas ruas (RODRIGUES, 2010, p. 51).

“Os saberes se entrelaçam com práticas de poder e de resistência” (RODRIGUES, 2010). Nesse sentido o autor completa com um dos escopos da luta da minoria sexual:

Assim, queremos arrancar a homossexualidade do campo da psicologia e da medicina, que têm se apropriado do assunto crescentemente desde meados do século XIX, para colocá-la no campo da cultura e da política no seu sentido mais amplo (FRY; MACRAE, 1985 p. 10 *apud* RODRIGUES, 2010, p. 51).

Originalmente, a busca perpassou por uma busca de aceitação, uma maior sociabilidade entre e para as vítimas de discriminação, para que os ambientes heterossexuais recebessem com mais aceitação esse grupo de pessoas. Percebe-se que não era uma consciência política formada e combatente na busca de direitos perante o poder estatal e nem existia uma organização para tal (RODRIGUES, 2010, p. 53).

Tem-se no Brasil uma movimentação perante a modernização que aconteceu durante a década de 70 em conformidade com a luta pela democratização. Grupos de intelectuais e universitários foram formados para defesa do interesse dessas minorias, um dos principais era o SOMOS, que era um grupo munido de muita militância pelos

direitos das minorias no decorrer dessa década. Na década de 1980 o movimento optou por assumir um papel de luta contra a ditadura se alinhando com partidos de esquerda e ainda nessa década experimentou uma desarticulação muito em função da propagação da AIDS, e por outro lado, fortaleceu novos grupos (RODRIGUES, 2010, p. 53). Dessa forma:

[...] o governo do general Ernesto Geisel, em seu período final, acenava com uma distensão lenta, gradual e segura. O movimento estudantil voltara às ruas, e os operários dos setores de ponta da indústria não tardariam a usar novamente o direito de greve. Outras vozes políticas começavam a se fazer ouvir. Homossexuais que se apresentavam como “minorias oprimidas” juntavam-se, à sua maneira, ao coro da oposição à ditadura (SIMÕES; FACCHINI, 2008, p. 81 *apud* RODRIGUES, 2010, p. 54).

A epidemia de AIDS trouxe à tona uma onda de preconceitos contra minorias sexuais no decorrer da década de 1980 e 1990. Contudo, mesmo com essa perversão causada pela mídia e grupos religiosos as minorias sexuais viram uma oportunidade de serem mais um elo na luta contra propagação dessa doença, mesmo sendo acusados de hospedeiros principais dela. Além disso, esse debate forçou a sociedade a se conscientizar melhor sobre o assunto antes pouco relevante na sociedade, qual seja, de que o combate à epidemia está além do debate sobre homossexualidade (RODRIGUES, 2010, p. 60). Os autores vão além:

A sociedade passou a debater amplamente argumentos a favor ou contra sexo anal, sexo oral, perversões, quantidade de parceiros/as, uso da camisinha, sexo seguro e doenças venéreas, métodos anticoncepcionais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, conveniência ou não da adoção de crianças em famílias não-padronizadas etc. Deflagrou-se uma epidemia de informação, que não tem retorno porque deixará marcas nas próximas gerações (SIMÕES; FACCHINI, 2008, p. 135 *apud* RODRIGUES, 2010, p. 61).

Deve-se trazer à luz do debate o direito da pessoa em sua intimidade, sua vida privada, e assim implica na liberdade do indivíduo ao pleno exercício de sua liberdade/autonomia sexual. E a inviolabilidade, conforme preceitua o artigo 5, X de nossa carta magna: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Ademais, combinado com o mesmo artigo, em seu *caput* e inciso II protegem de forma integral a autonomia da pessoa

humana e sua liberdade de viver e desenvolver sua personalidade. Entende-se, nesse ínterim, que o indivíduo deve ter o direito de escolher sua sexualidade pois ela se insere na vida privada (STEINMETZ; SEGER, 2015, p. 279). Sampaio, ainda menciona que:

A autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio da identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais (SAMPAIO, 2013, p. 277-278 *apud* STEINMETZ; SEGER, 2015, p. 279).

Como resultado de todo esse debate, denota-se que a realização do ser humano se dá com suas práticas sexuais, e isso engloba a orientação sexuais. A sexualidade se encaixa, como já citado, nos direitos de primeira dimensão, tendo em vista que se insere na liberdade da pessoa. A orientação sexual e seus direitos adquiridos só recebem apoio na segunda dimensão dos direitos humanos, pois seu caráter social é de interesse público, para ser evitado qualquer tipo de exclusão (DIAS, s.d, online).

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza (DIAS, s.d, online).

Sem oferecer ao indivíduo liberdade de exercício de sua sexualidade é tirar da pessoa o próprio direito de liberdade, o gênero humano não pratica em sua totalidade seus direitos individuais. Dessa forma, pensar em meios jurídicos para proteção desses direitos, e para isso faz-se mister a doutrina e a jurisprudência para que conceitos que estão inertes nas mensalidades da sociedade.

2.1 A SEXUALIDADE E O FEMININO EM CONVERGÊNCIA: PELO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FEMININOS

O feminismo e o movimento LGBT elevou a paradigma da sexualidade, que por muito tempo se revelou cercado de regras rígidas principalmente pela religiosidade. Além de ter elevado o debate para outros patamares, que ultrapassam os da saúde, prazer e educação, e passam integrar valores que foram elevados como direitos fundamentais. Colocam em um plano internacional de direitos humanos ao admitir o ser humano como tão capaz de exercer seus direitos, de ser respeitado em seus direitos por um Estado omissivo, que até em suas escolhas de cunho sexual devem ser preservadas. Sua identidade sexual deve ser igualmente preservada sem nenhuma intervenção, mesmo da sociedade e suas diversas formas de preconceito (LIMA; VERDAN, s.d, online).

A sexualidade, como visto de forma bem ampla anteriormente, é um direito que se encontra na esfera dos interesses pessoais do indivíduo e tem caráter personalíssimo. Segundo Malveira (2013, *apud* LIMA; VERDAN, s.d, online), “o Direito à sexualidade, que não denota apenas a prática do sexo em si, mas também, da abstinência até a liberdade de dispor do seu corpo, é o direito de exercer a sua sexualidade da forma que melhor lhe aprouver, que mais lhe trouxer prazer”.

O tema trazido à luz do debate é deveras complexo, que encontra opiniões e atitudes que levam para muitos caminhos, tornando inesperado os tons e argumentos de todos os envolvidos, o que, claro, não deve ser motivo para o assunto ser exaurido em função do risco de carecer de atenção para o assunto. Na verdade, o tema deve seguir o caminho da tentativa de quebra de paradigmas (LIMA; VERDAN, s.d, online).

Os costumes delimitam práticas sexuais em muitas sociedades, os Estados, por meio de seus ordenamentos jurídicos, que oferecem uma desigualdade e um controle latentes dessas práticas. Por meio de práticas médicas pode-se delimitar muito bem a sexualidade de uma pessoa ao nascer. Essas pessoas acabam sofrendo com imposições da sociedade quando a decisão difere do determinado, um verdadeiro controle de comportamentos e pensamentos do que é certo ou errado, uma homogeneidade, uma definição de como o indivíduo deve se portar pelo resto de sua vida simplesmente pelo fato de ter nascido com características definidas em seu

nascimento. Contudo, na verdade, a mentalidade desse indivíduo pode ser incompatível com o corpo que nasceu (LIMA; VERDAN, s.d, online).

Sexualidade é uma parte integral de a personalidade de todo ser humano. O desenvolvimento total depende da satisfação de necessidades humanas básicas, como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho, amor. Sexualidade é construída através da interação entre os indivíduos e as estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o desenvolvimento individual, interpessoal e social (WAS, 2000, s.p *apud* LIMA; VERDAN, s.d, online).

O desenvolvimento de um “direito democrático da sexualidade” (RIOS, 2006, p. 74 *apud* LIMA; VERDAN, s.d, online) se tornou necessário tendo em vista a nova roupagem que direitos da sexualidade foram ganhando contornos internacionais e globalizados, contornos de direitos garantidos. O tema, pouco abordado, passar a ter uma relevância pouco ou nunca antes considerada (LIMA; VERDAN, s.d, online).

Na Constituição brasileira de em 1988, o Estado Democrático de Direito instalado aqui no Brasil, em seus artigos 1º e 3º, IV igualmente protegem direitos sexuais em um alcance que os colocam como essenciais para a vida em sociedade, como preceitua a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o Brasil é signatário. O direito à sexualidade aumenta o poder dos direitos humanos pois alcança muitas pessoas, além do que normalmente ocorre. O direito à sexualidade se tornou um mínimo necessário para devida aplicação dos direitos humanos (LIMA; VERDAN, s.d, online). Conforme elucidam os autores:

Dentro desta temática, a realização do mínimo existencial, também podem se dar por intermédio de “prestações materiais” que devem ser feitas por ações concretas para com o povo, pelo exercício de políticas públicas que visem o bem-estar social, “como saúde, educação e habitação” (WEBER, 2013, p. 199). Nesse diapasão, os Direitos sexuais precisam ser cada vez mais objeto destas prestações materiais, pois, além das políticas de saúde e educação, que são necessárias para a sociedade, a produção legislativa é essencial para a pacificação de Direitos que estão na esfera fundamental, como os Direitos sexuais. Atualmente o Brasil carece de leis que possam regulamentar este direito, afim de que se possa fazer cumprir os preceitos fundamentais da própria Constituição, que atualmente é insuficiente para tratar de tais direitos (LIMA; VERDAN, s.d, online).

Os direitos de cunho sexuais extrapolam questões o simples fato de como a pessoa vai exercer sua sexualidade na vida íntima, e alcança um pensamento de

saúde ao se preocupar com doenças sexualmente transmissíveis, e educativo ao ensinar o respeito ao próximo de uma forma mais proeminente. Nesse contexto “a tutela dos Direitos sexuais faz parte da realização do mínimo existencial, pois, a positivação sobre estes direitos proporciona isonomia quanto ao tratamento estatal durante a distribuição destes bens, os protegendo” (LIMA; VERDAN, s.d, online).

A mulher no plano internacional de direitos humanos é alvo de uma preocupação especial, tendo em vista sua situação de vulnerabilidade, com o intuito de equalizar e oferecer equidade ao tratamento. Esse cuidado especial se substancia nos direitos reprodutivos, que engloba segundo Roger Raupp Rios (2006, p.75) “direito à vida, à saúde, à igualdade e não-discriminação, à integridade corporal e à proteção contra violência, ao trabalho e à educação”. Pelo exposto, os direitos das mulheres já na Primeira Conferência Internacional dos Direitos Humanos eram vistos como algo necessário, para promover de forma total a discriminação contra a mulher. Essa perspectiva foi mais além ao colocar os direitos das mulheres como parte inalienável, integral e indivisível dos campos dos direitos humanos (RIOS, 2006, p.76).

Os direitos reprodutivos devem ser vistos, e passam a ser vistos, como direitos humanos categorizado como tal. Para isso, as relações devem ser mais igualitárias no que se refere aos gêneros, com liberdades de todos desfrutarem e realizarem uma vida sexual livre e com devido respaldo legal. Segundo leciona Roger Raupp Rios (2006) “relevante também é a menção ao direito de homens, mulheres e adolescentes de obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, aceitáveis e de sua eleição para a regulação da fecundidade”. O importante, é a criação de uma relação igualitária entre homens e mulheres (RIOS, 2006, p. 76).

Os direitos reprodutivos se estendem em alguns direitos de igual relevância, como o direito a proteção contra violência sexual de qualquer espécie, bem como a tentativa de prevenção por meio de educação sexual, e principalmente do livre exercício da sexualidade com uma educação sexual pautada. No Brasil, na Convenção do Belém do Pará, ocorreu uma grande atenção de proteção a mulher, com o objetivo de punir, prevenir e erradicar a violência que as mulheres passam todos os dias (RIOS, 2006, p. 77).

Na interpretação desses diversos instrumentos normativos, vale ressaltar a subsunção da violência doméstica e as altas taxas de mortalidade materna ao direito à vida, à proteção da integridade física e às proibições de tratamentos desumanos, degradantes e da tortura;

o acesso a serviços de saúde reprodutiva sem discriminação de gênero ao direito genérico à saúde; a violação sexual como tortura; violações sexuais durante conflitos armados como crimes contra a humanidade e crimes de guerra (conforme os tribunais *ad hoc* para Iugoslávia e Ruanda e o Estatuto da Corte Penal Internacional); o obstáculo ao controle de sua fecundidade pela mulher como violação à autonomia reprodutiva, assim como esterilizações involuntárias e a imposição de métodos contraceptivos; a denúncia médica de prática de aborto como violação à intimidade, direito que também abrange a tomada de decisões reprodutivas sobre o corpo (RIOS, 2006, p. 77).

As mulheres, nos aspectos acima citados, encontram-se em uma posição de desvantagem na maioria das sociedades no que se trata à proteção ao assédio sexual e igualdade de condições, principalmente no que tange à gravidez e à educação que esse momento necessita na vida de jovem mulher em pleno desenvolvimento. De igual modo, a proteção e o devido acesso ao matrimônio e o direito a constituir família dentro da idade que a lei permite (RIOS, 2006, p. 78).

Principais preocupações de direitos reprodutivos se orientam pela saúde reprodutiva das mulheres, bem como a preocupação com técnicas contraceptivas. Esses direitos, como visto, estão inseridos em uma realidade maior, nos direitos humanos internacionais. Atribuir toda preocupação que cerca os direitos reprodutivos e sexuais apenas às mulheres pode ser uma restrição pouco indicada, pois pode oferecer uma falta de devida formulação de leis e restrições em um assunto que engloba e interessa toda sociedade, e esse é o objetivo último dos direitos humanos e fundamentais, tutelar as situações em suas maiores diversidades e acontecimentos (RIOS, 2006, p. 80).

O artigo 5º da Constituição de 1988 apregoa e oferece seu fundamento: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Essa abertura constitucional encontra-se igualmente defendida nos artigos 5º, 6º e 7º, bem como relativos a outros campos que podem ser exemplos, como o artigo 194 e 226 (RIOS, 2006, p. 80).

Nesse contexto, afirmar-se-á, mais e mais, a ideia de um “direito democrático da sexualidade” frente à difundida expressão “direitos sexuais”. Uma abordagem jurídica da sexualidade, radicada nos princípios da igualdade, da liberdade e do respeito à dignidade, de fato, revela-se mais apta a responder os desafios teóricos e práticos

que as orientações, expressões, práticas e identidades associadas à sexualidade produzem no contexto das sociedades democráticas contemporâneas. Não se trata de dissolver qualquer rol de direitos sexuais nem de invalidar o esforço de enumerá-los mais concretamente; objetivasse, isso sim, alargar sua compreensão e aprofundar sua compreensão por meio de referenciais principiológicos mais coerentes e sistematizados (RIOS, 2006, p. 80).

Delimitar, para melhor esclarecer os conceitos, o campo de atuação do direito da sexualidade se mostra urgente para o presente estudo. Seu caráter privado é inquestionável, sua aplicação acontece nos âmbitos dos direitos penal e cível, encontrando muita resistência no ceio familiar e nas relações entre os gêneros, como não podia deixar de ser. Esse campo de atuação, se mostra importante de ser trazido à luz para que direitos não se tornem inócuos, destituídos de importância prática (RIOS, 2006, p. 93).

Atos de violência que tem como alvo mulheres, mesmo mulheres em matrimônio, como também a negação de acesso a devida educação sexual a jovens devem ser combatidos e fazer valer todos esses direitos internacionalmente adquiridos. Essa educação combate, de igual modo o machismo praticado durante muitos séculos, notadamente na sociedade brasileira (RIOS, 2006, p. 93).

Aliás, nesse sentido aponta a literalidade dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Nas palavras do artigo 5o da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o compromisso assumido pelos Estados inclui a “modificação dos padrões socioculturais de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou funções estereotipadas de homens e mulheres” (RIOS, 2006, p. 73).

Nesta linha, muitos desafios ainda se apresentam para os direitos humanos no campo dos direitos supracitados, mas cabe reiterar a importância da educação como forma de formar cidadãos aptos para relações sociais pautadas cada vez mais pela aceitação e respeito pelos direitos do outro adquiridos no âmbito privado. E, sem deixar de citar, a prevenção e devido amparo legal para crimes dessa espécie (NUNES, 2016, p. 115).

A tutela estatal dos direitos, por meio de seus legisladores pátrios sempre foi com a intenção de assegurar esse bem jurídico em foco. A princípio a preocupação

era resumidamente com a moralidade em relação a questões sexuais, protegendo a sociedade e não as vítimas de algum atentado a esses direitos privados. No Brasil, desde a Constituição de 1830 já condenava o crime de estupro em seu artigo 222, bem como no Código Penal de 1890, em que o legislador prevê crimes contra “segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” (NUNES, 2016, p. 115).

O Código Penal de 1940, em seu Título VI da Parte Especial, define como crime sob um olhar mais direcionado para crimes contra os bons costumes (Dos crimes contra a liberdade sexual, Da sedução e Corrupção de Menores, Do Rapto, Disposições Gerais, Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres e do Ultraje público ao Pudor), e a Lei nº 11.106 de 2005 veio oferecer um melhor entendimento sobre o caso (NUNES, 2016, p. 115).

A doutrina pátria já alertava que a proteção aos costumes, focado nos hábitos sexuais aprovados pela moral prática e disciplinas sociais, deveria passar, em face dos novos contextos e tendências do mundo moderno, por uma reforma urgente incluindo mudanças no Código Penal. Tais mudanças não deveriam, contudo, ferir os preceitos éticos, ressaltando que o legislador não poderia ficar inerte ao mundo real, em que pese a nova visão de uma liberalidade saudável da sexualidade no mundo atual (NUNES, 2016, p.115).

Apesar de grande avanço, com esses dispositivos citados, o legislador não ofereceu muita clareza, pois determinar que eram crimes contra bons costumes, o bem jurídico que deveria ser protegido se tornava muito obscuro. Em 1940, o Código Penal, no artigo 213, a mulher passa a ser devidamente protegida na legislação penal brasileira. A mulher nesse momento passa ser a única vítima do delito, e não apenas a sociedade e os bons costumes, sendo ela agora o polo passivo desse crime (NUNES, 2016, p. 116). O autor ainda oferece o dispositivo legal para apreciação:

Artigo 213: Estupro: Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Artigo 214: Atentado Violento ao pudor: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BRASIL, 1940 *apud* NUNES, 2016, p.116).

O bem jurídico protegido, a liberdade sexual da mulher, foi protegida até mesmo na esfera matrimonial, em que o débito conjugal mediante o casamento não deveria mais ser tolerado. O crime somente pode ser praticado com dolo, não existindo versão culposa. A ação penal é de interesse público, pois para o legislador é dever do poder estatal punir tal comportamento lesivo à honra das mulheres (NUNES, 2016, p.117).

De acordo com o passar dos anos, as realidades sociais acabam ganhando novos contornos, principalmente a proteção e amplitude dos direitos humanos, notadamente no que se refere a direitos sexuais que dia após dia sofre novas formas de violação que se estende para crianças e adolescentes. Dessa forma, o Projeto de Lei n. 253/04, em decorrência do Requerimento nº 02/2003, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly Silhessarenko, criam a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), para melhor oferecer segurança jurídica para abusos sexuais de crianças e adolescente. Com esse procedimento, foi implementado a Lei 12.015 de 2009 para punir crimes contra liberdade sexual (NUNES, 2016, p.118).

2.2 OS DIREITOS SEXUAIS EM PAUTA

Exercer de forma livre os direitos relacionados à sexualidade estão no campo de livre prática das pessoas, sem nenhuma discriminação, coerção ou violência. A prática da sexualidade tem que estar desvinculada da reprodução para alcançar de fato seu papel de direito (MATTAR, 2008, online). Em complemento, como leciona o autor:

A discussão sobre tais direitos foi retomada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Consoante previsto no parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências (MATTAR, 2008, online).

Nota-se assim, que o caminhar e evolução dos direitos sexuais foram gradativos e um direito que atuava apenas na esfera negativa, ou seja, onde seu desrespeito causava uma pena ao sujeito. A sexualidade em um sentido mais emancipatório, normas que exaltassem a capacidade e o direito do indivíduo com sua sexualidade e a defesa desse direito como personalíssimo, defendido por todos os mecanismos possíveis (MATTAR, 2008, online). Pode-se destacar os ensinamentos de outra autora:

O conceito de direitos sexuais, que tem uma história ainda mais contemporânea, origina-se nos movimentos gays e lésbicos interessados na anulação da estigmatização das chamadas sexualidades alternativas, e abrange fundamentalmente o exercício da vivência da sexualidade, da livre escolha de parceiros e práticas sexuais sem constrangimento ou discriminação (LEMOS, 2014, p.245).

