RODRIGO BERNARDES DIAS

**A INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS
AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

TESE DE DOUTORADO

**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
2012**

RODRIGO BERNARDES DIAS

**A INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS
AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Tese apresentada à Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como condição parcial para obtenção do título de Doutor, sob a orientação do Professor Dr. Alexandre de Moraes.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2012

Banca Examinadora:

À minha mãe, começo, meio e fim.

À Paula, paralela sobreposta.

À Júlia e ao Arthur, que me ensinam a recomeçar.

RESUMO

A presente tese tem como objeto o processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, por meio de uma análise crítica da realidade social existente (no âmbito nacional e internacional), bem como das bases filosóficas subjacentes às posições divergentes sobre o tema, concluindo já estarem presentes, nos principais textos normativos de direitos humanos fundamentais, no âmbito das Nações Unidas, os mais importantes princípios éticos que se entendem aplicáveis à normatização do sexo pelo direito, em todos os níveis de governo, no atual estágio civilizatório, bem como propor balizas para a atuação, por parte dos poderes constituídos, com vistas à consolidação deste processo.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the process of incorporation of sexual rights into the concept of fundamental human rights, by means of critically examining the existing social reality (international and local), as well as the underlying philosophical basis of the incompatible existing positions on the issue, concluding that the ethical principles applicable to the regulation of sex by law are already present in the main international human rights documents executed within the United Nations system, suggesting guiding principles, to all levels of government, in order to consolidate that process.

RÉSUMÉ

Cette recherche essaie de analyser le processus de incorporation des droits sexuels dans le concept des droits humains fondamentaux, à travers d'un examen critique de la réalité sociale existante (à l'échelle internationale et locale), ainsi que la base philosophique que sous-tendent les positions divergentes sur cette question, concluant que le plus importants principes éthiques desirables pour la regulation du sexe par le droit, dans l'état actuel de la civilisation, sont déjà présentes dans les principaux documents des droits humains signées au sein de l'Organisation des Nations Unies, en tant que proposant une guide pour l'exécution, par des pouvoirs en place, à tous les niveaux, des principes que permeterrons consolider ce processus.

A injustiça que se faz a um é uma ameaça que se faz a todos. A injustiça que se comete em um lugar, é uma ameaça à justiça em todos os lugares.

Martin Luther King

SUMÁRIO

Introdução.....	10
I – Sexo no Século XXI: antigos problemas, novos desafios.....	14
1.1. A importância do sexo.....	14
1.2. As várias dimensões do sexo.....	16
1.3. Instinto, cultura, conflitos e modernidade.....	18
1.4. Sexo no Século XXI: um (nem sempre) admirável mundo novo.....	21
1.5. A ausência de paradigmas – a crescente politização e judicialização do sexo.....	33
1.6. A necessária contribuição do Direito: as dificuldades e limitações inerentes ao estudo do tema	45
1.7. Em buscas de definições: dificuldades epistemológicas e conceitos básicos.....	52
1.7.1. Dificuldades Epistemológicas.....	52
1.7.2. Conceitos Básicos.....	57
II – Sexo e Direito: a história de uma relação muito íntima.....	70
2.1. Introdução e conceitos fundamentais.....	70
2.2. A História do Sexo e sua interação como Direito.....	82
2.2.1. A Pré-história.....	82
2.2.1.1. O Paleolítico.....	82
2.2.1.2. O Mesolítico.....	91
2.2.1.3 O Neolítico.....	97
2.2.2. A Idade antiga (4.000 a.C. a 476 d.C.).....	99
2.2.3. A Idade média (476. d.C. a 1453 d.C.).....	122
2.2.4. A Idade Moderna (1476. d.C. a 1789 d.C.).....	130
2.2.5. A Idade contemporânea (1789 d.C. a 1945 d.C.).....	136
2.2.6. A Idade pós-industrial (iniciada em 1945 d.C.).....	162
2.2.7. A História do Sexo e do Direito no Brasil.....	165
III – Direitos Sexuais: teorias, conflitos e soluções.....	171
3.1. Introdução.....	171
3.2. A necessidade de regulamentação do sexo pelo direito.....	173
3.3. Fundamentação teórica dos direitos humanos fundamentais - questões preliminares.....	176
3.4. A natureza comum dos direitos sexuais e dos direitos humanos fundamentais.....	189
3.5. Os direitos sexuais e seus descontentes.....	214
3.5.1. Os tradicionalistas.....	216
3.5.2. Os progressistas.....	258
IV – Um Novo Paradigma: a efetiva incorporação dos direitos sexuais pelos direitos humanos fundamentais.....	316
4.1. Introdução.....	316
4.2. O atual estágio do processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais.....	319
4.3. Direitos sexuais e as bases de um novo paradigma.....	328
Análise de um <i>hard case</i> : o casamento homoafetivo.....	357
Síntese Conclusiva.....	379
Referências.....	382

INTRODUÇÃO

Em um provocante editorial, o New York Times questionou a crescente inabilidade das pessoas da sociedade atual em pensar de forma crítica e racional, apesar do enorme influxo de informações a que são submetidas diariamente. Ao invés de aguçar e desenvolver a curiosidade intelectual, tal estado de coisas aparentemente contribui para embuti-la, pois “vivemos numa era pós-iluminista aonde a racionalidade, a ciência, as provas, a argumentação lógica e o debate perderam a batalha em muitos setores, e talvez na sociedade como um todo, para a superstição, a fé, a opinião e a ortodoxia. Embora continuemos a fazer enormes avanços tecnológicos, talvez sejamos a primeira geração que retrocedeu, abandonando modos avançados de pensar para formas antigas de crenças”.¹

Este trabalho, entretanto, tem um claro viés de resistir a tal tendência, pois é um convite ao pensamento e a reflexão equilibrada sobre o sexo que, dentre os temas debatidos atualmente, parece aquele que mais necessita de uma discussão séria, desapaixorada e racional, sobretudo ancorada em sólido conhecimento científico.

Richard Allen Posner, jurista norte-americano internacionalmente reconhecido por suas relevantes contribuições à análise econômica do direito, há cerca de vinte anos, quando da publicação de sua clássica obra *Sex and Reason*, afirmou, em tom de brincadeira, que quem escreve sobre sexo deve explicar muito bem a escolha do tema, sob pena de ser acusado de fazê-lo somente por conta de seus próprios interesses lascivos.

Contudo, desde que o grande jurista escreveu estas palavras, o número de livros escritos sobre sexo e suas relações com o direito vem crescendo de forma exponencial. Em consequência, atualmente é cabível não apenas uma explanação das razões que nos levaram a escolher o tema, mas também daquelas que nos levam a crer que possamos, de alguma forma, contribuir ao amplo debate em curso.

¹ GABLER, Neal. *The Elusive Big Idea*. New York Times, Nova York, 14.08.2011. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/08/14/opinion/sunday/the-elusive-big-idea.html>. Acesso em 15.08.2011.

Assim sendo, comecemos com o próprio Posner.

Em 2007, tivemos a oportunidade de assistir a uma palestra sua no auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown, quando ficamos impressionados com seu brilhantismo e estatura intelectual, inversamente proporcionais à sua aparente fragilidade física. No dia seguinte, acanhados por sabermos tão pouco acerca das idéias da chamada “Escola de Chicago”, que pareciam ser do conhecimento de todos os demais colegas norte-americanos, buscamos na biblioteca algumas obras daquele mestre, por simples curiosidade intelectual.

Surpreendentemente, um dos livros mais celebrados daquele jurista excepcional, bem como grande número de seus artigos científicos, tinham como tema a sexualidade humana, sua regulamentação pelo direito e as questões econômicas conexas, o que nos pareceu surpreendente, principalmente porque *prima facie*, sexo, direito e economia eram assuntos que pareciam ter muito pouco em comum do ponto de vista acadêmico.

A leitura de *Sex and Reason*, entretanto, mostrou-nos que as interações recíprocas entre tais áreas são intensas e que algumas das questões mais importantes do direito nas últimas décadas têm girado em torno dos direitos sexuais, a tal ponto que alguns dos maiores juristas do mundo, como H. L. A. Hart, Chaim Perelman e Ronald Dworkin, dentre outros, se dedicaram à análise do assunto.

Nascido no Brasil, um país no qual a maioria da população convive com sua sexualidade de forma relativamente natural e espontânea, a curiosidade pelo tema foi aguçada pela diferença da abordagem adotada pelos norte-americanos, que nos pareceu sempre desproporcional e incompreensível. Com efeito, apesar de os Estados Unidos serem um país fundado sobre a idéia de liberdade, apresentam um histórico de leis draconianas contra o sexo e a liberdade sexual, sendo que a simples visão de um seio nu em um programa de televisão pode causar reações históricas em parcela considerável da população (ainda mais naquele

período de extremo conservadorismo, marcado pelo ocaso da segunda administração de George W. Bush).

No entanto, as relações entre sexo e o direito são (e sempre foram) muito mais complexas e amplas do que poderia supor o leitor de primeira viagem, abrangendo um grande número de áreas tanto do direito público quanto do privado. Atualmente, quando se fala, numa mesma frase, sobre sexo e direito, a maioria das pessoas se recorda automaticamente de questões objeto de amplo debate na mídia na atualidade, como o casamento homoafetivo ou a necessidade de coibir a pornografia infantil na Internet. Contudo, se é certo que tais questões existem e estão na ordem do dia, o fato é que um estudo mais aprofundado do tema demonstra que o sexo e direito se intersectam em um número muito maior de situações que afetam nossa vida cotidiana.

As últimas décadas foram marcadas por inúmeras evoluções sociais, tecnológicas e científicas, que revolucionaram nossa maneira de conceber tanto o sexo como o direito, criando incertezas e causando dúvidas, especialmente diante da ausência de consenso com relação às idéias básicas sobre ambos os temas.

De um lado, se é lícito afirmar que as tradicionais correntes jusnaturalista e positivista do direito não mais podem ser aceitas de forma absoluta, também é certo que nenhuma das diversas vertentes da filosofia do direito abrangidas pelo termo “pós-positivismo”, com toda sua riqueza de novas idéias sobre a concepção, interpretação e aplicação do direito, se firmou como paradigmática.

Por outro lado, no tocante ao sexo, as questões que se levantam ainda são mais prementes vez que, no espaço de poucas décadas, eventos como o advento da pílula anticoncepcional, a pandemia da AIDS, a liberalização dos costumes, a crescente politização em torno dos direitos de algumas minorias sexuais, dentre muitos outros, alteraram completamente nossa maneira de concebê-lo. Ademais, um conjunto crescente de teorias concorrentes sobre a sexualidade humana, que iniciou rupturas epistemológicas ainda incompletas, passou a ser discutido cada vez mais publicamente, o que veio a aumentar ainda

mais a complexidade do tema. Tal ordem de fatos gerou um quadro de dúvidas e incertezas, no qual temos, no mais das vezes, real dificuldade em dizer o que é efetivamente certo, errado, aceitável ou simplesmente inócuo, quando falamos de comportamento sexual.

Este estágio de ruptura com idéias fundamentais, até pouco tidas como verdades absolutas, bem como da ausência de paradigmas seguros e universalmente aceitos, tanto na ciência do direito quanto na sexologia, é o que torna o estudo da relação entre ambos tão instigante e desafiador, motivando-nos à realização do presente trabalho, que reflete nossas posições e propostas e por meio do qual acreditamos que possamos contribuir ao aperfeiçoamento da produção doutrinária já existente, mas ainda escassa, diante da complexidade e importância do tema.

Vale dizer que, diante da vastidão da matéria bem como de nossas limitações pessoais, adiantamos que eventuais críticas serão bem vindas.

Por fim, com a devida humildade, acreditamos que a presente obra, ainda que modesta, também terá sua função, nem que seja tão somente estimular a discussão. Se, como ensinou Machado de Assis, “o verbo é a origem de todas as reformas”, também é certo que, como diziam os romanos, *gutta cavat lapidem*², razão pela qual confiamos que cada uma das pequenas contribuições individuais é essencial ao desenvolvimento coletivo, como tijolos que terminam por formar uma grande estrutura, cuja utilidade ultrapassa a simples soma de suas partes.

Estamos seguros que, se cada um de nós, em sua respectiva área de atuação, efetivamente contribuir com o seu tijolo, ainda que pequeno, assim como tentamos fazer por meio do presente trabalho, estaremos seguramente no caminho da construção de um mundo mais ético, mais justo e mais digno.