Não ser objeto de abuso, e qualquer violência sempre se mostrou um caminho mais simples do que obter direitos de plena atividade da sexualidade e capacidade de usufruir do próprio corpo, uma evolução que deve vista além da discriminação e abusos, visando positivar o direito ao próprio corpo (MATTAR, 2008, online). Dessa forma:

Assim, devem englobar as chamadas "titularidades (*entitlements*) afirmativas", já que as titularidades afirmativas e negativas são os dois lados da mesma moeda: não posso gozar de meu corpo sexual se estou constantemente submetida ao temor, digamos, de um abuso (MATTAR, 2008, online).

Se debruçar sobre o que pesquisas científicas oferecem sobre a saúde do corpo e suas especificidades é de fundamental importância para desvincular a sexualidade da reprodução para com isso superar as estruturas de poder postuladas e determinadas nas sociedades. A mulher, por séculos, era apenas uma extensão do homem, uma propriedade e somente com a Revolução Francesa que o valor dado ao sexo feminino começou a engatinhar, com os valores de igualdade (MATTAR, 2008, online). Completa a autora Adriana Lemos:

De fato, a noção de direitos sexuais é recente, pois se origina na luta dos movimentos gays e lésbicos contra o preconceito. A consolidação de uma linguagem específica se deu nos anos 1990 com as

conferências internacionais do Cairo e de Beijing. Atualmente, parte do movimento feminista considera essa terminologia como elemento de luta contra a desigualdade de gênero (LEMOS, 2015, p. 249).

A sexualidade é um bem que deve ser adquirido nas práticas sociais e deve ter o devido respaldo educacional para isso, o que leva a cada sociedade em cada tempo ter seus próprios valores. Apresentam como atores e militantes não apenas mulheres, diferentemente dos direitos reprodutivos, aqui apresentam-se igualmente grupos do movimento LGBT (MATTAR, 2008, online). Diante disso:

Contudo, foi em 1993, na II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, ocorrida em Viena, que a sexualidade das mulheres foi pela primeira vez invocada. Os parágrafos 18 e 38 da Declaração e Programa de Ação recorrem aos Estados para eliminar a violência baseada no gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual. Em dezembro do mesmo ano foi adotada na ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que condena, em seu parágrafo 2º, as várias formas de violência física, sexual e psicológica sofridas pela mulher, afirmando estarem tais direitos e princípios embutidos nos tratados internacionais de direitos humanos. Ressalte-se, que esta declaração serviu de base para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, aprovada pela Organização dos Estados Americanos, em 1994, cujo conteúdo é juridicamente vinculante aos países que a ratificaram (MATTAR, 2008, online).

Em toda sociedade ocorre uma luta pelo poder, e essas relações se apresentam na vida em sociedade, relações de poder que podem ser sentidas, em suas devidas proporções em muitas esferas sociais. Dentre elas pode-se citar os poderes de homens, brancos e heterossexuais, que se expressam em classes, etnias e nas relações entre os gêneros (MATTAR, 2008, online).

Os direitos sexuais encontram-se devidamente estabelecidos no campo do direito privado, mas o Estado deve oferecer a real proteção para liberdades que precisam ser exercidas e que ainda sofrem com discriminações e atentados que chegam até aos extremos da violência. Segundo Laura Davis Mattar (2008): “o buscar este equilíbrio, corre-se o risco de se estar a fazer um convite para o abuso da discricionariedade estatal”. (MATTAR, 2008, online).

Resta evidente, pois, que a primazia da regulação e aplicação do direito na esfera pública contribui para que mulheres e minorias sexuais não tenham a proteção necessária do direito para exercer suas cidadanias no âmbito doméstico. A democracia, como nos ensina

Pitanguy, não se refere apenas ao exercício da cidadania na esfera pública, mas também às relações na vida cotidiana, no trabalho, na família, na saúde, na educação (MATTAR, 2008, online).

Por se localizarem dentro da esfera privada, direitos relacionados à sexualidade, a proteção por meio tendo como conceito basilar a saúde das pessoas não foi empreendido. O Estado deixando de interferir na vida privada dos seus cidadãos não interveio na liberdade sexual que eles adquiriram. A sexualidade, diferentemente da reprodução, obteve de forma mais difícil reconhecimento no campo do direito público internacional, e sua inserção aconteceu muito recentemente (MATTAR, 2008, online).

Conforme leciona Laura Davis Mattar (2008): “Não só; o discurso sobre os direitos humanos aceita a vida sexual apenas de modo implícito e, mesmo assim, restrita à reprodução e, portanto, ao casamento heterossexual”. Somente após da epidemia de AIDS na década de 1980 que de fato os direitos da sexualidade foram de fato incorporados ao direito público internacional, tendo a preocupação com a saúde como principal motivador. Assim, o coloca os direitos sexuais muito atrás de tudo que foi alcançado pelos direitos reprodutivos (MATTAR, 2008, online).

Nas palavras de Maria Betânia Ávila, os "direitos sexuais, ao colocar as relações sexuais como relações sociais a serem consideradas no plano da cidadania, a serem, portanto, mediadas e garantidas nas necessidades que produzem por meio de direitos, colocam a heterossexualidade e a homossexualidade como práticas sexuais igualmente livres". O valor do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais para os homossexuais está justamente no fato de assinalar a importância da dimensão sexual na vida humana e no resguardo da dignidade humana. Só assim, todos terão acesso aos direitos e às liberdades fundamentais que caracterizam a democracia.

Mas, o reconhecimento jurídico dos direitos sexuais também tem consequências importantes para o cotidiano das mulheres, especialmente as heterossexuais. Isto ocorre porque, além de sofrerem repressão sexual, vivenciam abusos e violências que residem numa cultura que ainda não reconhece sua liberdade sexual. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos reprodutivos da mulher, se comparados aos direitos sexuais, foi possível por estarem ligados à suposta "função" ou "natureza" feminina, qual seja a reprodução. Mas, e o prazer sexual? Tem a mulher direito a usufruir seu próprio corpo? (MATTAR, 2008, online).

A maior conquista dos direitos sexuais mostra que as mulheres não são apenas seres reprodutivos e também sexuais e para isso precisa ter seus direitos tutelados, direitos expostos acima como essenciais para suas escolhas e liberdades, um caráter

emancipatório, reforçado com toda segurança que precisa como um ato do corpo humano e por isso passível de regulação sanitária (MATTAR, 2008, online).

Nota-se um processo não linear, lento, com o qual forças contra e a favor criam avanços e retrocessos em um cenário que deveria ser de uma predominância do primeiro sob o segundo. Direitos relacionados a sexualidade, como dito anteriormente, liga-se a aspirações de emancipação e tentativas de se livrar de discriminação das mulheres em uma sociedade guiada por valores machistas. Conforme leciona a autora Christa Wichterich (2015, p. 14): “tornou-se um peão entre duas dinâmicas globais: mercantilização transnacional neoliberal e regimes político-religiosos fundamentalistas e autoritários” (WICHTERICH, 2015, p. 14).

Considerando que a transnacionalização e mercantilização da reprodução avançou rápido, paralelamente ao desenvolvimento de tecnologias reprodutivas e as biociências, uma expansão do bloco neoconservador de forças políticas e religiosas orquestrou uma reação no que tange às negociações internacionais em um número crescente de países. No encontro CSW59 Pequim+20, em março 2015, em Nova Iorque, ONGs, ativistas feministas e LGBTI de todo o mundo relataram recentes violações e ataques aos seus direitos devido à força crescente dos setores autoritários, nacionalistas, neoconservadores e fundamentalistas. Essas violações contribuem para o “encolhimento de espaços e fundos” liberais e progressistas baseados em direitos e as ONGs de mulheres as enfrentam em todos os lugares (WICHTERICH, 2015, p. 14).

Com o desenvolvimento posterior à elevação dos direitos sexuais as mulheres conquistaram mais acesso à educação, e a diminuição da mortalidade. Contudo, esses avanços não atingem todas as classes sociais e a citada educação das mulheres apenas é oferecida em sua integralidade às classes mais abastadas. As autoridades oferecem planos em seus discursos para melhoramento das condições, para ultrapassar as contradições existentes entre o discurso e o que é praticado. O conservadorismo ainda é uma barreira ao desenvolvimento dos direitos sexuais e reprodutivos, uma questão claramente de poder (WICHTERICH, 2015, p. 16). A autora, ainda, apresenta os seguintes números:

Apesar dos avanços consideráveis na área da saúde materno-infantil e planejamento familiar nas últimas duas décadas, em 2010, 800 mulheres morreram diariamente de causas relacionadas à gravidez ou ao parto e estima-se que 8,7 milhões de jovens, com idades entre 15 e 24 anos nos países em desenvolvimento foram submetidas a abortos inseguros em 2008. O advento dos medicamentos

antirretrovirais evitou 6,6 milhões de mortes por HIV e AIDS, incluindo 5,5 milhões em países de baixa e média renda, mas em muitos países, o número de novas infecções continua a subir, ou a diminuição está paralisada. Em geral, cada vez menos ganhos podem ser esperados a partir de “soluções milagrosas”, sem que sejam feitas sérias melhorias nos sistemas de saúde dos países pobres e se combata a pobreza estrutural e as violações dos direitos humanos.

Os dados nas avaliações nacionais de Pequim+20 confirmam a irregularidade e a frequente compensação do desenvolvimento no setor da saúde sexual e reprodutiva, devido a vários fatores. – O relatório oficial do governo das Filipinas, por exemplo, afirma que – apesar de ter sido criado um Plano de Desenvolvimento sensível a Gênero desde 1995 – em 2011, a mortalidade materna foi maior do que 1990; a gravidez na adolescência aumentou para 64 mil entre 2005 e 2010. No entanto, finalmente, depois de 15 anos de controvérsias, uma lei sobre a “paternidade responsável e saúde reprodutiva” foi aprovada em abril de 2014; as garantias do direito ao acesso universal a todos os métodos de planejamento familiar e à educação sexual – um objetivo que ainda parece inatingível para as mulheres pobres (WICHTERICH, 2015, p. 16).

Os direitos sexuais e reprodutivos, controversos que são, encontram-se nos limites da autodeterminação individual e as normas de uma sociedade cujo pátrio poder exerce sua influência nas instituições que moldam os valores e normas dessa sociedade. A contestação proveniente dessa parcela da sociedade acontece, pois, aspiram uma mudança social, desafiam as normas existentes (WICHTERICH, 2015, p. 17). A autora demonstra a luta feminina:

Embora atuem sob diferentes enfoques culturais e regionais, os movimentos de mulheres de todo o mundo articulam a resistência contra a violência, discriminação e controle externo sobre os corpos das mulheres, a sexualidade e as capacidades reprodutivas. A linguagem dos direitos sexuais e reprodutivos foi formulada por redes de mulheres para se contrapor as formas seculares e modernas de subordinação e controle do corpo feminino e da sexualidade por instituições patriarcais: a família, sistemas de saúde, comunidades religiosas, sistemas jurídicos e Estados. O paradigma dos DSDR foi visto como fundamental para articular a visão do privado como algo político. Ao mesmo tempo, foi visto como além do estereótipo das mulheres como vítimas e, em vez disso, construí-las como portadoras de direitos que poderiam conter responsáveis estatais e não-estatais para a proteção e a observância dos direitos humanos (WICHTERICH, 2015, p. 17).

Governos de caráter conservador aliados a interesses cristãos determinam políticas antifeministas, com discursos. Políticas contra casamento de pessoas do mesmo sexo, e a adoção por parte desse grupo é constantemente empreendidas por

grupos religiosos em comunhão com grupos extremistas. Nessa perspectiva, “pouco tempo depois, os protagonistas desses movimentos reacionários viajaram para a Alemanha para apoiar pais “preocupados” que protestavam contra a ‘sexualização precoce’ de seus filhos através da educação sexual nas escolas” (WICHTERICH, 2015, p. 19).

Estas forças patriarcais conservadoras desafiam qualquer novo significado dado à entidade da família ou maternidade por razões éticas. Começando pela América Latina e pelos EUA, uma “neo evangelização” católica e protestante está ocorrendo em todos os continentes, e liderando a propagação da doutrina anti-igualitária, em prol da família e da propriedade privada (WICHTERICH, 2015, p. 19).

A autora, ainda, completa na mesma perspectiva:

Estas forças patriarcais conservadoras desafiam qualquer novo significado dado à entidade da família ou maternidade por razões éticas. Começando pela América Latina e pelos EUA, uma “neo evangelização” católica e protestante está ocorrendo em todos os continentes, e liderando a propagação da doutrina anti-igualitária, em prol da família e da propriedade privada (WICHTERICH, 2015, p. 19).

Uma parcela incomoda de governos, utilizam as lutas de minorias sexuais, bem como questões reprodutivas como o aborto para criar, equivocadamente, um ambiente de crise de valores morais e religiosos. Esse clima de insegurança, combinado com o autoritarismo comum de grupos extremistas encaminha a sociedade a uma menor aceitação de valores emancipatórios (WICHTERICH, 2015, p. 19).

Pode-se citar os mais importantes pactos e convenções que contribuíram para a elevação dos direitos sexuais a um patamar de direitos humanos. Nesta monta: a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial em 1965; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1979; a Convenção Internacional sobre a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes; a Convenção sobre os direitos da criança em 1989; o Plano de Ação da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento no Cairo, em 1994; e a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim, em 1995, entre outras. (TAQUETTE, 2013, p. 73).

Na Conferência do Cairo, direitos sexuais dos adolescentes foram desvinculados dos do poder patriarcal, se tornando um direito íntimo e privado. Um sigilo antes não encontrado e nem praticado pelos adolescentes, além disso, o acesso a meios educacionais que melhor os orientes perante a questões sexuais (TAQUETTE, 2013, p. 73). A autora eleva o diálogo:

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), SSR é o estado de completo bem-estar físico, mental e social em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, e não a simples ausência de doença ou enfermidade. É a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade sem risco de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação (TAQUETTE, 2013, p.73).

É apresentado duas formas de pensar quando se tenta analisar a posição do Estado perante aos direitos sexuais e reprodutivos. Uma posição determina uma omissão do poder estatal perante as aspirações do sujeito em seus direitos privados, o sujeito é detentor de autonomia, liberdade, privacidade, intimidade e o Estado não pode intervir. Outra posição é a necessidade de garantia de direitos provenientes do Estado, como: acesso à informação, e à educação/serviços de saúde sexual e reprodutiva, “políticas que promovam a igualdade e a equidade entre os sexos, não permitindo a submissão das mulheres e das meninas e eliminando qualquer discriminação sexual” (TAQUETTE, 2013, p .74). A autora nos apresenta os direitos que considera como sexuais:

Viver e expressar livremente a sexualidade, sem medo, culpa, falsas crenças, violência, discriminação e imposições;
Escolher a parceria sexual;
Exercer a sexualidade independente do estado civil, idade ou condição física;
Escolher se quer ou não ter relação sexual.
Expressar livremente sua orientação sexual;
Ter relação sexual independente da reprodução;
Sexo seguro para prevenção de gravidez e DST;
Serviços de saúde com garantia de privacidade, confidencialidade e atendimento sem discriminação; Informação e educação sexual e reprodutiva (TAQUETTE, 2013, 74).

No Brasil, o governo federal ofereceu passos muito grandes para direitos sexuais, como por exemplo a implementação do Programa Nacional de DST/AIDS. E, logo nos anos seguintes, fez com que o número de mortalidade por AIDS caísse, pois

o tratamento ficou ao alcance de todos. Em 1998, o tratamento contra AIDS foi colocado como obrigatório na rede provada de saúde. As pessoas de orientação sexual ainda sofrem com a falta de legislação no ordenamento jurídico brasileiro, poucas leis em nível nacional. Um exemplo de avanço foi a Portaria nº 1.707 de 2008 que autoriza o Sistema Único de Saúde (SUS) a empreender o Processo Transexualizador (cirurgia de mudança de sexo) e em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva (TAQUETTE, 2013, p. 75).

2.3 OS DIREITOS REPRODUTIVOS EM ANÁLISE

A detentora desses direitos, a mulher, pode decidir livremente no âmbito de seus direitos individuais, quantos filhos deve conceber, bem como o espaço de tempo que lhe aprouver. E esse direito alcança inclusive o direito de as mulheres receberem a devida educação informações para que sua decisão seja da melhor forma tomada (MATTAR, 2008, online).

No Brasil, discussões relativas a direitos reprodutivos teve como gênese a reflexão feminina sob seus próprios deveres e práticas reprodutivas, isso inclui seu modo de ser na sociedade como um todo. Foi nos anos de 1980 que o ganhou contorno o termo “direitos reprodutivos”, uma evolução de “saúde da mulher”. O ativismo feminista contribuiu para que na década de 1990, a Organização das Nações Unidas (ONU), segundo Adriana Lemos (2014, p. 245): “realizou reuniões temáticas internacionais, nas quais questões relativas ao gênero, saúde, equidade, autonomia, direitos humanos, dentre outras, foram reafirmadas e reforçadas mutuamente”. A autora completa:

Pode-se afirmar que os direitos reprodutivos são entendidos como “a capacidade de se reproduzir e a liberdade de decidir-se, quando e com que frequência se reproduzi. Além disso, esse conceito é um instrumento de ação política, que permite o deslocamento da discussão de temas como aborto, homossexualidade, concepção, contracepção e mortalidade materna, antes restritos aos aspectos legais e de saúde, para o campo dos direitos humanos (LEMOS, 2014, p. 245).

Os direitos reprodutivos, oferecem um estado em que beneficia a saúde do indivíduo, principalmente em questões pertinentes ao seu foro íntimo, sua vida privada

com a vida sexual pautada na segurança. E ainda mais, no direito de saber que podem exercer quando quiserem, da forma que quiserem. O referido estado é um bem-estar físico e psicológico, e não deve ser limitado apenas ao que se refere a enfermidades (WICHTERICH, 2015, p. 12).

Implícitos nessa última condição estão os direitos de homens e mulheres de serem informados e terem acesso a métodos de planejamento familiar. Direitos Sexuais e Reprodutivos 13 1. Introdução seguros, acessíveis, aceitáveis e de sua escolha, bem como a outros métodos escolhidos por eles para a regulação da fertilidade que não sejam contra lei, e o direito de acesso a serviços e cuidados médicos apropriados, permitindo que as mulheres tenham uma gravidez e um parto seguros e forneçam aos casais a melhor oportunidade de terem um bebê sadio. (WICHTERICH, 2015, p. 12).

Nessa perspectiva, os direitos humanos guiam de forma presente os direitos reprodutivos, nada mais são que postulados já aceitos e devidamente seguros em direitos humanos, seja no âmbito nacional quanto no âmbito internacional. Um direito de todos os casais e indivíduos nas suas práticas reprodutivas terem acesso a liberdades e alto padrão de saúde sexual, protegidos contra toda discriminação, coerção e violência para seu bem e de seus filhos que vieram a ser gerados. Os países membros das Nações Unidas são obrigados a respeitar, proteger e confirmar a devida aplicação com os postulados que se tornaram signatários. Movimentos que falavam em nome dos interesses femininos buscavam que, valores conquistados internacionalmente, oferecessem influências no campo nacional e local (WICHTERICH, 2015, p. 13).

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a terem controle e decidirem livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre homens e mulheres, em se tratando de relações sexuais e da reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e responsabilidade compartilhada pelo comportamento sexual e suas consequências (PEQUIN, 1995, *apud* WICHTERICH, 2015, p. 13).

Para as mulheres, o direito de escolha é o que vale, e não obrigar elas a fazerem o que não querem, uma política que forçasse a maternidade ou a negação da maternidade. Durante o século XX, o poder de escolha, o caminho da autodeterminação no que se refere a questões reprodutivas, cresceu

consideravelmente. Contudo, “as demandas atuais para a aplicação dos direitos sexuais e reprodutivos e as lutas dos movimentos de mulheres e LGBTI têm sido confrontadas com o ressurgimento de regimes religiosos fundamentalistas e uma tendência a governos autoritários e neoconservadores” (WICHTERICH, 2015). Essas forças conservadoras ganham poder e influência, com ataques cada vez mais estratégicos com discursos violentos e populistas, colocando-se como porta voz de uma maioria e de um valor superior (WICHTERICH, 2015, p. 19).

Movimentos antigênero orquestrados pela ala da direita, machista e contra ideologias de igualdade estão em ascensão na Europa Central e Oriental, formando alianças com diferentes denominações religiosas. Na Rússia, esses grupos colaboram com a Igreja Ortodoxa Russa e com o governo Putin; isso acrescenta um forte tom nacionalista à promoção da família russa, composta pelo menos de três filhos e se distancia da Europa Ocidental, acusando-a de estar sob a “influência gay”. Com a ajuda de suas próprias emissoras de TV, grupos ultraconservadores e fundamentalistas organizam uma reação estratégica e bem fundamentada, focada na família: glorificam a maternidade por meio da naturalização da feminilidade, da reprodução e das normas heterossexuais; fazem campanha para derrubar o direito ao aborto; organizam referendos contra o casamento gay e advogam pró-vida e pela família (WICHTERICH, 2015, p. 19).