² A gota cava a pedra.

I

SEXO NO SÉCULO XXI: ANTIGOS PROBLEMAS, NOVOS DESAFIOS

*On résiste à l'invasion des armées,
on ne résiste pas à l'invasion des idées.*

Victor Hugo

1.1. A IMPORTÂNCIA DO SEXO

Napoleão costumava afirmar, de forma espirituosa, que “*na vida, há duas coisas importantes, uma é o sexo e a outra... não tem importância*”.³ Em verdade, nas palavras de uma saudosa humorista brasileira, nem sequer é preciso se estudar Freud ou sexologia para chegarmos à conclusão de que todo mundo só pensa “naquilo”.⁴ Com efeito, ambos têm razão, sendo verdade inegável e insofismável que o sexo é realmente fundamental.

Sem sexo, por óbvio, a humanidade não poderia se perpetuar, ou sequer existiria, pois o sexo precede os seres humanos e, conseqüentemente, qualquer manifestação cultural, artística ou científica. O sexo precede o Direito e também o Estado. É, portanto, essencial. É natural. É vital. É *conditio sine qua non*. Em outras palavras, “sem sexo, a espécie humana não poderia perdurar, pois sua sobrevivência depende do sexo. Então, no grande esquema das coisas, o sexo é muito importante”.⁵

³ WIKIQUOTE. Disponível em: www.es.wikiquote.org/wiki/sexo. Acesso em 10 de out. 2010.

⁴ Referência ao clássico bordão da personagem Dona Bela, interpretada pela da humorista Zezé Macedo no programa humorístico “Escolinha do Professor Raimundo”, de Chico Anysio, que foi apresentado durante 38 anos pela televisão brasileira.

⁵ ABRAMSON, Paul R., PINKERTON, Steven D.; HUPPIN, Mark. *Sexual Rights in America*. Nova York: New York University Press, 2003, p. 01.

Tão importante, na verdade, que nos parece desnecessário questionarmos qual, dentre todas as palavras existentes, é a mais procurada na Internet...⁶

Em sua dimensão biopsicológica, em especial, o sexo é inato, derivando das leis da natureza, motivo pelo qual muitos juristas o consideram um direito natural, na acepção jurídica da expressão, vez que o desejo de nos expressarmos sexualmente é inerente à natureza humana e existiria independentemente de seu reconhecimento por contratos sociais, nas formas filosoficamente concebidas.⁷

Por ser tão atávico, o sexo é, evidentemente, essencial para nossa felicidade, motivo pelo qual os modernos doutrinadores do direito defendem que os direitos sexuais são tão importantes quanto quaisquer outros direitos fundamentais doutrinariamente consagrados, como, por exemplo, o direito à privacidade ou à liberdade de expressão.⁸

De fato, se a felicidade abrange uma constelação de diferentes necessidades, que vão da satisfação de necessidades materiais e físicas, tais como comida e abrigo, até outras mais complexas da mente e da carne, por evidente que o sexo é um de seus componentes essenciais. Não é por outro motivo que ABRAMSON é incisivo ao afirmar que “o direito individual de escolher como, quando, e com quem expressar nossa sexualidade é um direito natural crítico para nossa felicidade e realização como seres humanos”.⁹

Portanto, para promover a felicidade de seus cidadãos, qualquer governo com legitimidade tem o dever de respeitar seus prazeres, inclusive os sexuais, ou quando menos não interferir de forma indevida na sua busca. Nesse diapasão, a liberdade sexual, acrescentamos, é essencial para a felicidade da sociedade como um todo,¹⁰ e não apenas dos indivíduos, pois o sexo tem uma clara dimensão social, sendo uma das principais vias pela

⁶ A palavra sexo é a mais procurada na Internet. (Cf. LEVINE, Deborah. Surfing for Health Sexualities. In: HERDT, Gilbert; HOWE, Cymene (Ed.). *21st Century Sexualities*. Nova York: Routledge, 2007, p. 55.

⁷ ABRAMSON *et al*, *op. cit.*, p. 75.

⁸ *Ibid*, p. 01.

⁹ *Ibid*, p. 77.

¹⁰ *Ibid*, p. 73.

qual nossos corpos assumem uma dimensão pública, que pressupõe relações e a convivência mútua com os demais membros da sociedade na qual o indivíduo se insere.

Corolário lógico destes parágrafos iniciais é que o sexo faz parte integral da felicidade e do bem estar humano,¹¹ motivo pelo qual se pode afirmar, agora também com base legal¹², ter a dignidade, base de todos os direitos humanos fundamentais, também uma dimensão sexual.

1.2. AS VÁRIAS DIMENSÕES DO SEXO

Em razão de sua natureza multifacetada, a par da dimensão biopsicológica, o sexo também tem uma importantíssima dimensão sociocultural, motivo pelo qual “a sexualidade é o espaço onde fica mais evidente o paradoxo entre o isolamento e convivência, entre a vulnerabilidade e o poder do corpo, entre a nossa paixão pela liberdade e a nossa irrevogável conexão com os outros”.¹³ Essa permanente tensão entre os nossos desejos e os dos outros membros do corpo social é ínsita a todas as questões envolvendo o sexo, razão pela qual os direitos sexuais não têm caráter absoluto, significando, em seu cerne, “a liberdade de o indivíduo conduzir sua atividade ou vida sexual de tal maneira que não lese igual liberdade dos outros”.¹⁴

O conteúdo social do sexo e da sexualidade vem sendo cada vez mais ampliado, em virtude de seguidos saltos epistemológicos no tocante à compreensão do tema, iniciados no século XIX e ainda em curso, tendo se expandido dramaticamente na última geração, passando a incluir “não apenas sexo, mas também identidades de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução”.¹⁵

¹¹ *Ibid*, p. 01.

¹² Fazemos referência à Lei nº 12.015/09 que, alterando o Código Penal utilizou-se, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, da expressão “dignidade sexual”, ao alterar o Título VI daquele estatuto para “DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL”.

¹³ CORRÊA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard.; *Sexuality, Health and Human Rights*: Nova York: Routledge, 2008, p. 154.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 52.

¹⁵ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 01.

Como iremos analisar de forma mais detalhada no curso do presente trabalho, o sexo, exatamente por suas várias dimensões, tem grande interação com outras áreas da vida humana, de maneira que, analisá-lo de forma apartada de outras realidades, é incabível para quem se dedica a enfocar o tema com seriedade, vez que o sexo sempre reflete fatores biológicos, sociais, culturais, políticos e econômicos.¹⁶

Destarte, a proteção dos direitos sexuais se vincula estreitamente a conceitos como cidadania, justiça e saúde,¹⁷ vez que a sexualidade é modelada por forças sociais e políticas conectando-se de maneira importante com relações de poder em função de classe, raça e, especialmente, gênero¹⁸, razão pela qual, ensina ALTMAN, a idéia da liberdade sexual é parte integral da idéia de liberdade política e social.¹⁹ Em verdade, na lição de CORRÊA, “os direitos sexuais têm dimensões políticas e econômicas”,²⁰ dentre outras, que não podem ser ignoradas quando se analisa o tema, que se caracteriza não apenas como uma realidade empírica, mas como a complexa construção de muitos arcabouços discursivos. O sexo, portanto, deve ser compreendido como sendo fruto de uma elaborada construção sociocultural, inclusive envolvendo questões de cunho econômico e político, “não se referindo apenas a corpos e desejos, mas também a economias, sistemas de governança, normas culturais e religiosas, estruturas de parentesco, e à dinâmica de poder entre todas estas questões”.²¹

Por essas razões, o sexo, em sua acepção mais ampla, se constitui em elemento básico que desencadeia uma série de efeitos na vida cotidiana dos indivíduos, afetando áreas importantíssimas da vida, tais como o efetivo acesso a serviços de saúde, educação e segurança, dentre outros essenciais para a efetivação de uma vida plena e de uma existência digna.

¹⁶ ALTMAN, Dennis. *Global Sex*. Chicago: Chicago University Press, 2001, p. 02.

¹⁷ BUGLIONE, Samatha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica, um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da America Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 92.

¹⁸ MOTTIER, Véronique; *Sexuality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 02.

¹⁹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 160.

²⁰ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 220.

²¹ *Ibid*, p. 07.

Devido à sua importância e incontáveis ramificações em diversos aspectos da vida em sociedade, não é de surpreender que contenciosos envolvendo o sexo se reflitam em muitas questões constitucionais fundamentais, razão pela qual vêm eles sendo uma realidade exaustivamente escrutinada e debatida em nossa cultura, bastando o acesso a qualquer meio midiático para se verificar que a cidadania tem sido progressivamente sexualizada e o discurso sexual está saturando a esfera pública como objeto de contestação política e representação cultural.²²

Independente das posições que se tenha sobre a questão, fato inegável é que atualmente o sexo e suas manifestações são ubíquos, pois vivemos em um “tempo em que o sexo parece estar em todos os lugares a nossa volta – na cultura popular, na mídia, na Internet, no aumento e ressurgimento da religião, mas também na trágica marcha da guerra e nas ações de governos e Estados”.²³

1.3. INSTINTO, CULTURA, CONFLITOS E MODERNIDADE

Sendo o sexo uma realidade, tão importante e natural, que acompanha a humanidade desde seus primórdios, seria lícito se supor que não tivéssemos qualquer coisa nova a estudar sobre o assunto e que todos os contenciosos sobre o mesmo já tivessem sido há muito pacificados, no decorrer da evolução humana, não parecendo lógica, à primeira vista, a existência, na atualidade, de tantas discussões e desacordos sobre o tema.

Surpreendentemente, entretanto, a realidade aponta em sentido diametralmente oposto, pois cada vez mais o sexo é a causa de problemas, perplexidades e instabilidade na sociedade contemporânea, parecendo haver cada vez menos concordância acerca de questões básicas sobre o mesmo.

²² COSSMAN, Brenda; *Sexual Citizens*. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 195.

²³ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 01.

Contudo, como veremos, não é muito difícil entender este estado de coisas, bem como as razões pelas quais isso veio a ocorrer. Tal situação conflituosa é gerada, segundo explanaremos, por nossa inabilidade em reagirmos satisfatoriamente, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, às alterações vertiginosas ocorridas no ambiente em que vive o homem contemporâneo e que afetam diretamente o sexo e a sexualidade. Em suma, nossos instintos naturais e nossas tradições culturais não conseguem se adaptar, com a velocidade necessária, as alterações do ambiente físico e sociocultural.

Assim sendo, a primeira fonte dos problemas relativos ao sexo atualmente observáveis deriva do fato de ser o sexo, em relação ao seu substrato biopsicológico, um instinto básico dos seres humanos, desenvolvido, durante milênios, para se adaptar às condições de vida absolutamente diversas daquelas na qual a esmagadora maioria das pessoas vive atualmente, gerando uma situação paradoxal e potencialmente problemática: o homem das grandes metrópoles, que vai à lua, usa cotidianamente a Internet e desvenda o próprio genoma, é o mesmo cujos instintos sexuais não divergem muito daqueles dos primeiros hominídeos!

Com efeito, desde que se iniciou o processo civilizatório, a humanidade começou a alterar a realidade à sua volta de forma muito mais célere do que nossa evolução biológica poderia acompanhar. Tais alterações artificiais no ambiente, intensificadas a níveis sequer imagináveis nas décadas recentes, tem levado a situações inusitadas, pois ainda nos comportamos, relativamente a diversos aspectos das nossas vidas, guiados por instintos e impulsos naturais que não mais fazem o menor sentido no ambiente em que atualmente vivemos.

Os exemplos são óbvios e gritantes. Impulsionado por um apetite voraz e um corpo que está programado para armazenar, na forma de gordura, a energia em excesso obtida por meio da alimentação, o homem moderno tornou a obesidade, quase inexistente antes do

século XX,²⁴ num dos maiores problemas de saúde pública do mundo, tendo inclusive sido considerada formalmente, pela Organização Mundial de Saúde, como uma epidemia global.

A mesma incapacidade de adaptação, em menor grau, se aplica às questões socioculturais relativas ao sexo, vez que nossa cultura sexual foi construída em milhares de anos de civilização nos quais: (i) as condições ambientais eram radicalmente diferentes; (ii) não tínhamos ainda a exata compreensão de muitos dos aspectos biológicos básicos do sexo e; (iii) ainda não existiam as tecnologias que alteraram radicalmente as condições em que o sexo ocorre na atualidade.