Segundo Laura Davis Mattar (2008, online), “o termo ‘direitos reprodutivos’ tornou-se público no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdã, Holanda, em 1984”. Mediante esses novos postulados se tornou mais seguro para a mulher o tratamento do campo cada vez mais amplos de seus direitos de reprodução, que alcançam defesas aos métodos contraceptivos e o aborto em um estágio mais evoluído da discussão (MATTAR, 2008, online).

Todo o citado processo trouxe também a profunda necessidade de melhor delimitação dos conceitos desses direitos. Visando, assim, sempre o melhor amparo jurídico para a mulher, sujeito detentor desse direito. Razão essa a escolha reprodutiva ingressa na lista de garantias fundamentais tanto no plano nacional quanto no internacional. Qualquer lei, pressuposto e decisão que atentem contra os direitos reprodutivos das mulheres atentam diretamente contra um valor defendido pelos direitos humanos internacionais (MATTAR, 2008, online).

Para garantir a real aplicação desses direitos, os Estados devem buscar criar meios de prevenção e que busquem sempre a proteção da mulher e suas pretensões reprodutivas (MATTAR, 2008, online). O autor continua a explicação:

A nomenclatura "direitos reprodutivos" consagrou-se na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), que aconteceu no Cairo, Egito, em 1994, tendo sido reafirmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, China, no ano de 1995. Segundo o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. (MATTAR, 2008, online).

A mulher, como propriedade e extensão do homem, era vista apenas como reprodutora e esse era um dos seus principais papéis, o que era um papel limitador ao casamento e ao escopo de gerar filhos. Um movimento a favor da reprodução, iniciado na década de 1960, preocupado com a necessidade de gerar vidas de forma saudável. Governos de todo mundo se viram forçados a adotar programas de planejamento familiar facilmente acessíveis a seus cidadãos. Ao contrário dos direitos ditos sexuais, aqui a exclusividade de polo passivo é da mulher (MATTAR, 2008, online). Completa o autor:

Em 1979 foi adotada pela ONU a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, também chamada de CEDAW, sua sigla em inglês. Segundo Flávia Piovesan, a CEDAW fundamenta-se na "dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade".

Seu artigo 16 determina a obrigação dos Estados-Partes em adotar todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, de assegurar, com base na igualdade entre homens e mulheres, que elas tenham os mesmos direitos de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o intervalo entre os nascimentos e de terem acesso à informação, à educação e aos meios necessários que lhes permitam exercer esses direitos (MATTAR, 2008, online).

A inexistência de direitos que tratem exclusivamente das demandas do sexo feminino, em certos momentos, levou o gênero feminino a se ver sem o devido apoio estatal para questões reprodutivas. Realidade que se mostrava injusta, pois forçava a

busca de justiça contra as violações, e tinham que provar uma omissão do Estado antes de tudo, uma verdadeira situação discriminatória em relação a direitos positivados que protegiam apenas o sexo masculino. As mulheres precisam de uma estrutura bem específica de direitos, na falta desses, a ressignificação dos já existentes foi necessário (MATTAR, 2008, online). O autor completa:

É o caso do direito à vida, previsto no artigo 6 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tradicionalmente entendido como a obrigação dos Estados-Parte de assegurar a observância do devido processo legal para imposição de uma pena de morte. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, ligado ao mencionado Pacto, considera essa interpretação restritiva e afirma que a proteção ao direito à vida requer a adoção de medidas positivas, como aquelas voltadas para a redução da mortalidade infantil e o aumento da expectativa de vida. O direito da mulher à vida, ou à sobrevivência, assegura-lhe o acesso aos serviços de saúde; portanto, qualquer restrição a tal acesso deve ser considerada violação ao direito internacional dos direitos humanos. Consoante Rebecca Cook, a aplicação tradicional do direito à vida é *male-oriented* - orientada ao gênero masculino -, já que os homens assimilam a violação ao direito à vida à pena de morte mais facilmente do que à morte por gravidez, ignorando a realidade histórica das mulheres (MATTAR, 2008, online).

A busca dos direitos fez com que o poder estatal afirmasse direitos específicos às mulheres, como por exemplo o acesso à saúde, preocupação essa que se coaduna diretamente com o direito à vida, não se restringindo apenas à crimes contra a vida, guinada que respeita a história da mulher e suas lutas. Contudo, ainda se mostra insuficiente com a totalidade de direitos que se mostram necessários. Soma-se a isso, contemplação dos direitos públicos no campo internacional falha ao tratar sobre a esfera que aqui interessa, ou seja, o plano de vivência da mulher, a esfera privada de direitos internacionais, que ainda necessita de maiores regulações, ou, o direito internacional público deve abranger como essenciais direitos das mulheres (MATTAR, 2008, s.d).

Em vista disso, como o movimento feminista conseguiu trazer a demanda por direitos reprodutivos e sexuais para a esfera do direito? A formulação dos direitos reprodutivos, e sua consequente positivação, deram-se a partir de sua aliança com o direito à saúde. Como um direito humano, a saúde apareceu pela primeira vez na DUDH, de 1948, tendo sido mais bem definido posteriormente em inúmeros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. É o caso do artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que o formula como "o

direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental", exemplificando medidas que devem ser adotadas para assegurar seu pleno exercício.

A CEDAW, de 1979, no seu artigo 12, também prevê o direito à saúde como um direito das mulheres, ressaltando a importância de "assegurar-lhes, com base na igualdade dos homens e das mulheres, o acesso aos serviços médicos, incluindo os relativos ao planejamento familiar". O 2º parágrafo do artigo estabelece como obrigação dos Estados-Partes fornecer às mulheres serviços apropriados gratuitos durante a gravidez, parto e pós-parto. Esses são exemplos da evolução do conceito de direito à saúde na arena internacional (MATTAR, 2008, online).

A Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979 era adotada a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, onde o aborto sofreu uma nova abordagem, por influência do movimento feminista, que deveria ser visto como uma questão de saúde pública e não mais algo criminalmente instituído. Abortos acontecem na realidade das pessoas todo dia, de forma insegura e degradante à pessoa humana. Um risco completamente evitável, que com uma ação de política pública nesse sentido a ser tomada buscando diminuir a usual negligência estatal que tanto aconteceu no passado (MATTAR, 2008, online).

A autora apresenta uma breve apresentação desse período, que compreende a década de 1970 adiante:

Assim, o desenvolvimento do desejo e da escolha individual é moldado, em qualquer época, por contextos particulares, relações sociais e pela interação das estruturas econômicas e políticas de poder. Por exemplo, começando na década de 1970, a interação da pesquisa biomédica e da ciência com as indústrias farmacêuticas e reprodutivas abriu novas opções e desejos para gerenciar a fertilidade superar a infertilidade¹⁵. No sul e no leste asiático, práticas de seleção de sexo se tornaram mais difundidas junto com o avanço das tecnologias biomédicas e o barateamento de custos no mercado reprodutivo. Isso resultou em uma normalização técnica de determinação do sexo, feminicídio e uma desproporção entre o número de mulheres e homens em países que dão preferência a filhos meninos. Nas palavras de Amartya Sen: atualmente, "estão faltando" na Ásia 117 milhões de mulheres.

Por outro lado, as tecnologias reprodutivas carregam muitas ambivalências ou até mesmo opções contraditórias. Mulheres que tenham uma carreira profissional podem adiar a sua reprodução com a ajuda de congelamento de óvulos ou através da terceirização da gravidez e parto com a contratação da barriga de aluguel. Isto pode ser visto como uma oportunidade para maior igualdade de gênero no mercado de trabalho e em relação a cargos executivos. Pesquisas sobre genes supostamente cancerígenos fizeram com que algumas mulheres "por livre escolha" fizessem a remoção profilática de seus

ovários ou seios, significando que a prevenção médica é feita sob o título de autodeterminação e autorresponsabilidade. Entre as classes médias globais, o corpo não é mais visto como uma entidade biológica imutável, mas como parte de uma subjetividade individual, que pode ser moldado e transformado por cirurgia estética e reprodutiva, de acordo com determinados desejos e necessidades. A libertação da “piedade fatídica” do corpo não é apenas uma manifestação da modernidade ocidental, mas um elemento de modernização em países como Coréia do Sul e China, obcecados com a orientação de desempenho. Atualmente, o Rio de Janeiro é a capital mundial da cirurgia plástica. (WICHTERICH, 2015, p. 20).

O útero pertence à mulher. Esse postulado eleva ao máximo os direitos femininos de dispor do seu corpo, seja para ser mãe, seja pra decidir não ser. É o conceito milenar de propriedade privada, e assim as mulheres decidem o que querem pra sua vida, um controle que é direito delas, e isso inclui que “são elas que decidem usar as tecnologias reprodutivas e/ou contratar uma barriga de aluguel para ter um filho, fornecer óvulos ou um útero para carregar o filho de outra pessoa, ou oferecer serviços sexuais” (WICHTERICH, 2015, p. 20). A autora vai além:

No entanto, o conceito de escolha individual e autonomia mascara as relações de desigualdade social nas quais essas decisões são tomadas. O acesso aos serviços comerciais nas indústrias reprodutivas depende do poder de compra das classes médias e consumidores globais. Contratos entre parceiros desiguais tendem a reforçar as desigualdades estruturais em vez de superá-las. Para contrariar a acusação de exploração de mulheres que servem de barrigas de aluguel, clínicas de reprodução na Índia usam a noção de consentimento informado, significando que a mãe de aluguel e seus maridos são informados pelos médicos sobre o procedimento, assim podem escolher se fazem um contrato. Contudo, dada a lacuna de conhecimento entre a mãe de aluguel e o médico, bem como a pobreza da mulher que alugará sua barriga, a liberdade de escolha é mais um conceito abstrato. De forma semelhante, a ideia de conseguir o controle sobre o corpo de alguém evapora quando tecidos e células são armazenados em congeladores ou bancos fora do controle do doador, quando a mãe de aluguel sofre um aborto ou quando uma trabalhadora sexual sofre uma violência por parte de seu cliente. A livre escolha não é apenas uma ilusão e a autodeterminação um fetiche das sociedades capitalistas modernas (WICHTERICH, 2015, p. 22)?

Em Pequim, foi realizada a IV Conferência Internacional sobre a Mulher, no ano de 1995. Foi um avanço para questões reprodutivas e sua inserção no campo dos direitos humanos. Dentre os postulados, a necessidade de abrandamento das legislações referentes ao aborto para os Estados Partes, pois essa questão se tratava

de um grave problema de saúde (TAQUETTE, 2013, p. 73). O autor elenca os direitos que considera como reprodutivos:

Direito dos casais de decidir livremente se querem ou não ter filhos, quantos e em que momento de suas vidas;
Direito a informações, métodos e técnicas para ter ou não filhos;
Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição ou violência (TAQUETTE, 2013, p.74).

Avanços no ordenamento jurídico brasileiro pode ser citado como por exemplo a mulher casada não ter que pedir permissão ao marido para empreender procedimentos contraceptivos foi adotada com a modificação no Código Civil em 1962. A Lei do Divórcio, em 1977, bem como o enfrentamento à violência contra mulher que criou a Delegacia Especializada no Atendimento às Mulheres, existente em São Paulo desde 1985 (TAQUETTE, 2013, p.74). A autora completa:

O PAISM, Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, lançado em 1983; a regulamentação da assistência ao abortamento legal através do SUS, iniciada em São Paulo em 1989 e em 1997 em nível nacional; a Lei do Planejamento Familiar, promulgada em 1996; e a permissão da interrupção da gravidez em casos de anencefalia aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 2012. Lei do Planejamento Familiar – Lei nº 9.263, de 12/01/1996 – veio regulamentar um conjunto de ações para a saúde sexual e saúde reprodutiva, dentre elas: assistência à concepção e contracepção; atendimento pré-natal; assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; controle das doenças sexualmente transmissíveis; e controle e prevenção do câncer cérvico-uterino do câncer de mama e do câncer de pênis (TAQUETTE, 2013, p. 75).

Os direitos sexuais e reprodutivos oferecem em seu cerne um valor de liberdade da submissão das mulheres perante o pátrio poder. A saúde reprodutiva, é importante para ambos os gêneros, mas são as mulheres a verdadeira detentora do bem jurídico.

3 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FEMININOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tem-se como um exemplo claro de reivindicação das mulheres, em um primeiro plano, uma demanda para ter acesso a lugares públicos que eram somente destinados aos homens. Igualmente uma busca por posições em que apenas o sexo masculino era aceito, uma discriminação que afeta o mundo do trabalho com mulheres ocupando a mesma posição e tendo o mesmo vínculo empregatício, mas com salários inferiores. A busca por igualdade política e principalmente perante a lei ainda se mostra um grande desafio para o movimento feminista (JELIN, s.d, p. 124).

A mulher, mesmo quando adquiriu direitos internacionalmente, ainda era sob a alcunha generalizada de “homem”. Um ser subordinado, primeiramente à figura do pai e depois à figura do marido. Um estado de submissão total ao homem, que era o detentor de todo caminho aceitável e racional das decisões da sociedade. Em função da posição de subordinação imposta pelo gênero masculino, as mulheres se viram na necessidade de buscar seus direitos. Diante disso, somente em meados do século XIX conquistaram o direito de voto, na Nova Zelândia em 1893. No Brasil, esse direito somente foi conquistado em 1933, por meio da Assembleia Constituinte (OLIVEIRA, s.d, online). A autora ainda completa:

Ainda no século XIX, no decorrer da revolução industrial, a mulher começou a sua luta pelos direitos trabalhistas, pois estas trabalhavam às vezes, exercendo o mesmo ofício que os homens, recebendo menos do que eles, fortificando assim o feminismo - “[...] *a person who believes in the social, political and economic equality of the sexes*” (pessoa que acredita na igualdade social, política e econômica entre gêneros), de acordo com a nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie (OLIVEIRA, s.d, online).

Situações específicas das mulheres, como gravidez e conseqüentemente a maternidade, não deve ser visto como situações onde a igualdade deve ser enganosa. Essa situação das mulheres deve ser. A igualdade não pode ser vista de forma ilusória, pois corre o risco de ocultação das especificidades dos indivíduos, e elevar interpretações de seres diferentes e conseqüentemente inferiores. Evita-se, assim, a padronização de direitos e a devida colocação da igualdade universal e natural a cada caso específico (JELIN, s.d, p. 124).

Observa-se que o paradigma dominante, do homem branco, ocidental é, ainda, o exemplo e o ponto de referência no mundo. Esse viés torna as mulheres, secularmente vistas como um ser secundário. A busca das mulheres por direitos, muitas vezes tem um caminho contraditório, onde a busca por igualdade pode levar a um distanciamento das especificidades feminina que o tratamento muito igualitário pode causar. E diante disso, um conflito se torna inevitável, qual seja, o princípio da igualdade e o direito a diferença. Reconhecê-los pode evitar dogmatismos e enriquecer o debate (JELIN, s.d, p. 125). Pode-se oferecer a visão de outra autora para entender esse paradigma da dominação masculina na sociedade:

Desde o início a palavra “homem”, subentendia a mulher, está por sua vez, percorreu um longo caminho ao passar dos anos, sendo considerado um ser inferior e subordinada às decisões do pai e posteriormente à do marido, pois deveriam ser submissas aos homens que eram considerados como os únicos seres da terra, passíveis de tomar decisões que detinham o poder e a autoridade dentro de uma determinada sociedade. Desta forma, a mulher travou inúmeras batalhas para obter o reconhecimento de seus direitos na história da humanidade, exemplo disto, foi a luta travada pelas mulheres para conseguirem o direito ao voto, por volta do século XIX, sendo que o primeiro país a reconhecer o direito das mulheres de votar foi a Nova Zelândia, em 1893, enquanto que no Brasil esse direito só foi efetivado pela Assembleia Constituinte em 1933 (SILVA, s.d, online).

Sabe-se que existem uma infinidade de contextos e detalhes que diferenciam as mulheres. Pode-se citar a diferença de raça, de classe e de nacionalidade. Existe uma multiplicidade de perspectivas femininas e, igualmente, existe uma interseção de diferenças que são pautadas nas relações de poder.

As formulações jurídicas do feminismo atual debatem se entre apresentar a questão em termos dos direitos das mulheres ou em termos das relações de gênero. As reivindicações formuladas, em termos de direitos, remetem-nos ao paradigma da igualdade, difícil de sustentar diante do que se avançou com relação ao reconhecimento das diferenças. Mas as reivindicações em termos de direitos não podem ser abandonadas, não se pode negar sua vigência teórica, além disso tal abandono pode ter um custo estratégico e político muito elevado, já que as demandas formuladas em termos de direitos humanos possuem uma legitimidade muito grande, tanto moral quanto emocionalmente (JELIN, s.d, 126).

A vida privada das pessoas, em sua esfera doméstica acaba não sofrendo a tutela dos direitos civis e políticos, por esses estarem inseridos em um contexto

privado. A dominação do paradigma ocidental sob as mulheres que ocorrem na esfera privada em questões sociais e econômicas e estão à margem da lei e de qualquer controle estatal. A autora Elizabeth Jelin (s.d, p. 126) completa: “com base nos fatos é possível afirmar que a dicotomização das esferas pública e privada acarreta uma mutilação na cidadania das mulheres”. A autora ainda acrescenta:

Como superar essa dicotomia? O abuso das mulheres foi muitas vezes caracterizado como uma expressão emocional ou como uma manifestação simbólica do poder resultante da necessidade do homem de mostrar a sua masculinidade. Por sua vez o círculo da violência doméstica ao coagir a liberdade das mulheres e criar um clima de terror e submissão que aprofunda a desigualdade entre os sexos e a dependência econômica das mulheres fortalece as limitações estruturais das opções das mulheres. A privacidade familiar aparece então como uma justificativa para limitar a intervenção do Estado nessa esfera (JELIN, s.d, 127).

Nota-se uma enorme tensão, nessa perspectiva, das liberdades individuais, e o respeito a privacidade com as responsabilidades dos órgãos públicos. A dicotomia natural público/privado está presente de forma bem definida na teoria o que não se pode ver na prática, em que o Estado sempre manteve um controle. Mas é justamente no âmbito privado onde muitas agressões aos direitos humanos acontecem e não se pode aceitar nenhuma violação nesse sentido. O Estado entra em uma contradição muito grande, tendo em vista que deve prezar por qual interesse? O dos direitos humanos, em sua prestação positiva perante qualquer agressão a esses princípios, ou o respeito aos direitos e liberdades individuais? O ideal seria manter a intervenção estatal somente quando a subordinação ao poder patriarcal é imposta de forma agressiva e desrespeitosa (JELIN, s.d, p.127). A autora apresenta sua opinião:

Em síntese a saída deverá ser buscada não na contraposição irreductível entre o discurso da igualdade e o discurso da diferença, mas na elaboração de um enfoque que defenda a questão da igualdade de direitos no contexto das relações sociais, onde são apresentadas e manifestadas as diferenças, inclusive as de poder e marginalização (JELIN, s.d, p.128).

Mesmo após muitas conquistas em sua luta, alcançando inclusive cargos de mais elevado valor de executivos em muitos países, as mulheres ainda se veem dentro de conflitos de gêneros, notadamente sofrendo preconceitos. A luta por direitos

está longe de terminar, pois o gênero feminino ainda é alvo de muitos crimes, inclusive hediondos em muitos países.

Durante muito tempo, qualquer atitude e comportamento do gênero feminino que saísse da esfera de controle patriarcal era tratado como um comportamento anormal e inclusive moralmente condenável. E mesmo qualquer experiência era de toda forma rechaçado pelo pátrio poder instituído na sociedade, pois esse, dotado de uma inteligência tida como superior não poderia ver sua influência e poder ser diminuídos. As modificações dos interesses, tecnologias e modernização da sociedade, trouxe consigo as aspirações femininas por um lugar de destaque na sociedade que elas de fato merecem. Deve-se elevar a história, sempre quando possível, das lutas das mulheres e não somente a opressão (MATOS; GITAHY, 2007, p. 74). Conforme completa as autoras:

Em relação à mulher, esse fenômeno pode ser notado, principalmente no século passado, através das diversas modificações ocorridas nos nossos diplomas legais, no sentido de legitimar a mulher como cidadã, detentora de direitos e capaz de exercê-los. Podemos também notar a transformação da sociedade nos inúmeros documentos de âmbito internacional que passam a reconhecer os Direitos da Mulher (MATOS; GITAHY, 2007, p. 74).

Em uma realidade latino-americana as características de controle e dominação pode ser remetido ao passado colonial de dominação das minorias raciais e uma cultura oligárquica dominante que moldou a vida desse continente. As relações sociais seguiram o parâmetro criado por essa realidade, ou seja, o clientelismo. O modelo estatal populista se colocava como detentor do bem-estar das pessoas, era visto como o grande “pai” das relações sociais e deveria usar seu controle para oferecer o bem para as pessoas que, para esse modelo estatal não podiam buscar sozinhas (JELIN, s.d, p. 129). A autora completa:

Apelar-se a esse Estado, transformado em prestador de serviços como educação, saúde, moradia, serviços de infraestrutura e transportes, pensões etc para resolver questões cotidianas relativas a reprodução e a sobrevivência. Por vezes isso ocorreu de forma clientelista, outras com uma clara consciência dos direitos sociais. Ao enfatizar esse Estado que obtinha consenso social baseado em seu papel ativo na prestação de serviços, os temas da democracia política e dos direitos civis foram relegados a um segundo plano. Em termos culturais, o conflito entre direitos civis e direitos sociais manifestou-se inclusive como antinomia a justiça social contraposta a justiça formal.

Nesse contexto, dificilmente será possível encontrar um processo cabal de formação de cidadãos/as que se auto constituam enquanto sujeitos de direito que manifestem um grau relativamente elevado de autonomia pessoal ou coletiva. Esse padrão cultural de relações de poder é combinado com a cultura do patriarcado, para depois incidir duplamente sobre a condição social das mulheres e seus direitos. (JELIN, s.d, p. 129).

A partir da década de 1960, o movimento feminista se deparou com uma dupla preocupação, qual seja, a de definir as formas de dominação e quais os caminhos para se oporem a essa dominação que existia com um conteúdo teórico que afirmava cada vez mais as relações de poder existentes (JELIN, s.d, 130).

Tem-se como fundamental ponto de partida para explicar essa subordinação que as mulheres, colocadas em uma função de trabalho apenas doméstico, vivendo na sombra de homens vistos como grandes e líderes. Uma situação de invisibilidade, que somente pode ser trazido a luz com a valorização do cotidiano, do que estava fora dessa visão patriarcal do homem herói. O que a mulher traz de bom para a coletividade em seu labor diário, dentro de seu lar? Quem se beneficia dessa prática? Com isso direitos trabalhistas para donas de casa foi um objetivo a partir dos anos de 1970 no contexto latino-americano (JELIN, s.d, p. 131). A autora completa:

O que aconteceu? Por que passou para um segundo plano? O eixo da luta desdobra-se por um lado, é preciso sair do privado sair de casa participar do mundo público até então masculino. As tendências históricas já mostravam mudanças, aumentos dos níveis educacionais das mulheres, uma maior participação no mercado de trabalho, tendências estas que foram se manifestando praticamente no mundo inteiro nos anos 70. Na América Latina o aumento da participação feminina no mercado de trabalho teve uma intensidade surpreendente (JELIN, s.d, p. 131).

Outra forma de subordinação intrínseca para o gênero feminino existe quando as mulheres tentavam ingressar no mercado de trabalho. Poucas oportunidades foram oferecidas e quando eram, uma profunda desigualdade salarial era oferecida, além é claro de uma propagação e colocação das mulheres em atividades que mantinham o caráter doméstico de suas capacidades. Essa realidade, criou um clima de interesse pela luta e o desejo de mudança, uma mudança que supere a divisão sexual do trabalho, um caminho árduo devido à resistência empreendida pelo pátrio poder. As relações de poder acontecem nas mesmas proporções no âmbito familiar e na vida

social. Para libertação ficava cada vez mais claro a superação do patriarcado (JELIN, s.d, p. 131).

As mulheres foram sempre as responsáveis pelas tarefas reprodutivas dentro da família. Nas classes populares devido a dependência de consumos coletivos e serviços públicas para as tarefas reprodutivas, essa responsabilidade motivou-as a ter uma participação ativa no espaço público local e nas associações de moradores, que reivindicavam do Estado serviços coletivos. Quando este tornava-se inalcançável ou ineficiente promovia a autogestão ou a organização comunitária de tais serviços. Essa prática que implica socializar o papel doméstico e sair do espaço de confinamento do mundo doméstico também era socialmente invisível e desvalorizada. O reconhecimento do papel reprodutivo das mulheres ocasionado pelas análises levadas a cabo no interior do movimento feminista implicava valorizar as tarefas (domésticas) das mulheres como socialmente necessárias e ver na participação nos bairros uma aprendizagem para atuar nos espaços públicos (JELIN, s.d, p. 132).

O interesse das mulheres em se libertar das amarras e opressão patriarcal foi o estímulo que precisavam para se inserir nas relações e atividades sociais, ações coletivas com outras mulheres. Esses esforços comunitários foram além da atividade laboral doméstica, mas em práticas de interesse dos grupos, mesmo que não mostrassem uma porcentagem alto de libertação. A inserção das mulheres no mercado de trabalho, com salários e uma jornada trouxe como ônus uma dupla, as vezes tripla jornada, combinada com afazeres domésticos já praticados. Combinado a isso o indevido acesso a direitos trabalhistas torna todo processo de inserção ainda mais discriminatório (JELIN, s.d, p.132). A autora adiciona algo:

A luta contra as formas explícitas e implícitas de discriminação e segregação no mercado de trabalho e em qualquer outro lugar (a Convenção das Nações Unidas aprovada em 1979 faz referência a todas as formas de discriminação da mulher) e uma causa importante uma luta em defesa da igualdade de oportunidades e de condições de vida onde ainda resta muito por fazer. Além disso a partir dos anos 80 a luta pela igualdade com relação aos homens ocorre em um contexto de desigualdade social crescente concentração de rendas privilegias por um lado e por outro uma maior miséria e marginalidade efeitos de uma crise que atinge homens e mulheres embora não de forma equitativa.

A história destes 20 anos de luta contra a discriminação teve resultados bem diversos. A demanda por igualdade ganha legitimidade e visibilidade social de forma crescente. Embora na América Latina a criação de um consenso e uma vontade política de mudanças na questão ainda não tenha sido alcançada já existe um caminho nessa direção. Ao mesmo tempo os dados crus da realidade

de homens e mulheres não indicam uma tendência a reduzir brechas. Tais dados indicam ainda uma carga especialmente forte para as mulheres dos custos sociais do ajuste e da crise (JELIN, s.d, p. 133).

Atualmente as mulheres são a maioria na sociedade brasileira, exercem como qualquer homem a maioria das atividades mais importantes no país. A mulher foi por muito tempo um mero acessório da vida do homem, limitada a questões domésticas, e sendo apenas mais um objeto que deveria obedecer ao poder machista. Os avanços foram muitos, mas o ser humano ainda encontra barreiras nele mesmo para buscar a igualdade. Contudo, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 uma evolução uma nova guinada foi implementada, e o mesmo pode-se dizer de muitas leis. (MATOS; GITAHY, 2007, p. 75). Conforme as autoras mostram:

[...] partir da década de 60, leis diversas melhoraram a figura da mulher. A alteração da posição da mulher casada na Lei nº 4.121/62 e a instituição do divórcio na Lei nº 6.515/77, que regularizou a situação jurídica dos descasados, foram fundamentais para o início da emancipação da mulher (MATOS; GITAHY, 2007, p. 75).

O conceito de liberdade é muito amplo, polissêmico, notadamente para as mulheres, cuja importância é maior. E essa importância ocorre, pois, a liberdade é um caminho para sua autodeterminação e suas ações e realizações de cunho pessoal. E esse pensamento enseja um dos principais argumentos na defesa da liberdade da mulher perante os desejos pelo próprio corpo (MENDES, 2013, online). A autora completa o pensamento:

O direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.

De fato, qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (neste caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal (MENDES, 2013, online).

No processo de redemocratização do Brasil, notadamente com a Constituição da República Federativa do Brasil, a plena igualdade entre os gêneros foi almejada, um compromisso estatal de defender os direitos das mulheres que foi consagrado no artigo 226, 8º, determinando que o Estado preste assistência a todos os integrantes da família, buscando a não existência de violência em suas relações. Na Carta Magna a igualdade foi buscada de forma positiva e negativa. Negativa como a não-discriminação e positiva na retirada de barreiras e proteção de garantias para equiparar direitos e reconhecer diferenças (COELHO, s.d, online). A autora prossegue em mostrar os avanços:

Após a Constituição Cidadã, leis esparsas vieram regram a igualdade, punir a discriminação baseada em sexo e medidas de violência e afronta a direitos fundamentais das mulheres, como exigência de atestados de gravidez para contratação (Lei nº 9.029/95) e anúncios discriminatórios de emprego (Lei nº 9.799/99).

A Lei nº 9.504/97, institui a cota de mulheres em partidos políticos, exigindo que nenhum dos sexos possua mais de 75% ou menos de 25% das vagas (art. 80).

O ano de 2001 chega com a revisão do antigo Código Civil, e novos dispositivos passam a vigor em 2002. Com ele, a mulher ganha em poder familiar, capacidade civil plena, igualdade de direitos civis.

Em 2006, a Lei nº 11.340, denominada Lei Maria da Penha, traz a criminalização específica da violência contra a mulher, prevê mecanismos de apuração e punição, além de apoio e assistência.

No ano de 2009, a Lei nº 12.034, vultuosamente contestada pelos partidos políticos, obriga a aplicação de parte dos recursos angariados em campanhas de inclusão e participação política da mulher e amplia a cota mínima para 30% de representantes do sexo feminino. Desde então, estão os partidos políticos obrigados também, segundo art. 44. IV, a promover e difundir a participação política feminina, “dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).” Anos depois, diga-se, a mulher não logrou aumento em influência política, participação decisória nos partidos nem aumento expressivo na ocupação de cargos de direção dos partidos ou de cargos elegíveis. Segundo recente estudo do Centro Feminino de Estudos e Assessoria (CFEMEA), uma organização não-governamental fundada em Brasília, em 1989, “Mulheres negras são o grupo social com menor representatividade no legislativo municipal”. Os dados obtidos revelam que negras e pardas respondem por 5% das cadeiras nas Câmaras de Vereadores do Brasil. Isso representa 5 vezes menos que a proporção de negras na população brasileira. (CFEMEA, 2016).

A Lei nº 13.104, de 2015, traz mudança significativa no Código Penal instituindo o crime de feminicídio, como tratado em capítulo anterior. Releva pontuar, todavia, ser o âmbito penal, no Brasil, o mais reticente a revisões e alterações em normas claramente sexistas, conservadoras e patriarcais (COELHO, s.d, online).

Na Constituição Federal de 1988, conceitos foram elevados a primordiais como o de proteção integral a todos os membros da família. Uma igualdade que é de fato buscada no artigo 3º, inciso IV, e 5º, caput e inciso I. Diante desses dispositivos legais a mulher passa ganhar mais autonomia e respeito, como um indivíduo dotado de capacidades (MATOS; GITAHY, 2007, p. 75).

O papel do cristianismo é claramente notado em toda história da opressão feminina. Em primeira instancia pode-se notar a repressão das mulheres por meio de um controle ideológico cristão que as estimulavam a reprimir pacificamente sentimentos e desejos. Durante a Idade Média, a Igreja em seu *status* de única detentora de moldes de comportamento, determina que a dissolução do casamento era algo contra as leis de Deus (MATOS; GITAHY, 2007, p. 75).

Essa mesma Igreja criou um tabu sexual, implementado ainda mais com o mito de Adão e Eva, onde Eva era a responsável pelo desastre final da humanidade. Dessa forma, as relações sexuais somente deveriam ser praticadas como meio para alcançar a reprodução, e a mulher que tentasse praticar essa relação com outro escopo era vista como pecadora (MATOS; GITAHY, 2007, p. 75).

As mulheres assimilaram facilmente essa situação de submissão e obediência devido a sua total ignorância e atraso cultural. Foram expulsas de suas profissões e excluídas das atividades burocráticas. Perderam muitos de seus poderes, mediante o total controle da Igreja. Conseguiram manter seus direitos de comércio, mas não podiam decidir nada, tinham baixos salários e pouca qualificação. Algumas se tornaram assalariadas. Outras contrariavam os dogmas da Igreja. E para enfrentar as hereges, a Igreja e a burguesia criaram a ideia de feitiçaria e uma nova legislação familiar que considerava a mulher juridicamente incapaz (MATOS; GITAHY, 2007, p. 76).

No período colonial brasileiro, as relações sociais eram patriarcais, as mulheres brancas eram criadas para cuidar de seus filhos, ser a esposa submissa ao marido, o patriarca detentor dos poderes e do melhor caminho a ser seguido por elas e por toda sociedade. O mérito da vida da mulher escrava já virou de conhecimento comum, e a própria denominação de escrava já denota sua situação diária e condição perante seu senhor. No ambiente familiar o poder, decisões e caminho a ser seguido era do homem, que exigia obediência absoluta. No Brasil colonial número de pessoas submetidas ao poder do chefe absoluto da família patriarcal era maior que em outras sociedades (MATOS; GITAHY, 2007, p. 76).

O poder de decisão era exclusivo dos homens. A família patriarcal era o mundo masculino por excelência. As filhas solteiras dependiam do pai e, quando esposas, permaneciam submissas aos maridos. As leis e normas jurídicas não reconheciam a liberdade pessoal das mulheres.

O patriarca era o grande senhor proprietário de vastas terras, nas quais todos trabalhavam e o obedeciam. À mulher cabia apenas a supervisão do trabalho doméstico. E os varões não reconheciam sequer a autoridade religiosa dos padres.

Os casamentos atendiam aos interesses das famílias, eram comuns entre parentes a fim de preservar a unidade familiar e manter indivisível o patrimônio da família (MATOS; GITAHY, 2007, p. 76).

No período republicano no Brasil, a mudança gradativa na vida social com a crescente aumento da vida nas cidades, trouxe uma evolução e com isso o patriarcado foi perdendo sua influência. A vida com novos contornos e detalhes, como a indústria, o comércio na cidade, e novas profissões. No ordenamento civil brasileiro em 1916 a mulher vivia institucionalmente a sombra do marido, pois em alguns casos a representação legal era destinado somente ao marido. Segundo as autoras Maureen Lessa Matos e Raquel Rosan Christino Gitahy (2007, p. 76): “essa idéia absurda resistiu às transformações da sociedade brasileira durante quase meio século, só sendo modificada em 1962, com a Lei nº 4.121/62” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 76).

O movimento feminista, visa, em última instancia a emancipação feminina e como resultado final da libertação total da mulher sem meio termos e objeções. Dessa forma até mesmo radicalismos ocorrem, mas o machismo que é uma versão radical e muitas vezes institucionalizada do poder do homem existe na vida das pessoas de forma corriqueira. Essas propostas antagônicas apresentam o mesmo nível de sexismo, que atrapalha a luta por direitos e a emancipação pois essa luta vai além da exigência de igualdade, pois a mulher é diferente e necessita ser, e necessita ser vista como diferente para receber o respaldo suficiente e cabível a seus direitos (MATOS; GITAHY, 2007, p. 77).

Alambert afirma que “o ponto básico da doutrina feminista é a de que existe uma opressão específica a todas as mulheres, onde o fundamental é refazer toda a superestrutura psicológica e cultural da sociedade [...]”.

A emancipação feminista denunciou casos de violência física e psíquica da mulher, tentou eliminar a diferença entre ser superior e inferior, reclamou o direito ao aborto e a cargos de chefia.

Em 1910, em Copenhague, nos dias 26 e 27 de agosto, a revolucionária alemã Clara Zetkin propôs e fez aprovar, durante a realização do “II Congresso Internacional de Mulheres”, a criação do “Dia Internacional da Mulher”, 8 de março, em homenagem às operárias norte-americanas assassinadas por seus patrões e pela polícia, em 1909, quando lutavam por melhores salários e redução das jornadas de trabalho (MATOS; GITAHY, 2007, p. 77).

O movimento feminista, no Brasil, na década de 1970, com as aspirações democráticas muitos grupos buscaram entender a gênese da desigualdade entre os gêneros. Questionamentos a respeito do porquê da posição inferior da mulher, seja na legislação, seja na religiosidade, foram amplamente apresentados durante anos. Diante do exposto, a busca por direitos se mostrou além de difícil, porquanto tinha que se colocar contra práticas a muito determinadas na sociedade. Privilégios a muito defendidos e impregnados na sociedade machista (MATOS; GITAHY, 2007, p. 78).

O objetivo do princípio da igualdade é extinguir privilégios e propiciar garantia individual contra possíveis perseguições. Conforme os ensinamentos de Mello “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Legalmente, as pessoas não podem ser desequiparadas em razão da raça, sexo, trabalho, credo religioso ou mesmo convicções políticas, conforme nos mostra o artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza[...]” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 78).

A busca pela igualdade não pode ser confundida com igualdade absoluta, pois existem fatos e situações desiguais. Igualdade deve buscar por uma proporcionalidade das características dos gêneros. O tratamento jurídico padronizado vai de encontro com a função da lei de discriminar situações, as pessoas são diferentes em todos os seus aspectos, até mesmo sociais (MATOS; GITAHY, 2007, p. 78). Segue uma melhor explicação de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo oferecida pelas autoras:

A doutrina e a jurisprudência pátria assentaram o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes. Em outras palavras: tratar desigualmente as situações desiguais (MATOS; GITAHY, 2007, p. 78).

É muito injusto que, diante de diferenças óbvias, exigir a mesma obrigação das pessoas, os mesmos direitos sem oferecer a prática da distinção. Por isso, algumas discriminações são necessárias e podem ser feitas, mas nunca aquelas que tire configurações pessoais e denigrem a imagem. (MATOS; GITAHY, 2007, p. 78).

Considera-se muito lenta a evolução da mulher no campo legislativo. Pode-se colocar que no século XIX, notadamente em seu final, com o movimento operário, por meio de greves, e as leis alcançadas atingiram as mulheres também. Durante as duas grandes guerras as mulheres ocuparam postos de trabalho importantíssimos para a economia, e com isso sua liberdade e capacidade laboral foi cada vez sendo mostrada e aceita. Inclusive sua liberdade sexual com a descoberta da pílula anticoncepcional. No Brasil o direito ao voto foi conquistado em 1932 com o novo Código Eleitoral (MATOS; GITAHY, 2007, p. 79). As autoras oferecem o panorama brasileiro:

As primeiras organizações de mulheres que lutavam pelo direito à instrução e ao voto surgiram em 1850. Em 1917, Deolinda Dalto liderou uma passeata no Rio de Janeiro, reivindicando o direito ao voto das mulheres. No ano seguinte, Berta Lutz, na época secretária do Museu Nacional do Rio de Janeiro, propôs a criação de uma Associação de Mulheres, visando intensificar a luta pelo voto. Em 1928, o governador do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, proporcionou às mulheres o direito ao voto, mas seus votos foram anulados pelo Senado. E em Lages, Alzira Soriano de Souza foi eleita a primeira prefeita do Brasil (MATOS; GITAHY, 2007, p. 79).

No decorrer do século XIX, as mulheres tomaram para si a responsabilidade de serem as protagonistas de suas conquistas, criaram grupos e revistas femininos que eram muito combativos na denúncia à desigualdade, a busca pela emancipação perante o poder patriarcal. Pode-se incluir ao raciocínio, no Brasil que com o advento do Código Civil de 1916, “que o absurdo da mulher ser declarada relativamente incapaz, ao lado dos menores púberes, índios e pródigos”. O legislador Clóvis Beviláqua nos comentários feitos no Código Civil de 1916 demonstra que “embora o código a tivesse mantido era quase meramente formal” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80).

O poder familiar tinha como normas reguladoras muito discriminadoras e injustas, pois esse poder era de exclusividade do homem na qualidade de dono de sua família e provedor de todo o bem e o mal, e para a mãe dos filhos, a mulher, só era aceito poder sobre decisão. A mulher incrivelmente perdia inclusive o poder

familiar sobre os filhos se contraísse outro matrimônio. (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80). As autoras ainda completam:

A luta da mulher brasileira foi intensa para alcançar a igualdade de direitos e deveres independente de seu sexo. Grandes lutas foram reconhecidas por nossa legislação.

Na Constituição de 1934 conseguiu-se a garantia de assistência médica e sanitária à gestante e também seu descanso antes e depois do parto. Proibiu, ainda, o trabalho em indústrias insalubres e a diferenciação de salário em função do sexo.

A Constituição de 1937, imposta por Getúlio Vargas, foi uma carta autoritária que manteve as conquistas anteriores e acrescentou o direito ao voto para as mulheres.

Algumas inovações em relação à mulher também foram afirmadas pela Constituição de 1946, que estabeleceu o direito a aposentadoria à mulher com 35 anos de serviço ou aos 70 anos de idade. O dispositivo que tratava da proibição de diferenciação de salário para um mesmo trabalho por motivo de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil foi incorporado aos direitos trabalhistas das mulheres. O inadimplemento de pensão alimentícia passou a ser motivo para a prisão civil (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80).

A mulher, sendo protagonista de seu próprio destino, faz com que o conservadorismo recue. Notadamente quando a mulher ingressa no mercado de trabalho e gradativamente conquista sua emancipação econômica, passando a ser responsável direta pelo sustento familiar, com o tempo, em pé de igualdade com o homem (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80). As autoras oferecem o que a legislação dispõe:

Alguns diplomas legais alteraram substancialmente os direitos da mulher. A exemplo disso, temos a Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada e é considerado um marco decisivo no reconhecimento e no avanço dos direitos da mulher antes da Constituição de 1988.