Assim, por exemplo, a necessidade do homem de se assenhorar do controle da vida sexual de sua parceira, como forma de garantir a exclusividade de acesso sexual, um comportamento sancionado e estimulado por milênios de tradição cultural, certamente fazia todo o sentido num mundo no qual essa era a maneira mais segura (ou talvez a única) de se certificar da paternidade da prole.

Contudo, este mesmo comportamento não faz mais sentido nesta época na qual métodos anticoncepcionais e testes genéticos de paternidade são uma realidade. Entretanto, vez que tal padrão comportamental se consolidou em milênios de tradição cultural, claro está que, hoje em dia, tanto os homens como a sociedade continuam a valorizar a fidelidade sexual (em particular por parte das mulheres), reforçando padrões culturais surgidos em condições muito diferentes das atuais.

Essa inesperada desconexão entre nossos instintos e tradições culturais *vis-à-vis* as realidades do mundo moderno, em nosso entendimento, são as principais fontes dos conflitos e problemas que enfrentamos no tocante ao sexo.

²⁴ Informações sobre as características epidemiológicas da obesidade podem ser encontradas no sítio oficial da Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <http://www.who.int/topics/obesity/en/>. Acesso em 20.10.2010.

1.4. SEXO NO SÉCULO XXI: UM (NEM SEMPRE) ADMIRÁVEL MUNDO NOVO

Nas últimas décadas, impulsionadas pelo acelerado desenvolvimento da tecnologia e da ciência, exacerbadas por um já adiantado processo de globalização, uma série de alterações, todas elas simultâneas e interdependentes, transformaram radicalmente o mundo e a forma como vivemos. Tais mudanças tiveram efeitos abrangentes e profundos na sociedade, revolucionando a forma de viver do homem contemporâneo e tornando muitos de nossos instintos e tradições culturais, em um curto espaço de tempo, simplesmente obsoletos.

O sexo, como não poderia deixar de ser, foi uma das áreas mais afetadas, sendo que num período de pouco menos de um século, em particular no mundo ocidental, praticamente todas as idéias estabelecidas sobre o tema, fruto de um relativo consenso histórico que durava já vários séculos, como veremos com mais detalhes no capítulo seguinte, foram, uma a uma, questionadas, alteradas e, muitas vezes, totalmente subvertidas.

Dentre os fatores que geraram esta situação, ao longo deste período, destacamos: (i) a alteração das condições econômicas, tecnológicas e políticas existentes no mundo, em particular o aprofundamento das alterações econômicas iniciadas pela revolução industrial ao redor do globo e a supremacia do sistema capitalista; (ii) o aumento da compreensão humana sobre o sexo, que se constituiu em um verdadeiro salto epistemológico acerca do tema; (iii) a emancipação das mulheres em todas as áreas da vida, megatendência ainda em curso, que além de mudar as estruturas de poder e a maneira como metade da população vive, resultou no fato de que a outra metade - no mais das vezes, a contragosto - tivesse que se adaptar a essa nova realidade; (iv) uma progressiva secularização da sociedade e contestação de valores tradicionalmente aceitos com base em preceitos de ordem religiosa; (v) uma revolução sexual iniciada na década de 1960, que incluiu uma radical alteração dos padrões de comportamento sexual; (vi) o início da emancipação de minorias sexuais antes ignoradas; (v) a invenção de anticoncepcionais mais efetivos; (vii) o surgimento da AIDS; (viii) o advento da “sociedade da informação” e a popularização dos meios de comunicação em massa, em particular a televisão e, posteriormente, a Internet e; (ix) a aceleração do processo de globalização.

Tais mudanças levaram a uma atualidade muito conflituosa e confusa, na qual não existem paradigmas universalmente aceitos (ou ao menos compartilhados por uma ampla maioria), sobre praticamente nenhuma questão relacionada ao sexo.

É quase impossível acreditar no alcance e na profundidade das mudanças ocorridas. Para exemplificar, pensemos numa pessoa nascida no Brasil, no início da década de 1930. Educada num mundo muito mais provinciano, em que a água era limpa e o sexo era considerado “sujo”, no qual as mulheres eram ensinadas a serem submissas aos homens, trabalhavam em “casa” e não tinham direito de votar. O casamento, único espaço legítimo para o exercício da sexualidade, era praticamente indissolúvel, sendo norma o recato e a discrição sobre a vida sexual. A gravidez de uma mulher solteira causava escândalo (ainda não existia pílula anticoncepcional) e a homossexualidade era quase que unanimemente vista como algo moralmente reprovável. A maior parte das pessoas realmente acreditava nas normas morais impostas pela tradição católica da maioria da população do país e a virgindade, por mais absurdo ou inimaginável que isso possa parecer atualmente, era realmente levada a sério!

Passemos ao início do século XXI. Todos estes conceitos parecem ser algo de um mundo imaginário e distante para os netos desta mesma pessoa, nascidos no final da década de 1980. Eles, que iniciaram suas vidas sexuais ainda adolescentes, no seu próprio quarto, com o consentimento dos pais, participam de manifestações em favor do direito das minorias sexuais (ao lado de outros milhões de pessoas), trocam informações sobre sexo livremente com pessoas de qualquer lugar do planeta, têm acesso a todos os tipos possíveis e imagináveis de material pornográfico mediante um simples *click* do seu *mouse*. Podem assistir a qualquer hora do dia ou da noite a programas televisivos, de caráter educativo ou lúdico, nos quais se fala, com naturalidade, sobre assuntos que antes sequer eram discutidos na intimidade da família, tais como masturbação, a forma correta de se utilizar preservativos, preferências sexuais etc. Isso quando o programa não é apresentado por um transexual!²⁵

²⁵ Referência feita ao programa televisivo de variedades, intitulado “De noite na cama”, transmitido pela TV a cabo, no início da década de 2000, que tinha como apresentadora a transexual Roberta Close.

Apenas estas constatações preliminares nos permitem concluir que, quando o assunto é sexo, é lícito afirmar que, durante as últimas décadas, fizemos uma transição similar àquela ocorrida, por exemplo, na área dos transportes, quando passamos, num curto espaço de tempo, da charrete ao ônibus espacial.