O estatuto alterou o Código Civil de 1916 em diversos artigos. Pôs fim à capacidade relativa da mulher e a ampliou com o poder familiar, o qual competia ao pai com a colaboração da mãe, melhorando a posição da mulher na sociedade conjugal em relação aos filhos.

Concedeu, ainda, à mulher o direito de ficar com a guarda dos filhos menores e estabeleceu que, se a mãe contraísse matrimônio novamente, não perderia os direitos do poder familiar. Além disso, estabeleceu o direito de a mãe recorrer ao Judiciário se não concordasse com as decisões do marido em relação aos filhos.

Consagrou o princípio do livre exercício da profissão da mulher, instituindo uma nova categoria de bens chamados bens reservados, em função de sua autonomia profissional. Tratava dos bens adquiridos com o resultado do seu trabalho, que eram de sua exclusiva

administração, independente do regime de bens do casamento, e postos a salvo de execução de dívidas do marido. Só necessitando da autorização do marido se fossem bens imóveis (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80).

Muitos institutos presentes no Código Civil de 1916, eram degradantes ao gênero feminino. Pode-se citar o poder do homem de escolher o domicílio independente da opinião da esposa. Era necessária a autorização do marido para exercer profissão e para responder perante juízo pelas suas demandas (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80). As autoras ainda lecionam:

Todavia, a igualdade alcançada entre os cônjuges foi muito resumida, ainda presente o preconceito. A autoridade do marido foi mantida, embora estabelecido que essa autoridade deveria ser exercida no estrito benefício da família, somente “como garantia da preservação da unidade familiar”. Permaneceu também o direito do marido anular o casamento se descobrisse que sua mulher não era virgem e o direito de o pai deserdar a filha desonesta.

Diante da evidente discriminação ainda existente após a Lei nº 4.121 de 1962, o professor Castro se manifesta: “Todas elas, sem exceção alguma, traduzem preconceitos paternalistas enraizados em nossos costumes sociais que adentraram o direito positivo brasileiro à mingua de qualquer justificativa científica idônea”.

De acordo com a douda opinião de Gomes, “a lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, alterou profundamente a situação jurídica da mulher casada [...], emancipou-a, parcialmente, da posição de inferioridade que ocupava no seio da sociedade conjugal”. Em 1967, o governo militar elaborou uma Constituição que reduziu o prazo de 35 anos para 30 anos de contribuição para aposentadoria da mulher (MATOS; GITAHY, 2007, p. 80).

A Lei do Divórcio, que possui o número 6.515 de 26 de dezembro de 1977 foi uma grande conquista feminina pois regula casos de dissolução do matrimônio e todos seus efeitos posteriores que podem ser muito maléficos para a mulher. O Código Civil de 1916 que determinava que o matrimônio poderia ser somente adquirido uma única vez e oferecendo outras formas de família e não somente a criada pela sociedade conjugal. Muitos cônjuges, principalmente de sexo feminino, que tinham passado pelo instituto do desquite muitas vezes recorriam a casamentos em outros países em que eram autorizados (MATOS; GITAHY, 2007, p. 81). E segue as autoras com o ensinamento:

As barreiras que se opunham à indissolubilidade do casamento foram desfeitas. A palavra desquite foi abolida e substituída por separação

judicial. E as pessoas passaram a ter o direito de buscar a felicidade pessoal e construir um novo lar. Mas essa lei falhou ao admitir o divórcio por uma só vez, correção que foi feita em 1988 com o advento da Lei Maior.

A lei do divórcio desobrigou a mulher de portar o patronímico do marido. Mas a chefia da sociedade conjugal continuou pertencendo ao homem e ainda lhe foi dado o direito de exigir pensão alimentícia da mulher se assim necessitasse.

Uma forma de demonstrar a igualdade entre homens e mulheres foi a disposição que estabeleceu que, quando os cônjuges fossem separados judicialmente, deveriam contribuir na proporção de seus recursos para manter os filhos.

A Lei do Divórcio dispunha que os cônjuges, quando separados consensualmente, podiam determinar como a guarda dos filhos seria exercida. E em caso de separação judicial atribuía a guarda àquele que não tivesse causado a separação, mas se a responsabilidade fosse de ambos, não havendo acordo entre os pais, a criança ficaria em poder da mãe.

O regime da comunhão parcial foi adotado como o legal. Nesse caso, os patrimônios só se confundem após o casamento, isto é, exclui-se “os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os que sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão [...]”. Dessa maneira, o regime da comunhão universal passou a ser convencional, necessitando de pacto antenupcial para vigorar no casamento (MATOS; GITAHY, 2007, p. 81).

Foi ampliado a cidadania das mulheres na Constituição Federal de 1988. A Constituição Cidadã reconheceu a enorme gama de direitos reivindicados pelo gênero feminino, pretende acabar com supremacia masculina e as incongruências de igualdade entre os gêneros. O artigo 5º, inciso I determina a igualdade entre o homem e a mulher, direitos e obrigações são, a partir desse momento igualmente distribuídos. Dentro dessa perspectiva, o direito relacionado a família foi em sua integralidade modificado, “o sistema legal, abusivamente discriminatório em relação à mulher, foi finalmente rompido” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 82). As autoras salientam:

Os direitos sociais como a educação, saúde e segurança passaram a ser protegidos e neles foi incluída a proteção à maternidade e à infância. De acordo com o artigo 226, § 8º, o Estado tem o dever de criar mecanismos para coibir a violência doméstica.

Com a previsão do artigo 226, § 5º, o homem deixou de ser o chefe da sociedade conjugal e foi determinado que ambos exercessem os direitos e obrigações conjunta e igualmente, não podendo mais a mulher ser conduzida a um patamar de inferioridade para que não configure ofensa a sua dignidade.

Para essa Constituição, família e casamento são realidades distintas. A evolução da engenharia genética dissociou casamento, sexo e reprodução. A união estável e a família monoparental são reconhecidas como entidade familiar.

Em seu artigo 226, reconheceu entidades familiares não instituídas pelo matrimônio, estabelecendo “outro enfoque à condição da companheira que, com seu esforço, houvesse contribuído para a constituição de um patrimônio comum; e para que se reconhecesse legitimidade aos filhos havidos na constância dessa relação [...]” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 82).

A busca pela supressão completa da discriminação contra as mulheres é melhor detalhada no trecho lecionado a seguir:

De qualquer forma, porém, por mais que se pretendesse extinguir todo tipo de diferenças e discriminações, não era possível, como ainda não é, fazer abstração de que a mulher comporta e traz consigo característica peculiar à sua própria natureza, a maternidade, com todos os segmentos que esta proporciona, desde a gestação, até os cuidados para com o recém-nascido, depois do parto, circunstância que provoca, inevitavelmente – e por direito – o seu afastamento do trabalho regular, por período determinado.

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e de responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. (AZEVEDO, 2001, p.63 *apud* MATOS; GITAHY, 2007, p. 82).

O instituto da união estável, antes denominado concubinato, já recebia amparo no ordenamento jurídico por meio de decisões dos Tribunais. Era concedido indenização pelo tempo de convívio e divisão igualitária do que foi construído como patrimônio pelo casal. Tem-se na Lei nº9.278/96 como “entidade familiar convivência duradoura pública e contínua, entre homem e mulher com o intuito de constituição familiar, sem referir-se a prazo de convivência, e estipulou que essas questões deveriam ser resolvidas nas varas de família” (MATOS; GITAHY, 2007). Filhos provenientes de relações extraconjugais passam a ter direitos com essa nova Carta Magna em seu artigo 227, § 6º, define bem essa nova intenção, equiparando esses filhos aos mesmos direitos que os provenientes do casamento, livre de qualquer discriminação (MATOS; GITAHY, 2007, p. 83).

No campo trabalhista, a igualdade pode ser alcançada em equiparar salários, bem como a licença de cento e vinte dias com garantias de segurança do vínculo e a não diminuição do salário. E o importante respaldo que visa assegurar o oferecimento de creches e escolas para filhos menores de 6 anos. Mesmo assim, ainda há necessidade de maior inserção da mulher no mercado de trabalho, mas mesmo com

as conquistas legais elas ainda recebem 40% na mesma função incrivelmente com nível de escolaridade superior, sem contar ainda a dupla jornada de trabalho, que inclui o lar (MATOS; GITAHY, 2007, p. 83).

Já que em todos os setores a mulher sempre precisou lutar para provar sua capacidade, na política a situação não seria diferente e o movimento feminino enfrentou vários obstáculos até conseguir uma efetiva participação nas eleições. Foram muitas lutas, desde a conquista do voto até o direito de ser votada.

A Lei nº 9.100/95 trouxe outra vantagem ao determinar que cada partido político deveria preencher suas candidaturas com, no mínimo, 20% de mulheres. Nas eleições municipais de 2000, essa cota foi modificada para 30%.

Nos dias de hoje, a lei não permite mais nenhuma restrição aos direitos da mulher, a não ser a que lhe obriga a ter a outorga uxória do marido, não podendo assumir nenhuma obrigação que cause alienação dos bens do casal (MATOS; GITAHY, 2007, p. 83).

As autoras apresentam alguns casos em que a legislação pátria oferece sua tutela:

Como o artigo 5º, inciso L, que dá o direito às presidiárias de ficar com os filhos durante o período de amamentação; o artigo 7º, inciso XVIII, que garante a licença-gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário; artigo 201, inciso II, que protege a maternidade e a gestante no tocante à previdência social; o artigo 203, inciso I que assegura assistência social na proteção à maternidade.

Já em relação ao artigo 7º, inciso XX, que prevê proteção ao mercado de trabalho da mulher; ao artigo 40, inciso III, alíneas a e b, que diferencia os prazos entre homem e mulher para aposentadoria do serviço público e ainda ao artigo 202, § 7º, incisos I e II, que diferencia a idade entre homem e mulher para o requerimento da aposentadoria previdenciária, a desembargadora entende tratar-se de “privilégios injustificados” (MATOS; GITAHY, 2007, p. 83).

Com a produção, em 2002 do Novo Código Civil, novos institutos foram implementados e alguns foram melhorados e atualizados. A mentalidade que cerca preconceitos de gênero são extremamente resistentes ao tempo e resistentes a qualquer conceito que procure mitigar injustiças, desigualdades, discrepâncias e abusos.

3.1 A CONDUTA PENAL TÍPICA DO ABORTO À LUZ DA DOUTRINA

É notório, que, ao iniciar qualquer explanação que se refere ao assunto do aborto, deve-se perpassar por toda problemática e complexidade do início da vida. Por muito tempo, muitas áreas se debruçaram sobre o assunto, mas longe de exaurilo. Nessa monta, algumas correntes científicas foram criadas, na verdade cinco delas merecem destaque (CARVALHO; POMIN, s.d, online). No mundo greco-romano o direito de a mulher abortar somente era punido pela lei caso o interesse do marido fosse prejudicado. Era oferecido à mulher autonomia para efetivar a prática do aborto, o aborto era juridicamente lícito e moralmente aceito (CAMPOS, s.d, online).

Existe, dessa maneira, o que se pode definir como linha divisória do aborto. E é no limiar do século XIII e a consolidação dos Estados Nacionais que o feto passou a ser visto não somente como extensão do corpo da mulher, mas sim uma preocupação estatal. Como fundamento dessa guinada da forma de pensar, o feto passou a ser visto como um futuro cidadão, e, por essa razão, não cabia mais somente à mulher decidir sobre o futuro desse ser detentor de direitos. (CAMPOS, s.d, online).

O aborto é o momento em que a gravidez é interrompida, com a destruição do produto da concepção e conseqüentemente a morte do feto (CAMPOS, s.d, online). A gravidez é cessada antes do tempo normal. O aborto, pode ser encaixado dentro de características que o define dentro de um contexto. É o que ocorre com o aborto econômico-social, quando a gestante é desprovida de meios básicos para sua subsistência e do feto (CAMPOS. s.d, online).

A tese que considera que o início da vida ocorre com a fecundação, a teoria, que é majoritariamente defendida pelas maiores autoridades religiosas, seja católica ou protestante (CARVALHO; POMIN, s.d, online). Os autores oferecem uma posição segura:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém- fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma matéria germinante. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas

uma evidência experimental (FONTELES, 2005, online *apud* CARVALHO; POMIN, s.d, online).

A teoria concepcionista considera que o embrião é munido pelo mesmo estatuto moral que um ser humano adulto que exerce todos os direitos e deveres que a cidadania oferece. O embrião, após a fecundação passar a ter as mesmas condições e valores de uma pessoa normal. Os defensores dessa teoria afirmam que a única célula que é gerada já contém a carga genética, e ela se tornará um ser humano completo (COSTA; GIOLO, 2015, p. 299). Os autores oferecem mais um ensinamento:

Inexiste dúvida de que, a partir da concepção e dos primeiros desdobramentos celulares já existe vida. E esta vida carrega, naquele, ainda informe, conglomerado de células, o código genético individual que fará daquele ser um integrante único do gênero humano, diferenciado, em maior ou menor grau, de todos os seus demais congêneres (FLORES, 2005, p. 161 *apud* COSTA; GIOLO, 2015, p. 299).

Com a mesma convicção o autor leciona ainda “Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação: Quando os 23 cromossomos femininos se unem aos 23 cromossomos masculinos, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco inicial da vida” (LAUJENE, 2012, p. 97 *apud* COSTA; GIOLO, 2015, p. 299). E na mesma linha de pensamento:

A biologia confirma que as três funções do princípio vivificador (alma ou morfê) de todo ser humano estão presentes no zigoto, a partir da formação de seu núcleo de 46 cromossomos. Ditas funções são: a função unitiva, a função motora e a envolvente (MARTINS, 2005, p. 405 *apud* COSTA; GIOLO, 2015, p. 299).

Seguindo a definição das correntes, passa-se para uma segunda que seus adeptos afirmam que a vida se inicia com a nidificação. Esse conceito define o momento onde óvulo, após fecundado, se fixa na parede do útero, pois nesse momento o útero já se encontra preparado para recebê-lo. Nessa perspectiva, “é a partir desse momento que o embrião passa a ter reais chances de se desenvolver. Essa etapa ocorre por volta da segunda semana após a fecundação” (CARVALHO; POMIN, s.d, online). Segue o que é explicado por outros autores sobre a teoria da nidificação:

Para se entender bem o que seria a teoria da nidação, é necessário compreender o processo de reprodução humana. É notório que a união do gameta masculino com o gameta feminino, ou seja, a fecundação ocorre na chamada trompa de falópio. A trompa de falópio é uma cavidade, um tubo, que une os ovários da mulher ao útero. Uma vez ocorrida a fecundação, esse óvulo não pode permanecer ali, pois além de ser muito provável que ele “morra”, é altamente arriscado para a mãe. Nesses casos ocorre a chamada gravidez ectópica, em especial, a gravidez tubária. Esse ovo deve se implantar no útero materno, pois somente no útero é que o embrião irá encontrar as condições necessárias para o seu desenvolvimento. O fenômeno conhecido como nidação é a fixação do produto da concepção no útero materno, a partir do qual, se iniciará o processo para a formação de todos os anexos necessários para o seu desenvolvimento (COSTA; GIOLO, 2015 p. 305).

Os autores ainda completam com o ensinamento:

Esta teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião (VASCONSELOS, 2006, p. 35 *apud* COSTA; GIOLO, 2015, p. 306).

O argumento científico dos defensores da nidação está no fato de que até esse momento o indivíduo pode sofrer segmentação como no caso de gêmeos monozigóticos. Outro argumento é que o embrião não pode se desenvolver fora do útero materno como é o caso da reprodução artificial, em que o embrião, caso não for introduzido no útero materno ele irá sucumbir (COSTA; GIOLO, 2015, p. 306). Os autores completam:

E ao se analisar o corpo da mulher durante o processo de reprodução humana, é possível observar que, a mulher não é considerada grávida antes deste momento. O seu corpo ainda não se reconhece como grávida, não havendo a produção dos hormônios relacionados à gestação, nem nenhuma outra alteração de seu corpo. Assim, sob a ótica da ciência, os defensores dessa teoria apregoam que a mulher só é considerada grávida, e seu corpo só a reconhece como tal, após a implantação do zigoto no seu útero, e somente depois disso é que se pode reconhecê-lo como um ser humano (COSTA; GIOLO, 2015, p. 306).

Tem-se como uma terceira corrente a afirmação de que no momento em que o embrião não pode mais se dividir, tendo como resultado o nascimento da individualidade do ser humano. Esse momento ocorre na terceira semana de gestação. Já na 24^o semana de gestação, é onde se fixa a quarta corrente sobre o nascimento, conforme leciona Marilza Simonetti de Carvalho e Andryelle Vanessa Camilo Pomin (s.d, online): “quando os pulmões estão formados e o feto tem condições de sobreviver fora da barriga da mãe, de forma autônoma”. Tem-se como quinta corrente, considerada a mais lógica. Essa quinta corrente defende que a vida começa na segunda semana de gestação com a formação das primeiras terminações nervosas (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

A lógica encontra-se em um dos momentos onde a morte é definida, ou seja, com a perda da atividade cerebral. Seria uma segurança lógica considerar o início da vida com o início da mesma atividade (CARVALHO; POMIN, s.d, online). Os autores discutem uma outra forma de definição de início da vida:

O Gradualismo, teoria pouco discutida em Bioética, é polêmico e que prega que o direito à vida é uma questão de grau, ou seja, o feto vai adquirindo maior direito a vida conforme a gravidez avance no tempo. Assim, extirpar um feto com 25 semanas não tem a mesma reprovabilidade que fazê-lo em um feto de 40 semanas. Note-se que há também, quem critique a utilização do caráter apenas biológico na definição de quando começa a vida humana. Argumenta-se que o critério biológico não se revelou menos obscuro. Assim, a depender do posicionamento defendido, se atrasa ou adianta o momento em que a vida humana se inicia. Contudo, de suma importância que se estabeleça este critério para que se determine em quais situações existem bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Apresenta-se, diante de todos os que se debruçam sobre a legalidade, moralidade ou não da prática do aborto. Dúvidas são expostas e a maior delas concerne à qual direito deve ser oferecido a primazia? A vida do feto que se forma ou a autonomia/liberdade da mulher (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Como retro exposto, o ordenamento jurídico pátrio protege a criança a partir da concepção, e os direitos fundamentais a ela dirigidos estabelecem condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988, determina que é dever de toda a sociedade assegurar aos menores, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, à dignidade, dentre outros direitos.

Não se trata de normas programáticas, mas daquelas dotadas de efetividade jurídica, sendo que o seu descumprimento pode acarretar responsabilidade (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Encontra-se assegurado o direito à vida na Constituição Federal do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã, no artigo 5º, *caput* e é reconhecido como o mais fundamental de todos os direitos no ordenamento jurídico brasileiro e pré-requisito para a prática de todos os demais direitos. Sendo assim, cabe ao Estado assegurá-lo, abordando duas concepções, a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda ao direito de ter uma vida digna” (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Não se deve reconhecer apenas a dimensão biológica da vida humana. Um menor que nasce rejeitado e cresce nessa condição não terá vida sadia, principalmente no aspecto emocional/afetivo. Aquiescer com esse entendimento é compreender que a saúde do indivíduo está relacionada não apenas ao bem-estar físico, mas também ao psicológico. Por esse prisma, a obrigatoriedade de manter o menor no seio de uma família que não o deseja significa um desrespeito a esses direitos fundamentais (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Praticar o aborto como meio contraceptivo é contra a lei, é vedado pelo ordenamento jurídico. Contudo, com as mudanças da realidade, falhas de políticas públicas para prevenir gravidez indesejadas o que fazia do aborto um caminho mais tardio para obter a interrupção da gestação, mesmo que de forma ilegal. Pode-se notar uma preocupação com o exposto acima, no artigo 226 § 7º da Constituição Federal de 1988, onde o planejamento familiar é descrito como um direito com uma paternidade responsável, o que busca pelas práticas condizentes com a dignidade da pessoa humana (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Lei n. 9.263/1996, também regulamentou o planejamento familiar e o definiu como o ato consciente de escolher entre ter ou não filhos, de acordo com seus planos e expectativas. Ressalte-se que o planejamento familiar também foi tratado pelo § 2º do art. 1.565 do CC, porém de maneira superficial.

A paternidade responsável é, igualmente, um princípio constitucional e está previsto no § 7º do art. 226 da CF, nos arts. 3º e 4º do ECA e no inc. IV do art. 1.566 do CC54. Pode ser conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência afetiva, moral, intelectual e material aos filhos.

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque somente assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana, estarão

assegurados. Para tanto, são indispensáveis o acesso à informação e a facilidade de obtenção de meios contraceptivos, a fim de evitar gestações indesejadas e abortos, o que, conseqüentemente, reduziria a mortalidade materna e infantil.

Portanto, o planejamento familiar, quando associado à paternidade responsável, beneficia as crianças, na medida em que estas passam a desfrutar da devida assistência moral, afetiva, intelectual e material. Para tanto, antes de determinar se a mulher poderá ou não planejar sua família e seus filhos antes ou depois de engravidar, o poder público deve assegurar, por meio de políticas públicas mais eficientes, a informação e a prevenção de gravidez indesejada, bem como métodos contraceptivos (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Mesmo diante de todas essas preocupações, muitas crianças ainda são alvo da falta de estrutura familiar para seu digno desenvolvimento como pessoa e pela busca pela cidadania. Além disso, mulheres de classes sociais inferiores ainda lançam mão de métodos bem inseguros de aborto, em clínicas clandestinas. Nessa perspectiva, leciona Marilza Simonetti de Carvalho e Andryelle Vanessa Camilo Pomin (s.d, online): “o Brasil é recordista em abortos clandestinos com 17% das mulheres em idade entre 18 e 24 anos entraram nesse risco”. Complicação durante o parto também é causa da morte de mulheres, o que pode chegar a ser de três quartos desses óbitos, e desses óbitos 13% são por tentativas de aborto (CARVALHO; POMIN, s.d, online).

Os riscos oriundos da prática do aborto ou da ocorrência de complicações após a intervenção consistem na continuidade das omissões quanto às políticas de assistência em vários segmentos, desde a informação até o planejamento familiar, a saúde preventiva etc.

Não há como negar que a situação é inquietante. A saúde pública no Brasil coloca a mulher em posição de total desvantagem. Grande parte da sociedade ainda acredita que a sexualidade feminina esteja associada à reprodução; em decorrência disso, não existem políticas públicas adequadas. O correto seria que, desde antes de adentrar na idade sexual, a adolescente tivesse informações acerca das conseqüências de relações sexuais desprotegidas, gravidez, doenças sexualmente transmissíveis, prevenção, utilização e obtenção de métodos contraceptivos eficazes, como a pílula e o preservativo. Quando ocorre a concepção, novamente a genitora se encontra em situação de desamparo, pois não poderá optar pelo aborto, que, frise-se, também não é a solução.

Mesmo sendo o aborto incriminado pelo ordenamento jurídico brasileiro, muitas mulheres decidem fazê-lo, visto que, de acordo com sua realidade de vida, não há como criar aquele ser em formação, seja por impossibilidade econômica, seja por imaturidade. Assim, realizam abortos sem condições necessárias de higiene, intempestivos, em

clínicas clandestinas, o que resultará em graves sequelas, podendo colocar em risco sua saúde e vida.

O Estado, ao não ofertar uma saída para a concepção indesejada, renuncia à proteção da mulher e, mesmo diante das estatísticas, não previne novos episódios. Há uma urgência no sentido de o Brasil retirar-se da infeliz condição de exemplo negativo sempre que os fóruns internacionais discutem políticas públicas populacionais (CARVALHO, POMIN, s.d, online).

É usual considerar o aborto como sendo uma prática muito associada a mulheres com uma vida financeira conturbada, onde as dificuldades determinam as decisões. Entretanto, deve-se sempre ter em mente quais as modalidades, da mesma forma, do aborto para melhor entender seus detalhes.

O aborto dito natural, que ocorre sem ser necessariamente um desejo da gestante, de forma muito espontânea. Ocorre por problemas biológicos e por ser um ato involuntário o que não é considerado crime. Pode ocorrer nas treze primeiras semanas de gravidez. Esse momento de aborto ocorre quando o desenvolvimento do feto é anormal, e pode estar ligado a idade da mulher, bem como doenças anteriores da gestante, bem como uso indiscriminado de álcool, cigarro e drogas (CAMPOS, s.d, online).

A falta do caráter punitivo do aborto anteriormente citado, não se encaixa no próximo. A Lei Penal do Brasil em muitos artigos, como por exemplo, 124, 125, 126, 127 tipifica o crime e oferece punições para eles, mesmo que de diferentes montas (CAMPOS, s.d, online). A autora completa com a letra da lei:

Art. 124. - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. - Provocar aborto com o consentimento da gestante

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte” (BRASIL, 1940 *apud* CAMPOS, s.d, online).

Segue-se, diante do exposto, o aborto necessário, que é definido no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, com uma excludente de ilicitude. A doutrina chama de “aborto sentimental” e “terapêutico”. Mencionada espécie ocorre quando mediante diagnóstico médico demonstrar risco alto para vida da gestante, e que a essa vida somente pode ser defendida mediante a interrupção da gravidez. Entre os dois bens jurídicos, a vida da gestante e a vida do feto opta-se pela vida da gestante e não uma vida que existe apenas na possibilidade (CAMPOS, s.d, online). No §3º do artigo 146 do Código Penal Brasileiro de 1940 é autorizado esse procedimento mesmo sem o consentimento da gestante pois existe” um inerente perigo de vida (CAMPOS, s.d, online). A autora oferece mais uma vez a letra da lei:

O terapêutico trata-se de um procedimento realizado por um profissional médico com intuito de salvar a vida da gestante nos casos de gravidez de risco. Já o aborto sentimental ocorre quando a gravidez é resultado de estupro.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940 *apud* CAMPOS, s.d, online).

Outro caso quando a gestação é proveniente de estupro, em que a conduta abortiva é desprovida de ilicitude encontra devida explicação na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 que explica:

O legislador, no campo da exclusão de ilicitude, trouxe duas exceções a essa regra do art. 124 do Código Penal. No primeiro caso, quando a vida da mãe estiver em perigo – aborto necessário (art. 128, I). No segundo caso, quando a honra da mãe for violada de tal forma que torne insustentável para ela a manutenção da gravidez – aborto sentimental (art. 128, II). Em ambos os casos, é preciso ressaltar, a lei apenas exclui a ilicitude da conduta. Ou seja, a norma permite que a mãe decida se quer continuar com a gestação e deixa de punir sua conduta caso ela opte pela interrupção da gravidez. A lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do feto. Estamos, portanto, diante de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher. Veja-se: a lei não determina que nesse ou naquele caso o aborto deva necessariamente ocorrer. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação. E, neste caso, não incrimina sua conduta. Em se tratando de feto com vida extrauterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a

qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal (BRASIL, 2012 *apud* CAMPOS, s.d, online).

Nessa perspectiva, faz-se necessário trazer à luz do debate a interrupção da gravidez em função de um assunto muito discutido e complexo, que tomou conta da sociedade brasileira e divide opiniões. Trata-se do aborto de anencéfalo. A definição de anencefalia encontra-se estabelecida na ADPF 54, por meio dos dizeres do ministro Barroso (CAMPOS, s.d, online):

Anencefalia como má formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico (BRASIL, 2012 *apud*, CAMPOS, s.d, online).

Os comentários do Código Penal Brasileiro de 1940, feitos por Nelson Hungria oferece uma explicação útil:

Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (BRASIL, 1940 *apud* CAMPOS, s.d, online).

Afirma Masson (2016) que a vida humana é o bem jurídico mais importante dentre todos os direitos constitucionalmente tutelados, afinal, estar vivo é um pressuposto elementar para se usufruir dos demais direitos e liberdades garantidos na Constituição Federal. O princípio da inviolabilidade do direito à vida protege a vida

humana intrauterina e extrauterina, até a morte, garantindo que não sofrerá violação nem por parte do Estado e nem por particulares.

A inviolabilidade do direito à vida prevista na Constituição se refere à vida especificamente humana e garante a proteção desde o momento anterior ao nascimento até a morte. Sem embargos, o direito fundamental à vida, embora seja pressuposto para a prática de todos os demais direitos, não possui caráter absoluto, poderá sofrer restrições quando se encontrar diante de colisão entre bens jurídicos iguais ou princípios de maior peso, avaliando-se o caso concreto (NOVELINO, 2016).

No campo das restrições do direito à vida de que trata Novelino (2016), está o “aborto necessário” ou “terapêutico” e o “aborto humanitário” ou “sentimental”. Nesse sentido, Paulo e Alexandrino prelecionam:

A Constituição protege a vida de forma geral, não só a extrauterina como também a intrauterina. Corolário da proteção que o ordenamento jurídico brasileiro concede à vida intrauterina é a proibição da prática do aborto, somente permitindo o aborto terapêutico como meio de salvar a vida da gestante, ou o aborto humanitário, no caso de gravidez resultante de estupro (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 371).

Em se tratando do crime de aborto, o Código Penal prevê duas hipóteses expressas, em seu art. 128, de não punibilidade. O aborto terapêutico, ou necessário, que trata o inciso I, é a realização do aborto quando há perigo de vida para a gestante decorrente da gravidez, e não existe nenhum outro meio para salvá-la, nessa hipótese há uma excludente de antijuricidade, o estado de necessidade (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

O aborto sentimental, previsto no inciso II, é aquele praticado quando a gravidez é resultante de estupro, nesse caso o legislador sobrepôs à dignidade da pessoa humana e a liberdade sexual da gestante ao direito à vida do feto (BRASIL, 1940). Importante para estabelecer o crime de aborto é saber a partir de qual momento se inicia a vida intrauterina. Há divergência na doutrina em relação ao começo da vida do feto, alguns entendimentos são que a vida começa com a fecundação e outros são que a vida se inicia apenas quando ocorre a nidação.

A vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à

implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação (GRECO, 2014, p. 238).

Para Nucci (2017), o aborto é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião. Entretanto, Masson (2016) estabelece que é com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Seguindo o mesmo entendimento de Nucci, percebe-se que o marco inicial para proteção da vida, por intermédio do crime de aborto é o da nidação. Dessa maneira, qualquer comportamento com finalidade de interromper a vida intrauterina, a partir da implantação do ovo no útero materno é definido como prática de aborto delimita o termo ad quem do delito de aborto:

Se a vida, para fins de proteção pelo tipo penal que prevê o delito de aborto, tem início a partir da nidação, o termo ad quem para essa específica proteção se encerra com o início do parto. Portanto, o início do parto faz com que seja encerrada a possibilidade de realização do aborto, passando a morte da nascente a ser considerada homicídio ou infanticídio, dependendo do caso concreto (GRECO, 2014, p. 240).

Ademais, a classificação doutrinária do crime de aborto:

O aborto é crime material (somente se consuma com a morte do feto); próprio e de mão própria (art. 124) ou comum (arts. 125 e 126); instantâneo (consumação em momento determinado, sem continuidade no tempo); comissivo ou omissivo; de dano (depende da efetiva lesão ao bem jurídico); unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual (em regra praticado por uma única pessoa, mas admite o concurso); ou então plurissubjetivo ou de concurso necessário (no aborto provocado com o consentimento da gestante, nada obstante a diversidade de crimes para os envolvidos: art. 124 para a gestante e art. 126 para o terceiro); em regra plurissubsistente (conduta divisível em vários atos); de forma livre (admite qualquer meio de execução); e progressivo (o feto é ferido antes de morrer) (MASSON, 2016, p. 88).

O crime de aborto se divide em duas espécies, o natural ou espontâneo e o provocado, o último pode ser praticado na modalidade dolosa ou culposa. No que concerne ao aborto natural ou espontâneo, Nucci (2017) afirma que o aborto natural é a interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime).

A Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida, entretanto não fixa o momento de início da vida humana. Não existe, ainda, um consenso para se estabelecer o marco inicial da vida e a partir de qual momento ela deva ser protegida. Afinal, não é uma discussão tão simples, porém, que merece guarida na mais abalizada doutrina, como expõe-se a partir de agora. Nesse sentido preleciona Masson:

Nossa Carta Constitucional não dispõe sobre o início da vida humana, precisando o instante em que ela começa. E, a rigor, nem deve mesmo fazê-lo, afinal não é atribuição da ciência jurídica fixar este marco, mas sim das ciências naturais. Não há, todavia, qualquer consenso científico hoje a esse respeito (MASSON, 2016, p. 213).

Dentre as teorias existentes, algumas são mais usadas, como a teoria concepcionista que defende que a vida humana se inicia com a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, da qual resulta o zigoto. (NOVELINO, 2016). Uma segunda teoria estabelece que a vida humana tem seu marco inicial com a nidificação, que ocorre com a fixação do zigoto no útero materno (NOVELINO, 2016).

Sob outra perspectiva, há teoria que defende a ideia de que a vida humana surgiria com a formação do sistema nervoso central (capacidade neurológica de sentir prazer e dor), o que ocorre por volta do décimo quarto dia ulterior à concepção. Existe, ainda, uma teoria que assegura que a vida humana se inicia quando o feto passa a ter capacidade de vida extrauterina, o que acontece entre a vigésima quarta e a vigésima sexta semanas de gestação, que seria a passagem da “pessoa humana em potencial” para a “pessoa humana *toucourt*” (MASSON, 2016, p. 213).

De acordo com o Código Civil brasileiro de 2002, o nascituro possui direito desde a sua concepção. “Art. 2º – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Já a Projeto de Lei (478/2007), o Estatuto do Nascituro, projeto ainda em tramitação nas instancias legislativas prevê que:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade (BRASIL, 2007).

Na doutrina civilista, também, existem algumas teorias sobre o momento em que o nascituro passa a possuir personalidade jurídica. A teoria natalista, utilizada no Brasil, dispõe que a aquisição da personalidade se opera a partir do nascimento com vida, conclui-se que, não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito. Por sua vez, a teoria concepcionista estabelece que o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. Há também a teoria da personalidade condicional, a qual explica que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, pois a sua proteção começa com o nascimento com vida e se não chegar a viver ela se encerra (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

3.2 ANÁLISE COMUM SOBRE A AUTODETERMINAÇÃO DA MULHER E A INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ COMO DIREITO REPRODUTIVO

É sabido que no seio do movimento feminista, suas aspirações por reconhecimento de direitos, e posteriormente no movimento de lésbicas e gays. Dentre as aspirações mais essenciais para o sexo feminino pode-se citar os direitos reprodutivos. Esses direitos se referem ao estado de saúde sexual e reprodutiva, engloba o direito à vida, mas também o da liberdade nas escolhas e segurança de praticar o que decidir. Fatores de autodeterminação e livre escolha da maternidade (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 308). As autoras completam:

Dizem respeito à igualdade e à liberdade na esfera da vida reprodutiva. Os direitos sexuais dizem respeito à igualdade e à liberdade no exercício da sexualidade. O que significa tratar sexualidade e reprodução como dimensões da cidadania e conseqüentemente da vida democrática. (ÁVILA, 2003, p. 466 *apud* CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 308).

Os direitos reprodutivos, posto no patamar de direitos humanos internacionalmente reconhecidos Conferência Internacional sobre População e

Desenvolvimento (ICPD) do Cairo em 1994, e pela 4ª Conferência Internacional sobre a Mulher (FWCW) de Beijing, em 1995. Encontram-se defendidos por essas convenções o direito de os casais decidirem de forma livre e responsável pelo número de filhos dentro de um alto nível de padrão da vida sexual e reprodutiva (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 309). As autoras são mais específicas:

As leis restritivas acerca do aborto se amparam muitas vezes na religião, um dispositivo de controle das mulheres na ordem patriarcal e que influencia na moralidade do debate relativo ao aborto, contribuindo para a criminalização das mulheres que recorrem a ele. Atualmente, apesar da posição contrária da Igreja Católica em relação ao aborto ser hegemônica, ainda há divergências dentro da própria Igreja sobre a questão. Destacamos a posição do Grupo Católicas pelo Direito de Decidir, atuante no Brasil. Com base em argumentos teológicos e pastorais, o grupo busca dar visibilidade a um posicionamento alternativo dentro da Igreja sobre o tema, colocando-se como defensoras do direito de escolha das mulheres (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 310).

Nessa perspectiva, uma questão econômica é trazida à luz do debate. Desde que a mulher consiga arcar com os custos de um procedimento seguro, clandestino, mas seguro, denota que ela tem um certo nível de acesso a bens materiais. Quando a mulher, menos abastada, decide fazer um procedimento dessa natureza não é exposta à mesma segurança e sigilo que as primeiras citadas (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p.310). Observe-se:

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município. (Diniz, MEDEIROS; MADEIRO, 2017, p. 656 apud CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 310).

Para que as mulheres exerçam de fato as liberdades reprodutivas, de forma efetiva, mulheres precisam de autonomias nem sempre disponíveis em suas realidades. Dentre essas autonomias, pode-se enumerar acesso à condições de trabalho e acesso a uma renda condizente com o cargo exercido. Pode-se ir além, exigindo educação devida para seus filhos em período integral para que a autonomia

seja buscada em iguais condições com os homens. A construção de relações afetivas é de tamanha importância que mesmo correndo o risco de todos que dela se referir de cair na redundância, não se pode excluir a menção (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 311). As autoras completam:

Cabe aqui um destaque ao debate sobre direitos. Para Telles (1998) é necessário colocar os direitos sob a ótica daqueles sujeitos que os pronunciam. Isso significa considerar os direitos não apenas como meras concessões de Estado capitalista para as classes subalternas, mas como espaço de disputa e de construção também por aqueles que os demandam. O debate sobre direitos, apesar de não proporcionar automaticamente a emancipação humana e não romper com a ordem vigente, abre possibilidades para os grupos oprimidos. É nesse aspecto que a luta pelos direitos é importante: apesar de, via direitos, não ser possível alcançar o fim das desigualdades, ou aquilo que Marx (2010) define como emancipação humana, ela permite que a ordem social seja questionada, que sujeitos desprovidos de poder quebrem o silêncio e a naturalização da sua condição subalterna e busquem outras possibilidades. A partir do questionamento e do movimento dos grupos oprimidos, a busca por novas vozes, novas perspectivas, outros pontos de vista, de resistência, a busca pelo compartilhamento do poder pode se tornar uma possibilidade. É nesse sentido que a luta das mulheres pelos seus direitos se enquadra. Quando as feministas lutam pela legalização do aborto, não estão apenas colocando o aborto em questão, mas um sistema que domina e explora mulheres, que instrumentaliza a sua capacidade biológica e as reduz ao único destino da maternidade como sua função social (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 311).

A maternidade, na cultura judaico-cristã era de caráter compulsória, ou seja, não existia limitação a esse dom iminentemente feminino. Na atualidade, movimento feminista lutou para que essa forma de ver o gênero feminino apenas para reprodução, uma luta muitas vezes solitária, sem apoio governamental e nem do gênero masculino, não fosse propagada. A luta dos movimentos feministas, exaltando direitos reprodutivos que elevavam questões relacionadas ao corpo e à decisão de gerar ou não mais filhos era cada vez mais presente com a redemocratização do Brasil. Influenciando, inclusive, a Constituinte, onde o movimento feminista teve voz e por meio de ações populares de exercer sua condição de grupo detentor de uma voz e que deveria ser ouvido (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 312).

As feministas lutavam para que a Constituição Federal defendesse o direito à vida “desde o nascimento”, a fim de buscar avanços na legislação sobre aborto. Porém, o forte *lobby* da Igreja Católica e a massiva presença de deputados evangélicos tentavam impor a defesa

da vida “desde a concepção” — o que impossibilitaria inclusive os permissivos de aborto nos casos citados pelo Código Penal de 1940. A recusa do termo “desde a concepção” para se referir à vida foi uma conquista do movimento de mulheres feministas. Como resultado desse embate, a Constituição brasileira afirma o direito à vida, sem determinar quando esta começa — dando brecha para os dois lados. Na legislação brasileira, a partir do Código Penal de 1940, o aborto é crime tipificado segundo o título I, dos crimes contra a pessoa, e do capítulo I, dos crimes contra a vida. Podemos perceber no documento a diferença entre aborto e infanticídio: é considerado infanticídio “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após” (art. 123 do Código Penal). É considerado aborto quando a situação consiste em “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” (art. 124 do Código Penal). O Código atenua a pena àqueles que realizam o procedimento com o consentimento da mulher, e, por outro lado, aumenta a pena caso a gestante sofra lesões corporais graves ou chegue a óbito (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 314).