Não é de se estranhar, portanto, que nem nossos instintos, nem nossas tradições socioculturais tenham nos preparado para a realidade do sexo na atualidade e, seria realmente impossível imaginar que, diante de tantas mudanças, não surgissem problemas, dúvidas e perplexidades.

Particularmente interessante é notar que o Direito, recurso último de garantia da pacificação e da ordem social, cada vez mais chamado a resolver estes problemas, não se encontra preparado para tanto. É como se a Têmis, subitamente subtraída de suas vendas, após muitos séculos na escuridão, por pudor ou desorientação, ainda procurasse encontrar um sentido de tudo novo que vê...

Diante desta perplexidade, é cabível fazermos um breve diagnóstico sobre o sexo no mundo contemporâneo, nesta fase inicial, sem qualquer juízo de valor. É preciso salientar que tais constatações, diante de uma realidade que se altera rapidamente, refletem a situação que vivemos no início desta segunda década do século XXI e procuram descrever, de forma sucinta, particularidades e traços marcantes que singularizam o fenômeno sexual na atualidade. A maior parte dessas características é consequência da rápida, mas quase sempre problemática tentativa de adaptação do sexo (em todas as suas dimensões) às alterações trazidas pela ciência e tecnologia, pela mudança dos padrões socioculturais, bem como pelas profundas mudanças políticas e econômicas as quais atravessamos (incluindo o estabelecimento de uma sociedade da informação, cada vez mais globalizada e interdependente).

A primeira notável característica do sexo na atualidade, fenômeno integralmente inédito na história da civilização, é o altíssimo grau pelo qual ele é influenciado pela tecnologia, que o transformou de várias maneiras. Dentre as mudanças trazidas pelo

desenvolvimento tecnológico, talvez a mais importante e radical, com implicações ainda imprevisíveis para toda a humanidade, tenha sido o fato de que as inovações na área das ciências biológicas e correlatas permitiram a absoluta desvinculação entre sexo e reprodução, por meio da invenção de métodos anticoncepcionais confiáveis e de novas técnicas de reprodução assistida.

O sexo que, por motivos óbvios, sempre foi vinculado à procriação, deixou subitamente de sê-lo para aqueles que o querem. Tal fenômeno, extremamente recente em termos históricos, como ensina MOTTIER, decorre “de evoluções importantíssimas na área do controle da natalidade, em particular a invenção e popularização da pílula anticoncepcional, separando para sempre sexo e reprodução, o que ensejou uma transformação nas condições da sexualidade feminina e, em consequência, da sexualidade masculina”.²⁶

Da mesma forma, a reprodução não mais depende do sexo, vez que inúmeras novas tecnologias afeitas à inseminação artificial foram desenvolvidas, a ponto de se poder gerar uma nova criança sem que ninguém tenha feito sexo (ou sequer se conhecido, como no caso de doação de óvulos ou esperma). Consequentemente, expressões relativas às várias formas de reprodução assistida, tais como “fertilização *in vitro*”, “embriões congelados” e “barriga de aluguel”, conceitos inexistentes até há pouco tempo, fazem hoje parte de nosso cotidiano.

A possibilidade de controle da reprodução, em especial por meios a cargo das mulheres, gerou grandes consequências do ponto de vista social vez que, passando a exercer controle mais efetivo sobre sua sexualidade e de eventual gravidez, elas atingiram maior liberdade sexual, que se refletiu em todos os campos da vida, em particular na sua relação com os homens. Ademais, tal poder de decisão sobre se (e quando) engravidar (bem como o desenvolvimento de tecnologias que permitem às mulheres gerarem filhos em idades mais avançadas), teve também consequências diretas em suas vidas profissionais, que agora podem ser planejadas, facilitando sobremaneira o processo de emancipação das mulheres na

²⁶ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 56.

sociedade, movimento social ainda em curso, e que atualmente se consolida na maior parte dos países do mundo.

Uma segunda novidade que afeta profundamente o sexo na atualidade é que o desenvolvimento científico também permitiu que passássemos a melhor compreendê-lo. Além de conhecermos mais detalhadamente o desenvolvimento do corpo humano e o funcionamento biológico do sexo, hoje temos uma ampla gama de conhecimentos sobre disfunções e doenças sexuais que possibilitaram uma melhor compreensão do sexo pelas pessoas, dissipando milênios de mitos e crendices infundadas.

Esta progressiva desmistificação do sexo permitiu que o mesmo, aos poucos, fosse deixando de ser um assunto proibido e envolto em mistério, virtualmente colocando em cheque uma longa tradição de obscurantismo e abrindo espaço para o surgimento de uma abordagem mais racional e menos moralista do tema, baseada mais em informações científicas do que em dogmas religiosos, criando as condições necessárias à ocorrência de um verdadeiro salto epistemológico, ainda em curso, acerca da exata compreensão do sexo em todas as suas dimensões.

Um terceiro fato digno de nota é a maneira como o desenvolvimento científico está permitindo que os seres humanos alterem seus próprios organismos e/ou exerçam influência sobre seu funcionamento, em questões diretamente ligadas ao sexo e à saúde sexual.

Atualmente, existe um grande número de recursos que possibilitam prevenir, diagnosticar, tratar e/ou curar uma série de doenças sexualmente transmissíveis, possibilitando o exercício de uma vida sexual mais saudável para aqueles que têm acesso aos mesmos (que, infelizmente, representam apenas uma parcela da população mundial).

Também o corpo humano e seu funcionamento passaram a ser objeto de mudanças, algumas claramente relacionadas a questões sexuais: as mulheres têm à sua disposição um sem número de técnicas de cirurgia plástica, dentre outras, para esculpir o corpo, aumentar os seios e lábios, suavizar os sinais da idade, tornando-as, supostamente, mais

atraentes. Os homens, por sua vez podem se submeter a cirurgias estéticas que tornem sua aparência mais máscula, utilizar substâncias químicas (legais ou não) que ajudam o desenvolvimento de uma musculatura saliente, fazer implante de cabelos, seguir tratamentos hormonais, etc. Esteroides e silicone são usados ao redor do mundo para alterarem corpos, conformando-os a um determinado padrão de beleza e, auxiliados por dietas, ginástica e uso de novas drogas, estão produzindo novos tipos de corpos.²⁷ Já existem inclusive técnicas e procedimentos de cunho exclusivamente íntimo e sexual como, por exemplo, cirurgias para o aumento peniano ou plásticas para os lábios vaginais, dentre outras.