A liberdade, é um valor de importância precípua, pois é o valor que possibilita a pessoa a se adequar melhor às exigências de sua vida, as nuances que somente a experiência de quem vive pode entender, é o concreto, o real, o dia a dia. Deve-se na liberdade no que se refere a opressões de qualquer monta, seja classe, raça/etnia e gênero. Bem definido, está esses fundamentos de liberdade no Código de Ética do Serviço Social (BRASIL, 2012), de 1993, e a isso engloba valores ainda mais elevados como a autonomia, a emancipação que são eixos norteadores das demandas feministas o que tem total ligação com o preceito do serviço social (CARLOTO; DAMIÃO, 2018, p. 317). As autoras oferecem a devida definição legal:

A defesa intransigente dos direitos humanos e a recusa do arbítrio e do autoritarismo aparecem no segundo item dos princípios fundamentais do Código, seguidos da ampliação da cidadania e defesa do aprofundamento da democracia na socialização da participação política e da riqueza socialmente produzida. O item n. 5 afirma o posicionamento em favor da equidade e da justiça social, assegurando acesso universal a bens e políticas sociais, além da sua gestão democrática. O empenho na eliminação de todas as formas de preconceito aparece no item 6. O referido código também traz a escolha por um projeto profissional em busca de uma sociedade sem dominação, seja ela de classe, etnia ou gênero (Brasil, 2012). O Conselho Nacional de Serviço Social, CFESS, tem se posicionado frente aos direitos reprodutivos. Em 2009, o *CFESS Manifesta* de 28 de setembro traz um panorama sobre a questão do aborto, colocando-a como uma questão de saúde pública e direito das mulheres. O referido documento relata que no 38º Encontro Nacional CFESS-Cress, os assistentes sociais presentes Reafirmaram seus valores e princípios, comprometidos com a emancipação humana e a construção de uma nova ordem societária,

livre de toda forma de exploração e opressão, e deliberaram o posicionamento e o engajamento nas lutas pela descriminalização do aborto, e a realização de debates em todo o Brasil sobre a legalização do aborto como mecanismo de ampliar e democratizar as discussões no âmbito da categoria, para retirada de posicionamento do Conjunto CFESS/Cress em setembro/2010. (CFESS, 2009)

No mesmo documento, é endossado o compromisso ético-político com a defesa dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e o apoio ao movimento feminista nessa luta, uma vez que “o aborto inseguro é uma gravíssima questão de saúde pública e que as mulheres constituem seres éticos capazes de fazer escolhas de forma consciente e responsável” (CFESS, 2009). Assim, conforme proposto em 2009, no ano seguinte, em setembro de 2010, por ocasião do 39º Encontro Nacional CFESS-Cress, colocou-se o assunto em pauta novamente. Dessa vez, os assistentes sociais representantes de todas as regiões do país deliberaram coletivamente pelo apoio à legalização do aborto. O debate foi feito no eixo Ética e Direitos Humanos do evento, no qual decidiu-se coletivamente pelo posicionamento. Antes, o tema já havia sido debatido em reuniões e assembleias nas regionais do Conselho (CARLETO; DAMIÃO, 2018, p. 318).

O aborto, sendo visto como uma problemática de saúde pública, tendo em vista que se encontra nas primeiras causas de mortalidade materna é o aborto, principalmente tendo como protagonista mulheres negras e pobres que pouca condição tem de ter acesso a condições humanas para esse procedimento, ao contrário de mulheres de condições financeiras (CARLETO; DAMIÃO, 2018, p.318). Segue o a complementação:

Cumprir destacar que, em 1983, por força do movimento feminista e de profissionais de saúde, foi aprovado pelo governo federal o PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher que, apesar do contexto ainda de ditadura militar, representava o reconhecimento da autonomia reprodutiva das mulheres e do dever do Estado de implementar por meio das instituições de saúde ações voltadas para atenção integral à saúde das mulheres em todas as fases de sua vida. Em 1988, finda a ditadura, a nova Constituição democrática brasileira inseriu no art. 196 a declaração de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BARSTED, s.d, p. 142).

No decorrer dos anos de 1990, foi implementada conferências pela ONU, onde pode-se destacar a Conferência de População e Desenvolvimento que ampliou o conceito de direitos reprodutivos, principalmente no que concerne ao número de pessoas que sua família deve ter. E cuidados reprodutivos incluem cuidados em todas

as fases da gestação, todos esses cuidados refletem de forma direta no aborto. Assim, pode-se considerar, que direitos reprodutivos não se limitam apenas a doenças, dores, mas vai além, e inclui a preocupação com o estado geral de bem-estar físico, mental e social (BARSTED, s.d, p. 143). A autora completa a informação:

Essa concepção sobre saúde e direitos reprodutivos foi aprofundada, em 1995, na IV Conferência Mundial da Mulher, que reconhece que os direitos humanos das mulheres incluem seu direito a ter controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente em relação a essas questões, sem estarem sujeitas à coerção, à discriminação e à violência. A Plataforma dessa Conferência destaca que, em caso algum, deve o aborto ser promovido como um método de planejamento familiar. Exorta-se a todos os governos e organizações intergovernamentais e não governamentais a aumentarem seu compromisso com a saúde da mulher, a ocupar-se dos riscos dos abortos realizados em más condições e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família. Destaca, ainda, que as mulheres que têm uma gravidez não desejada devem ter fácil acesso à informação fidedigna e a assessoramentos compreensivos e que, nos casos em que o aborto não é contrário à lei, os abortos devem ser realizados em condições adequadas. A Plataforma assinala, ainda, que, em todos os casos, as mulheres devem ter acesso a serviços de qualidade para o tratamento das complicações resultantes do aborto e que os serviços de aconselhamento, educação e planejamento familiar pós-aborto devem ser oferecidos imediatamente, o que ajudará a evitar abortos repetidos (BARSTED, s.d, p.144).

O perigo relacionado ao aborto, por colocar a vida de muitas mulheres em risco, torna-o um problema de saúde pública. Diante disso, cabe aos governos reverem as legislações que somente prezam pelo caráter punitivo diante da prática de aborto. E essa visão do aborto se coaduna perfeitamente como as aspirações de direitos internacionais e seus tratados. Uma doutrina jurídica de direitos sexuais e reprodutivos que devem ser levadas em consideração na reelaboração da legislação local em benefício da saúde das mulheres e de sua autonomia reprodutiva (BARSTED, s.d, p. 144). A autora completa:

É importante recordar que, desde meados da década do século XX, a produção legislativa e doutrinária internacional sobre direitos humanos das Nações Unidas tem se constituído em um neojusnaturalismo que vem desafiando o direito positivo, ao mesmo tempo em que amplia e supera o sentido territorial de cidadania. Essa produção legislativa e doutrinária adota a perspectiva de gênero que permite observar as diversas formas de discriminações contra as mulheres e a

necessidade de sua superação. Dessa forma, os temas da reprodução e da sexualidade apareceram como parte integrante dos direitos humanos, incluindo proteções a bens jurídicos tais como a limitação da idade mínima para o casamento, a saúde em seu sentido amplo, a segurança sexual das mulheres e meninas, dentre outros. Incluem, também, proteções para a redução da magnitude da morbimortalidade materna, incluindo aquela derivada de abortos ilegais e inseguros. A inclusão da saúde sexual e reprodutiva no campo dos direitos humanos, na perspectiva da indivisibilidade desses direitos, lhe confere o *status* de bem jurídico articulado aos demais direitos de cidadania, entre os quais os direitos à liberdade, à igualdade de tratamento, à dignidade, à intimidade, à privacidade e à autonomia (BARSTED, s.d, p.144).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, regida pelas suas aspirações democráticas protege princípios ligados à liberdade, bem-estar, segurança e igualdade. Os direitos sexuais e reprodutivos oferecem duas perspectivas. Uma delas zela pela autodeterminação dos gêneros, a livre prática da sexualidade, sem que o Estado influencie com imposições, mas sim defendendo esses interesses. A segunda perspectiva visa pela implementação de políticas públicas por parte dos poderes estatais para o devido exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Esses direitos, deve-se delinear princípios a eles intrínsecos como “o da universalidade, o da indivisibilidade, o da diversidade e o democrático, que para que tenham força plena devem estar articulados, necessariamente, ao princípio da laicidade do Estado” (BARSTED, s.d, p. 145).

Em relação ao princípio da laicidade, Barzellato (2005) faz referência ao seminário sobre religião, realizado, no início da década de 1990, em Genvál, Bélgica, que reuniu destacados teólogos com o objetivo de debater e contribuir com insumos para a Conferência do Cairo. O informe final desse evento assinalou a importância da liberdade de religião e, ao mesmo tempo, agregou que o corolário da liberdade de praticar e propagar uma fé é a liberdade de outros a não se ver obrigado a aceitar uma determinada religião. Com essa perspectiva, não apenas a interrupção voluntária da gravidez foi debatida nesse seminário, como também seus participantes estimaram razoável descriminalizar o aborto.

Os princípios da universalidade, da indivisibilidade, da diversidade, da democracia e da laicidade do Estado devem, dessa forma, orientar a construção e a interpretação de um marco legal ético voltado não apenas para proteções contra violações, mas, principalmente, para a construção de visões positivas, inovadoras e alternativas.

Nesse sentido, Petchesky (1999) aponta para a necessidade de uma visão alternativa e positiva dos direitos sexuais, que abrange um grupo de princípios éticos e uma ampla gama de condições capacitantes, entre as quais a diversidade ou a pluralidade sexual, com destaque

para o “consentimento”; o reconhecimento da “diversidade habitacional”, abrangendo as diversas formas de família que devem merecer proteção; o direito ao prazer sexual, como parte da saúde básica e do bem-estar necessário à vida humana; a autonomia/liberdade para tomar decisões, inclusive no que diz respeito à identidade sexual e ao estabelecimento de relacionamentos íntimos, bem como ter controle sobre seu próprio corpo, bem como a equidade de gênero (BARSTED, s.d, p. 146).

Apesar de todo aparato doutrinário e de tutelas internacionais acerca dos direitos sexuais e reprodutivos, o desrespeito a eles ainda existe o que contribuiu para mortalidade em gestantes. A aborto, mesmo sendo um meio muito perigoso para vidas das mulheres (principalmente as de menor poder aquisitivo), notadamente o aborto clandestino. Mesmo com sua devida colocação como uma prática de interesse de saúde pública ainda encontra resistência nos de grupos religiosos que tentam afastar o caráter laico do artigo 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988 (BARSTED, s.d, p. 148). A autora completa:

Assim, o máximo que se avançou, ainda na década de 1990, foi a aprovação, em 1997, pelo Ministério da Saúde da Norma técnica de prevenção e tratamento dos agravos resultantes de violência sexual contra mulheres e adolescentes²², que orienta os médicos como proceder em casos de solicitação pela mulher de interrupção da gestação consequente de violência sexual. Esse permissivo, previsto desde 1940, não estava acessível às mulheres, especialmente no sistema de saúde pública²³. A partir de então, aos poucos, serviços existentes agregaram-se a novos serviços fortalecidos em suas práticas pela Norma Técnica. Em 2004, o Ministério da Saúde revisou essa Norma explicitando a não obrigatoriedade de realização do registro de ocorrência da violência sexual na polícia. A Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, do Ministério da Saúde, também inclui em seu Plano de Ação 2004-2007 o objetivo de atenção humanizada ao abortamento, visando garantir um atendimento de qualidade às mulheres que chegam aos serviços em processo de qualquer forma de abortamento. O avanço das posições do Ministério da Saúde, desde a segunda metade da década de 1990, em muito foi obtido graças ao diálogo desse Ministério com os movimentos de mulheres.

Cumprir destacar que o art. 11 da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher – incluiu a obrigatoriedade do Estado em prestar assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, possibilitando o acesso aos “benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das doenças sexualmente transmissíveis (DST) e da síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual”. Incorporou, dessa forma, no texto legal, a

orientação das Normas Técnicas de 1997 e de 2004 do Ministério da Saúde (BARSTED, s.d, p. 149).

No que tange à interrupção da gravidez, deve-se levar em conta os direitos protegidos no Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º, que se referem ao nascituro e mostra que o momento de início da vida é com a concepção, dessa forma pode-se aferir que não pode correr interrupção da gravidez. A vida, para o ordenamento brasileiro como um todo deixou de ser meramente um direito fundamental e sim em norma basilar para a prática de todos os demais direitos (VICENTE, 2020, p. 12). A autora adiciona:

[...] a tutela aos direitos de personalidade está relacionada à tutela dos direitos fundamentais, que tem como fundamento, e referência para todo o ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. Esta nova percepção provocou a afirmação de um direito geral de personalidade, que não está relacionado nem exclusivamente ao direito privado, tampouco somente ao direito público, mas que diz respeito a preocupação, em sí, com a promoção de uma forma geral do ser humano e seu desenvolvimento, adequado às novas realidades de uma sociedade complexa e globalizada (SHEIBE, 2008, p. 122 apud VICENTE, 2020, p.13).

Quanto ao nascituro, que está em uma situação de formação intrauterina, não existe diferença entre essa e a vida extrauterina. Nessa perspectiva, ambas possuem garantias fundamentais. Deve-se combinar, nessa ocasião todo esse entendimento com o artigo 5º *caput* da Constituição Federal de 1988 com o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 que garante o direito à vida do nascituro, quando dispõe que a ele é destinado uma vida sadia e equilibrada por meio de políticas sociais encabeçadas pelo poder público. A autora oferece a seguinte lição:

Quanto ao nascituro, são concedidos pela lei direitos para o nascimento com vida, e também se verifica no sistema jurídico a existência de direitos pessoais conferidos ao nascituro enquanto está no ventre materno. Isso, porque se reconhece nele o status de pessoa, pessoa em desenvolvimento, como são as crianças e adolescentes, e da mesma forma, ao nascituro deve ser atribuída personalidade jurídica formal e poder de titularizar relações jurídicas para ter o seu direito à vida efetivamente garantido. Sabe-se que o nascituro não terá, de fato, capacidade para, sozinho, reivindicar o citado direito, mas terá o direito assegurado, inclusive de ser representado por curador nomeado para exercê-lo em seu favor (LANDO, 2016, p. 234 apud VICENTE, 2020, p. 13).

Deve-se mencionar que todos os direitos alcançam inclusive questões de âmbito penal, devem ser aplicadas aos que ainda não nasceram da mesma forma que a uma pessoa que já nasceu. E essa previsão inclui crimes comuns tipificados no Código Penal vigente, como lesões e homicídio nas formas dolosa e culposa. Pode-se igualmente incluir o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo nosso país, que em seu artigo 4º determina que a vida deve ser defendida desde a concepção, e qualquer atitude arbitral que interrompa essa vida vai ir contra diretamente a esse citado pacto, e ao ordenamento civil e penal (VICENTE, 2020, p. 14). A autora oferece uma lição:

Contudo, deve-se frisar que o nascituro (pouco importando a fase na qual se encontra, como, v.g., a embrionária) é titular do direito fundamental à Vida, isto é, do direito de existir, que não pode ser aniquilado de forma arbitrária. Desde o momento no qual se ateste cientificamente que existe vida, podemos dizer que está presente o direito fundamental do embrião de existir, pelo que, definido pela ciência o momento da vida humana, imediatamente o Estado e o Direito devem atuar para garantir sua inviolabilidade. Este aspecto, inclusive, é consagrado pela regra *Ius Cogens* prevista no art. 4, § 1º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, que impõe a proteção da Vida Humana desde o momento da concepção (FREITAS, 2009, p. 73 *apud* VICENTE, 2020, p 14).

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 60, § 4º, IV consagra a impossibilidade de qualquer ementa constitucional que objetive acabar com direitos e garantias fundamentais, o que torna a interrupção da gravidez algo inviável. Dessa forma, a reivindicação da autonomia do próprio corpo por parte da mulher não pode se sobressair aos direitos da vida ainda que está sendo gerada, coadunando com interesses do Estado defender relações de cunho morais, jurídicos e religiosos (VICENTE, 2020, p. 14).

O processo de abortamento não pode ser aceito como meio anticoncepcional, tendo em vista que existem outras formas de prevenir a concepção. Essa maneira de pensar é dirigida a uma corrente doutrinária que não aceita a interrupção da gravidez, pois esse procedimento seria um atentado contra o direito à vida, que é o mais fundamental dos direitos (VICENTE, 2020, p. 14).

3.3 ANÁLISE SOBRE A MICROCEFALIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

A discussão acerca do aborto no Brasil é repleta de simbolismo e condenada moralmente por alguns grupos sociais. O direito ao aborto, e principalmente após a recente epidemia de Zika Vírus que assolou o Brasil, tem acendido reações extremas e recebido destaque no debate jurídico e nas mídias, principalmente devido a decisões judiciais para a realização de aborto em situações especiais, como: mães portadoras de HIV e formação fetal incompatível com a vida (CAMARGO, 2016).

Corroborando, em 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF/54, ajuizada pela CNTS - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que pleiteava a permissão para o aborto de feto com anencefalia, com a fundamentação de que o feto com anencefalia não possuía capacidade de vida fora do útero da mãe. Ainda nessa toada, faz-se mister analisar a situação em favor do feto microcefálico, que terá sua vida ceifada pela prática do aborto, se for abrangido pelo mesmo entendimento que considera legal a interrupção da gestação do feto anencefálico. Assim, o feto com microcefalia, ao contrário do feto com anencefalia, mesmo tendo reduzida massa cerebral, possui expectativa de vida extrauterina, ainda que limitada pelas diversas deficiências decorrentes da sua situação (FOSSA; SALIB, 2016).

A hipótese de aborto de feto anencéfalo qualifica-se como não punível, ou seja, do feto portador de má formação cerebral grave que impossibilite a vida extrauterina. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 54/DF, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde-CNTS em 2012, declarou inconstitucional qualquer interpretação que tipifique como aborto a interrupção da gravidez de feto portador de anencefalia.

A decisão foi fundamentada nos princípios basilares da Constituição Federal do Brasil, quais sejam, direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde.

Conforme anotou o Min. Marco Aurélio em seu voto, não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso de anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contra partida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção da gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios

basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se a tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (LENZA, 2014, p. 1071).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.510, que tratava da análise do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), definiu que a vida começa com a existência do cérebro. Neste sentido, declarou constitucional os dispositivos da referida lei, uma vez que o cérebro só começa a existir com a implantação do embrião no útero da mãe.

Apesar das restrições, é importante ressaltar que a inviolabilidade do direito à vida é o princípio constitucional basilar de que resultam todos os outros direitos previstos na Constituição Federal. Neste sentido, corrobora Tavares (2010, p. 569) quando diz que “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”.

É importante ressaltar, ainda, o pensamento de Silva (2009, p. 198) que estabelece que “no conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito a integridade moral e, especificamente o direito à existência”. O princípio da dignidade da pessoa humana está contido no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e, Lenza (2014) diz que é fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais.

De acordo com Chimentiet *al.* (2010), a dignidade da pessoa humana é uma referência constitucional unificadora dos direitos fundamentais inerente à espécie humana, ou seja, daqueles direitos que visam garantir o conforto existencial das pessoas, protegendo-as de sofrimentos evitáveis na esfera social. O princípio da dignidade da pessoa humana ultrapassa o âmbito de proteção do direito à vida, pois protege e, acima de tudo, garante que os meios básicos e essenciais a uma vida digna sejam fornecidos aos cidadãos.

A Constituição Federal, em seu capítulo I, do Título II, consagra os direitos e deveres individuais e coletivos, dentre eles está a inviolabilidade do direito à vida.

Art. 5º, CF- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
XLVII- não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX (BRASIL, 1988).

Destarte, o marco inicial da vida humana para o direito ainda não foi estabelecido, em meio a tantas teorias, o que se faz mister destacar é que a vida humana é protegida desde o início da sua existência, embrionária, fetal e após o nascimento. A microcefalia é uma condição neurológica em que a cabeça do recém-nascido é menor do que o padrão daquela mesma idade e sexo (VARELLA, 2015).

Neste caso, os bebês com essa malformação congênita nascem com um perímetro cefálico menor do que o normal, que habitualmente é superior a 33 cm. Isto ocorre porque os ossos do crânio se fundem prematuramente impedindo que o cérebro da criança tenha o seu crescimento normal. As causas da microcefalia podem incluir doenças genéticas ou infecciosas, o uso de substâncias químicas durante a gravidez, como drogas, contaminação por radiação e infecção por agentes biológicos, como bactérias, vírus e radiação (VARELLA, 2015).

Algumas situações são levantadas hoje como possibilidades que podem provocar a microcefalia são elas: infecções como rubéola; citomegalovírus e toxoplasmose; o Zika vírus contraído durante a gravidez, especialmente no primeiro trimestre de gestação; o consumo de cigarro; álcool ou drogas como cocaína e heroína durante a gravidez; a síndrome de Rett; envenenamento por mercúrio ou cobre; meningite; desnutrição; HIV materno; doenças metabólicas na mãe como fenilcetonúria, exposição à radiação durante a gestação e, também, o uso de medicamentos contra epilepsia, hepatite ou câncer, nos primeiros 3 meses de gravidez (BELTRAME, 2016).

A microcefalia possui vários graus. A verdadeira ou primária, ocorre quando a má-formação tem causa genética hereditária e para manifestar o transtorno, a criança precisa herdar uma cópia do gene defeituoso do pai e outra da mãe, que não manifestam a doença. Esse tipo de microcefalia pode estar correlacionado com várias síndromes genéticas e anomalias cromossômicas (VARELLA, 2015).

A microcefalia por craniossinostose pode estar associada a causas secundárias, que determinam o fechamento prematuro das moleiras (fontanelas) e

das suturas entre as placas ósseas do crânio, impedindo o crescimento normal do cérebro. Podem afetar o feto dentro do útero, especialmente nos três primeiros meses de gestação, ou depois do parto, nos dois primeiros anos de vida da criança, quando o cérebro ainda está em acelerado processo de formação (VARELLA, 2015).

O diagnóstico da microcefalia pode ser feito durante a gestação, com os exames do pré-natal, como o ultrassom por exemplo, e pode ser confirmado logo após o parto através da medição do tamanho da cabeça do bebê. Além disso, exames de raios X, tomografia computadorizada, ressonância magnética, mapeamento ósseo e testes sanguíneos podem ser necessários para determinar a causa da má-formação, a gravidade, as possíveis consequências para o bebê e a conduta terapêutica melhor indicada (BELTRAME, 2016).

Na maioria dos casos, a microcefalia está ligada ao atraso no desenvolvimento neurológico, mental, psíquico e motor da criança. Contudo excepcionalmente, é possível que algumas crianças portadoras da microcefalia tenham inteligência e desenvolvimento normais apesar de a circunferência do crânio ser menor do que as estabelecidas nas tabelas de referência para sua idade e sexo. A gravidade da condição pode variar de uma criança para outra e é mais frequente no sexo masculino (VARELLA, 2015).

A microcefalia não possui cura, entretanto é essencial o tratamento com equipe multidisciplinar composta por médicos de diferentes especialidades como pediatras, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, além do uso de medicamentos e o total apoio e incentivo dos pais que deverão estimular o aprendizado da criança para garantir o seu melhor desenvolvimento e qualidade de vida. Dessa maneira, estabelece Beltrame:

A microcefalia não tem cura porque o fator que impede o desenvolvimento cerebral, que é a união precoce dos ossos que forma o crânio, não pode ser retirado. Se esta união precoce dos ossos acontecer ainda durante a gestação, as consequências podem ser mais graves porque o cérebro pouco se desenvolve, mas existem casos em que a união destes ossos ocorre no final da gestação ou após o nascimento, e neste caso a criança pode ter consequências menos graves (BELTRAME, 2016, online).

Em parte dos casos de fusão prematura das suturas dos ossos da caixa craniana, se diagnosticada precocemente, é possível realizar uma cirurgia para separá-los nas primeiras semanas de vida, como forma de evitar a compressão do

cérebro que impede seu crescimento e provoca complicações mais graves (VARELLA, 2015).

Não obstante, grande parte das crianças com microcefalia tenham atraso mental, algumas mantêm a capacidade cognitiva sem muitas alterações, aprendendo a andar, escrever e ler, por exemplo. Conquanto, os danos da microcefalia não são iguais em todas as crianças e variam com as sequelas que apresentam, desta forma algumas crianças não conseguem comer sozinhas, nem tomar banho e, por isso, podem precisar de ajuda da família para fazer as tarefas básicas do cotidiano (BELTRAME, 2016). De acordo com o Código Penal:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)
Aborto necessário
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Portanto, para o Código Penal em vigência, salvo o aborto necessário e aquele resultante de gravidez no caso de estupro, toda e qualquer interrupção da vida intrauterina será considerado aborto, independente das condições fisiológicas que o feto apresente (CUNHA, 2018).

Ocorre que chegou até o Supremo Tribunal Federal a ADPF 54, que culminou na análise acerca da possibilidade de aborto no caso de fetos anencefálicos, ou seja, aqueles em que há uma má formação congênita, implicando na ausência de parte vital do sistema nervoso central. Ao proporem a aludida ADPF, os profissionais da área da saúde apresentaram dados estatísticos acerca da mortalidade nos casos de anencefalia, que chega em 100%. Isto é, é praticamente impossível sobreviver sem parte substancial do cérebro, o verdadeiro “motor” do corpo humano. Não obstante, 50% não resistem sequer até o nascimento, vindo a óbito ainda no ventre materno (CUNHA, 2018).

Em razão disso e levando-se em conta o sofrimento que advinha para mulher que passava por esse tipo de situação, ou seja, a frustração de ter seu bebê morto em poucos dias de vida, ou, sequer do feto vir a nascer. A Corte Suprema decidiu ser possível o aborto de fetos anencefálicos, desde que a mãe assim deseje,

fundamentando sua decisão nos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia de vontade (CUNHA, 2018).

Todavia, o procedimento para aborto, ainda que na situação que o STF autorizou, deve ser estritamente observado, obedecendo o previsto na Resolução n.º 1989/2012 do Conselho Federal de Medicina. Até o surto de Zika que assolou o Brasil, as discussões acerca de permissão do aborto se encontravam paralisadas, porém, a aludida doença desencadeou em uma geração de fetos com microcefalia. A partir daí, começou o questionamento acerca da possibilidade de aborto nos casos de feto com microcefalia. Há duas correntes para responder a esse questionamento. A primeira corrente entende que se cabe ao feto com anencefalia, poderia, também, caber ao com microcefalia, desde que autorizado pela mãe, por razões de dignidade, já que se trata de enfermidade incurável (CUNHA, 2018).

A segunda corrente entende que a situação de fetos com microcefalia em nada se parece com os de anencefalia, vez que em que pese a microcefalia ser incurável, não obsta o desenvolvimento do ser humano, ou seja, o indivíduo irá se desenvolver e levar uma vida com limitações, assim como em vários outros tipos de deficiência. Outrossim, defende, essa corrente, que permitir o aborto nesse caso seria ferir, por completo, as disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual, logo em seu art. 1º, preconiza pela inclusão social dos portadores de necessidades especiais.

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (BRASIL, 2015).

Eis a corrente majoritária, razão pela qual se defende a inadmissibilidade do aborto em caso de microcefalia (CUNHA, 2018). No dia 01 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal rejeitou por unanimidade qualquer possibilidade de abortamento por mulheres vítimas de Zika vírus. Toda corte seguiu o voto da Ministra Carmen Lúcia ao não reconhecer a Arguição de Descumprimento de Preceito Legal (ADPF 54) que existia de forma concomitantemente à ADI 5.581.

CONCLUSÃO

Ao analisar a busca da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), que por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, nota-se uma guinada progressista no trato na questão do aborto, muito sob a influência dos debates que circula o tema, que houve uma tentativa de demonstrar nesse presente trabalho, sem o intuito de esgotar o assunto. Nesse caso, a impossibilidade do feto com anencefalia de exercer toda capacidade de uma vida digna, muitas vezes perdendo essa vida nas primeiras semanas após o parto, era um atentado violento aos princípios que buscam defender a dignidade da pessoa humana, que é uma previsão de alto valor constitucional, onde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O direito à vida é um bem muito caro ao ser humano, mediante isso, é factual plausível concluir qual o início dela é igualmente uma necessidade para melhor definir seu início e seu fim. No presente, concluiu-se que o início da vida de forma majoritária na legislação civil vigente no país é a teoria que defende que o embrião é munido de todos os direitos. E acontece no momento da fecundação, onde a atividade celular já detém código genético da individualidade do feto. A Lei Civil, de 2002, defende em seu artigo 2º os direitos do nascituro. Mesmo diante dessa convergência doutrinária que tende a aceitar a citada teoria como predominante, não se deve excluir da apreciação outras teorias necessárias para a devida atenção a um caso tão complexo, como a teoria da nidificação, que ocorre na segunda semana de gestação. E o momento onde o embrião é considerado com não mais divisível, o que ocorre na 24ª da gestação. Todos esses conceitos prezam pelo interesse em definir a vida extrauterina do feto.

Nota-se um embate, um embate teórico a respeito de qual preceito fundamental se sobressai e deve ser levado em consideração quando o aborto vem à luz do debate. Vislumbra-se uma tendência a considerar a vida como um bem fundamental superior ao bem jurídico que protege a liberdade reprodutiva da mulher e sua liberdade de dispor como bem queira de seu corpo, e de suas liberdades sexuais. Foi baseada nessa premissa, das liberdades reprodutivas e sexuais que a corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal, anuiu o procedimento de interrupção da gravidez mediante

comprovada má formação do feto em função da gestante ter contraído o vírus que dá título ao presente estudo.

Em síntese, a modificação do entendimento dos artigos 124 e 126 do Código Penal que versam sobre a tipificação do crime de aborto em virtude do feto com microcefalia é inadmissível tendo em vista que a vida desse feto é ainda cabível, de acordo com o STF, pois a formação ainda possibilita ao feto exercer seus direitos como cidadão. Diferentemente, o que ocorre com o feto com anencefalia, que tem suas condições praticamente zeradas de vida, inclusive trazendo muitas condições de extremo desrespeito para mulher, desrespeito emocional e físico.

Portanto, a limitação e a devida inserção no tempo feita no que concerne aos direitos fundamentais e humanos foi de importância precípua para o presente trabalho. Evitar o isolamento de conceitos tão caros à pessoa humana, evita que, como em outras oportunidades, eles sejam relegados a meros aparatos teóricos. Dessa forma, com todos os cuidados citados acima, conclui-se que a garantia da efetividade e aplicabilidade dos conceitos que defendem a dignidade da pessoa humana pode sim ser alcançada mediante o respeito a sua historicidade, seu caráter inalienável e imprescritibilidade.

As dimensões, colocadas historicamente em seu tempo, mas definitivamente admitindo o erro de isolá-las uma das outras sem nenhuma ideia de linearidade que existiu entre elas. Observa-se que a primeira dimensão, combinada com a segunda dimensão definem valores que buscam a liberdade perante o poder do Estado interferir na vida dos indivíduos e a igualdade perante a lei e liberdades democráticas, principalmente pela luta da classe trabalhadora. A terceira dimensão, engloba, em resumo, valores muito caros disponíveis sob a tutela da Revolução Francesa de 1879, um marco que deve ser exaltada até os dias atuais, como valores de solidariedade, difusos que buscam uma prestação estatal, pois essas são a finalidade última do Estado democrático e representativo. Para terminar, direitos de quarta e quinta dimensões se ligam mais precisamente a direitos de cunho pós-modernos, da vivência atual dos indivíduos como acesso à informação, e a iminente realidade tecnológica atual.

Destarte, a complexidade do assunto, conclui-se que o interesse público em coibir práticas tipificadas no ordenamento penal brasileiro. Muitas vezes se levantam para defender e condenar a interrupção da gravidez. Dentre essas vozes, pode concluir que as mais importantes são as de cunho jurídico, moral e religioso. Diante

disso, áreas que ajudam a desmistificar a questão do aborto sempre são chamadas a opinar e oferecer duas valiosas conclusões, qual se, medicina, psicológica e biomedicina. Apesar da decisão a favor da ADPF nº54/DF, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade de tipificação do aborto de feto com anencefalia, a mesma interpretação não foi estendida ao feto com microcefalia, tendo em vista sua condição, em que é capaz de exercer a vida social, e exercer sua cidadania quase por completo.

Diante do exposto, é possível a alteração do entendimento dos artigos 124 e 126 do Código Penal, incluindo o aborto de fetos com microcefalia no rol das possibilidades legais de interrupção da gestação? Tem-se como conclusão que essa analogia não pode ser feita, pelos argumentos lecionados anteriormente.

REFERÊNCIAS

- BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias Sexuais e Homofobia no Direito Brasileiro: Breves Delineamentos Constitucionais. *In: Revista Videre: Ver, Olhar, Considerar*, v. 10, n. 19, 2018. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6829>>. Acesso em 22 jun. 2020.
- BARRETO, Rafael, **Direitos Humanos**. 9 ed. Salvador. JusPODIVM, 2019.
- BARSTED, Leila Linhares, **Direitos Sexuais e Reprodutivos: o Direito ao Aborto Legal e Seguro**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/272.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.
- BARUFFI, Helder. Direitos Humanos e Educação: Uma Aproximação Necessária. *In: Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 8, n. 15, jan.-jun. 2006 Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/baruffi_dh_educ_aproximacao_necessaria.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo. Malheiros. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo. Malheiros, 2007.
- BELTRAME, B. Entenda o que é Microcefalia e quais são as consequências para o bebê. *In: Tua Saúde*, portal eletrônico de informações, 2016. Disponível em: <<https://www.tuasaude.com/microcefalia/>>. Acesso em 05 jun. 2020
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 jun. 2020
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em 05 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm%3E>. Acesso em 05 jun. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Entenda o que é a microcefalia. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 478, de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em 05 jun. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 19 nov. 2019.

CAMARGO, T. M. C. R. O debate sobre aborto e Zika: lições da epidemia de AIDS. *In: Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 17-27, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=. Acesso em 05 jun. 2020.

CAMPOS, Ana Silveira de Resende, **Descriminação do Abortamento**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/descriminalizacaoabortamento.htm#indice_22>. Acesso em 22 jun. 2020.

CARBONARI, Paulo César, **Viver a Democracia: Uma Breve Análise Sobre Direitos Humanos, Cidadania e Democracia**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari_dimensoes_dh.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.

CARVALHO, Ribeiro Parizi; ALBUQUERQUE, Aline. Desigualdade, Bioética e Direitos Humanos. *In: Rev. bioét. (Impr.)*, v. 23, n. 2, p. 227-237, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n2/1983-8034-bioet-23-2-0227.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

CARVALHO, Marilza Simonetti; POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. **Direito à Liberdade Feminina na Decisão pelo Aborto: uma análise circular da n. 46/2013 do conselho federal de medicina à luz dos direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d060abe1e38ab17>>. Acesso em 22 jun. 2020.

CHAVES, Alexandre. **O Fascismo no Brasil** Disponível em: <<https://alexandrechavesadv.jusbrasil.com.br/artigos/313510871/o-fascismo-no-brasil>>. Acesso em 22 jun. 2020.

COELHO, Renata, **A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira – breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 Anos do Voto Precursor de Celina Viana**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

CARLOTO, Cássia Maria; DAMIÃO, Nayara André, Direitos Reprodutivos, Aborto e Serviço Social. *In: Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 132, p. 306-325, mai.-ago. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sssoc/n132/0101-6628-sssoc-132-0306.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

COSTA, Raphael Mendonça; GIOLO, Cildo Junior. Teorias Jurídicas Acerca do Início da Vida Humana. *In: Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291>>. Acesso em 22 jun. 2020.

CUNHA, R. S. **Código Penal para Concursos**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade Sexual e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_650\)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf)>. Acesso em 22 jun. 2020.

DIAS, Norton Maldonado. A crise da teoria das gerações dos direitos nos tratados e convenções internacionais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 35, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/130>>. Acesso em 22 jun. 2020.

FOSSA, A. N.; SALIB, M. L. L. A legitimidade do aborto em casos de microcefalia – uma análise à luz da bioética. *In: I Congresso Rondoniense de Carreiras Jurídicas, ANAIS...*, Porto Velho, p. 514-540, 2016. Disponível em: <<https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongressorondoniensecj/search>>. Acesso em 22 jun. 2020.

FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. *In: Revista Direito*, [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://revistadireito.com/2013/09/30/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 22 jun. 2020.

FRANCO JR, Hilário. **O Feudalismo**. São Paulo. Brasiliense, 1983

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 2 11. ed. Niterói: Impetus, 2014.

HILL, Christopher, **O mundo de ponta cabeça**. São Paulo: Schwarcz, 1987.

HOBBSAWN, Eric John Ernet, **A Era das Revoluções**. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1977.

HOBBSAWN, Eric John Ernet, **A Era dos Extremos**. 2 ed. São Paulo. Companhia das Letras, 1995.

JELIN, Elizabeth. Mulheres e Direitos Humanos. *In: Estudos Feministas*, Florianópolis, a. 2, 1 sem. 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16293/14834>>. Acesso em 22 jun. 2020.

LEMOS, Adriana. Direitos sexuais e reprodutivos: percepção dos profissionais da atenção primária em saúde. *In: Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 101, p. 244-253, abr.-jun. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n101/0103-1104-sdeb-38-101-0244.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Anderson Petilde; VERDAN, Tauã Lima Verdán, Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, s.d. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/sexualidade-direito-e-dignidade-da-pessoa-humana-o-reconhecimento-da-liberdade-sexual-como-integrante-do-minimo-existencial/>>. Acesso 22 jun. 2020.

MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MATOS, Maureen Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino, A Evolução dos Direitos da Mulher. *In: Colloquium Humanarum*, v. 4, n. 1, 2007. Disponível em: <<https://revistas.unoeste.br/index.php/ch/article/view/223>>. Acesso em 22 jun. 2020.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *In: Sur: Rev. Int. Direitos Human.*, São Paulo, v. 5, n. 8, jun. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004>. Acesso em 22 jun. 2020.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *In: Estud. av.*, São Paulo, v. 11, n. 30, mai.-ago. 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003>. Acesso em 22 jun. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. Os Direitos Fundamentais das Mulheres à Autodeterminação e à Proteção como Limites ao Poder Punitivo: Reflexões sobre a Criminalização do Aborto no Projeto de Novo Código Penal e sobre a Proibição de Proteção Deficiente no Supremo Tribunal Federal. *In: RIDB*, a. 2, n. 8, p. 8.369-8.406, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08369_08406.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, **Direito Internacional Público: Parte Geral**. 5 ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2010

MEZZARROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da pesquisa em direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MINAYO, M. C. S. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, G. S. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Geilson. A Proteção da Sexualidade Humana, sob a Ótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *In: Revista Jurídica Direito & Realidade*, v. 4, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/808>>. Acesso em 22 jun. 2020.

OLIVA, Thiago Dias, **Minorias Sexuais Enquanto “Grupo Social” e o Reconhecimento do Status de Refugiado no Brasil**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/292143534_Minorias_Sexuais_enquanto_Grupo_Social_e_o_reconhecimento_do_status_de_refugiado_no_Brasil>. Acesso em 22 jun. 2020.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

PIOVESAN, Flávia, **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

RIOS, Roger Raupp, Para um Direito Democrático da Sexualidade. *In: Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, a. 12, n. 26, p. 71-100, jul.-dez. 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

RODRIGUES, Henrique José Alves, **Pensando Minorias Sexuais e de Gênero Sob a Perspectiva das Políticas Públicas e de Subjetivação**. 98f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Institucional) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2010. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/2883/1/tese_4275_.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.

SANTANA, Adriel; SANTORO, Bernardo, **Direitos Humanos: história, fundamentos e críticas**. Disponível em: <<https://direitoeliberdade.jusbrasil.com.br/artigos/142841209/direitos-humanos-historia-fundamentos-e-criticas>>. Acesso em 22 jun. 2020.

SILVA, Luana Emanuelli de Oliveira. Direito da Mulher e a Falta do Direito da Mulher no Oriente Médio. *In: 14 CONISC-SEMPESP, ANAIS...*, 2014, p. 1-12. Disponível em: <<http://conic-semesp.org.br/anais/files/2014/trabalho-1000018523.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A evolução dos direitos fundamentais. *In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, p. 541-558, 2005. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

SILVEIRA, Marcelo Pichioli. História e Prática do Habeas Corpus, de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *In: Empório do Direito*, portal eletrônico de informações, 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/historia-e-pratica-do-habeas-corpus-de-francisco-cavalcanti-pontes-de-miranda>>. Acesso em 22 jun. 2020.

SOVERAL, Raquel Tomé, **Direitos Humanos: por um olhar na evolução, nas dimensões e na internacionalização destes direitos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=141c3ffedc2e23e6>>. Acesso em 22 jun. 2020.

STEINMETZ, Wilson; SEGER, Juliano dos Santos, Direito à Autodeterminação Sexual e Princípio do Melhor Interesse da Criança: a Relativização da Presunção de Violência em Crimes Sexuais Contra Menores de Quatorze Anos. *In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 18, n. 18, 2015. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/661>>. Acesso em 22 jun. 2020.

TAQUETTE, Stella R. **Direitos Sexuais e Reprodutivos na Adolescência**. Disponível em: <http://adolescenciaesaude.com/detalhe_artigo.asp?id=397>. Acesso em 22 jun. 2020.

TOSI, Giuseppe, **Direitos Humanos: História, Teoria e Prática**. João Pessoa: Editora Universitária/ UFPB, 2005.

VARELLA, M. H. B. Microcefalia. *In: Dráuzio Varella*, Rio de Janeiro, 02 dez. 2015. Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/microcefalia/>>. Acesso em: Acesso em 05 jun. 2020.

VICENTE, Roberta Worm. A Descriminalização do Aborto e a Autodeterminação da Mulher ao Próprio Corpo. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52508/a-descriminalizacao-do-aborto-e-a-autodeterminacao-da-mulher-ao-proprio-corpo>>. Acesso em 22 jun. 2020.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos Direitos Fundamentais: Evolução Histórico-Positiva, Regras e Princípios. *In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20298>>. Acesso em 22 jun. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico-crítico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

WICHTERICH, Christia, Direitos Sexuais e Reprodutivos. Disponível em: <http://www.mobilizadores.org.br/wpcontent/uploads/2016/02/boll_direitos_sexuais_reprodutivos_1.pdf>. Acesso em 22 jun. 2020.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** Disponível em: <<https://meusitejuridico.jusbrasil.com.br/artigos/742715706/em-que-consistem-e-quais-sao-as-geracoes-de-direitos-fundamentais?ref=serp>>. Acesso em 22 jun. 2020.

ZOGHBI, Sérgio, **Dimensões dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/499244953/dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 22 jun. 2020.