A magnitude das mudanças corporais às quais se submetem atualmente muitas pessoas parece passar despercebida, ou tende a ser minimizada, pelo fato de serem tão ubíquas,²⁸ mas não há como negar que elas são impressionantes: basta assistir a um filme com Mae West ou Rodolfo Valentino, símbolos sexuais no auge de suas carreiras, há apenas algumas décadas atrás, e compará-los a seus homólogos atuais, que usam toda a espécie de métodos disponíveis para alterar sua aparência, para verificarmos, com grande assombro, como a tecnologia tem alterado, literalmente, o corpo humano. Nos casos mais exagerados, em que partes do corpo desproporcionalmente grandes ou a aparência de feminilidade/masculinidade exagerada são o elemento marcante, chegam a ser criadas celebridades instantâneas, sendo as garotas nomes de frutas e rapazes com nome de cachorros aquelas mais comuns...

A par do exposto, a tecnologia permitiu inclusive, que as pessoas mudem de sexo, por meio de operações denominadas tecnicamente de “operações de transgenitalização” (*sex reassignment surgeries*), que seguidas de uma série de outros tratamentos, inclusive hormonais, permitem que os indivíduos adquiram uma aparência física praticamente idêntica a do sexo biológico oposto ao que nasceram.

²⁷ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 60.

²⁸ Em particular, ninguém pode negar que a combinação de ginástica, implantes, plásticas e botox em excesso tem gerado (raras vezes com resultado positivo), pessoas com aparência física muito peculiar, absolutamente inexistente há apenas algumas décadas atrás. Mulheres de 50-60 anos, com o corpo esculpido, em forma de violão, com o rosto esticado pelas plásticas e paralisado por aplicações de botox, com seios imensos e nádegas levantadas, são hoje relativamente comuns, independentemente de considerarmos se isso é bonito ou não.

Como se isso não bastasse, nossas funções corporais também têm sido influenciadas, sendo que já existe no mercado uma enorme gama de estimulantes sexuais que aumentam nosso impulso sexual, bem como novas drogas que facilitam a ereção e possibilitaram um prolongamento da vida sexual, o que revolucionou o sexo na terceira idade, a ponto dos idosos serem considerados, atualmente, um grupo particularmente sujeito ao risco de contágio pelo HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis!

Outra importantíssima tendência é a maneira como o sexo tem sido direta e profundamente afetado pelas novas condições existentes na sociedade da informação na qual estamos inseridos. A primeira constatação que chama a atenção é que, atualmente, não existe mais escassez de informações sobre sexo, algo que destoava de séculos de tradição obscurantista, quando discutir acerca do assunto, em praticamente qualquer situação, não era sequer aceito ou permitido. Ao contrário, a informação hoje é farta e acessível a praticamente todas as pessoas por meio dos mais variados meios de comunicação. Em suma, um paradigma se quebrou e, em poucas décadas, passamos de um quadro de escassez, no tocante às informações sobre o sexo, para outro de absoluta abundância.

Dentre os diversos meios de comunicação existentes, por sua natureza, foi a Internet a que mais revolucionou o sexo na atualidade, vez que a relativa anonimidade por ela permitida a torna o lugar ideal para se obter, divulgar ou trocar informações sobre sexo sem se expor, possibilitando às pessoas buscarem mais facilmente qualquer tipo de informação sobre interesses que eventualmente tenham. Com essa riqueza de informações, a Internet conseguiu atenuar a vergonha ou timidez que as pessoas tinham no tocante a questões sobre o sexo, permitindo a exploração das mais diversas opções sexuais em relativa segurança e anonimato. Qualquer um que passe um tempo “surfando” no mundo virtual certamente ficará surpreso (e não raramente chocado), com aquilo que existe na Internet.²⁹

As inúmeras possibilidades abertas pela Internet estão levando a uma progressiva virtualização do sexo, vez que os indivíduos estão a cada vez mais conhecendo pessoas e encontrando parceiros sexuais e românticos *online*, aumentando exponencialmente suas

²⁹ LEVINE, *op. cit.*, p. 55.

possibilidades sexuais. Com efeito, as pessoas cada vez mais usam a Internet e outros meios de comunicação eletrônica para atividades relacionadas ao sexo, o que inclui ver pornografia, paquerar, dividir informações e experiências, encontrar parceiros sexuais (que podem estar em lugares próximos ou distantes), ou mesmo outras atividades eróticas como, por exemplo, exhibir partes íntimas do corpo ou se masturbar na frente do computador, para audiências que podem estar em qualquer lugar do planeta.

A importância de tal fenômeno, vale a pena ressaltar, não pode ser subestimada, principalmente no tocante às gerações mais novas. Para se ter uma idéia da magnitude das alterações a que nos referimos, basta ter em mente que, até meados da década de 1990, os especialistas que faziam pesquisas na área da sexualidade simplesmente ignoravam a Internet. Isso não é mais possível. Atualmente existem literalmente dezenas de milhões de sites, blogs, salas de discussão e prestadores de serviços associados ao *cybersex* e as interações sexuais e românticas. A sexualidade se tornou um elemento crítico na emergência da Internet e das novas formas de cultura *online* encontradas atualmente, sendo que um novo mundo de formação de identidades sexuais e troca de informações sobre saúde e direitos correlatos surgiu neste meio.³⁰

Em outras palavras, as novas tecnologias de comunicação e as plataformas que elas fornecem constituem uma revolução sexual digital que está alterando a forma como as pessoas entendem, experimentam e vivem sua sexualidade neste século XXI, constituindo-se em poderosa ferramenta para lidar com as desigualdades entre as diversas culturas sexuais, tanto pelos jovens como por cientistas sociais.³¹

Muito preocupante, contudo, é que a maior parte dos adultos de hoje não tenha sequer idéia de como isso é comum entre os adolescentes, nem da exata medida em que eles incorporaram sua vida social (e sexual) às tecnologias atualmente disponíveis. Igualmente, a educação nas escolas tem falhado em acompanhar, com a mesma rapidez, a velocidade com que crianças e adolescentes absorvem e utilizam as novas tecnologias, sendo a sexualidade

³⁰ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 04.

³¹ *Ibid.*, p. 02.

online uma real preocupação dos jovens, alguns passando mais que quinze horas por dia na Internet, muitas das quais devotadas a amizades e interesses sexuais ou românticos.³²

A liberdade e relativo anonimato trazidos pela Internet, contudo, também trouxeram consigo uma série de efeitos negativos, vez que deixaram os indivíduos vulneráveis a uma desconcertante e inédita criminalidade sexual praticada com seu auxílio, que inclui, dentre outras questões, uma maior facilidade de acesso a crianças e adolescentes por parte de predadores sexuais, o *cyberbullying* e a divulgação de material pornográfico envolvendo a pedofilia, dentre outras práticas igualmente nocivas.

Como não poderia deixar de ser, também as questões econômicas que enfrentamos na atualidade afetam diretamente o sexo, sendo que a primeira importante constatação que podemos fazer é de que o relaxamento dos controles sociais sobre a sexualidade abriu campo para uma commodificação do sexo em uma escala sem precedentes, tendo a indústria do sexo se expandido dramaticamente, tornando-se parte significativa da economia global.³³ Atualmente o sexo é comercializado em diversas formas, dentre elas a prostituição (que inclui o tráfico de pessoas), o turismo sexual, a pornografia *online*, os serviços de sexo por telefone, a comercialização de filmes, livros, revistas, jogos e até acessórios dos mais variados tipos. Em verdade, a gama de produtos e serviços direta ou indiretamente ligados ao sexo é quase infinita, vez que o sexo está em todo lugar no mundo moderno e, a cada vez, mais o imaginário sexual é usado para nos vender produtos, até mesmo do cotidiano, como carros, roupas ou alimentos.³⁴ Como o sexo vende, os grandes grupos de mídia tem se aproveitado disso, não sendo por acaso que os programas de televisão exibem constantemente homens e mulheres nos mais variáveis níveis de nudez ou em situações de cunho explicitamente erótico, tendo colapsado a linha divisória entre a mídia convencional e a mídia pornográfica.³⁵ Em verdade, o apelo comercial do sexo tem se mostrado extremamente potente, mesmo contra as

³² HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 02.

³³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 58.

³⁴ *Ibid.*, p. 01.

³⁵ ALTMAN, Dennis., *op. cit.*, p. 119.

forças mais conservadoras, motivo pelo qual afirma WEEKS que, sempre que há conflito entre um interesse econômico e a moralidade, frequentemente é a última que sai perdendo.³⁶

Ademais, a realidade econômica continua forçando a alteração das estruturas sociais ao redor do mundo, particularmente no tocante à organização das famílias e as relações entre os gêneros.³⁷ Em especial nos centros urbanos, não mais são criadas famílias com vistas a suprir as necessidades de uma sociedade agrária (que tradicionalmente se baseava no modelo familiar de exploração da propriedade rural). Os fenômenos da industrialização, urbanização e globalização alteraram as condições de produção econômica, transformando instituições como a família e o casamento, bem como a dinâmica das relações entre os gêneros, vez que as mulheres são cada vez mais economicamente ativas (como veremos, oportunamente, a crescente urbanização e suas conseqüências econômicas foram em grande parte responsáveis pela criação das condições necessárias para a ascensão das mulheres e de outras minorias sexuais).³⁸

Outro aspecto que influencia diretamente o sexo é a globalização, entendida como o fato de que hoje todos os povos do mundo estão fortemente aproximados e vinculados uns aos outros. Todos dependem de todos e sofrem as conseqüências dos mesmos fenômenos, estando indissolúvelmente unidos para o melhor e para o pior.³⁹ A globalização demonstrou que, apesar de sermos fisicamente muito parecidos (algo que o projeto Genoma Humano já havia feito), somos culturalmente muito distintos, tornando mais agudas inúmeras e complexas tensões entre multiculturalismo, internacionalização, soberania e direitos humanos fundamentais. Essa situação se acentua pelo fato dos Estados nacionais atualmente se encontrarem em crise, por estarem cada vez mais suscetíveis a influências externas sobre as

³⁶ WEEKS, Jeffrey. *Sexuality and its Discontents*. Londres: Routledge, 1985, p. 23.

³⁷ ALTMAN, Dennis *et al*, *op. cit.*, p. 46.

³⁸ A sexualidade é um domínio enormemente influenciado pelas forças globais econômicas e culturais. Contudo, este é um campo no qual os doutrinadores concordam ainda não existe suficiente pesquisa e teoria. Exemplos são o aumento das relações extra-conjugais em todas as sociedades e a alteração do comportamento sexual feminino que, em alguns aspectos, está se tornando cada vez mais parecido com o masculino (cf. ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 38).

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06.

quais não tem controle, “não exibindo mais condições de independência em relação uns aos outros, nem mesmo de supremacia nas questões ditas de caráter interno”.⁴⁰

No mundo atual, as principais forças por trás das grandes mudanças são o desenvolvimento tecnológico e as forças do mercado mundial, que inclusive diminuem a habilidade dos Estados de efetivamente governar,⁴¹ sendo a nova cultura econômica global uma ordem complexa, sobreposta e disjuntiva que não pode ser adequadamente compreendida em termos de centro-periferia, dentro e fora, como nos modelos de Estado tradicionais.⁴² Os Estados, portanto, estão cada vez mais permeáveis, sendo que o impacto das companhias multinacionais (capazes de mover capital e fábricas ao redor do mundo, na busca de mercados e mão de obra), da mídia eletrônica e da Internet, o que significa que, cada vez mais, as fronteiras nacionais são incapazes de conter o fluxo de idéias, dinheiro ou mesmo de pessoas.⁴³

Quanto ao fluxo de idéias, é inegável que a globalização nos colocou, com mais frequência, frente a frente com o diferente, em virtude da ubiquidade da informação. Temos hoje acesso a praticamente todos os aspectos da cultura dos mais variados países e regiões, sendo “claro que da formação dessa rede global de comunicações surge uma certa unificação cultural. Graças a ela estão (praticamente) todos os indivíduos “presentes” ao que se passa de mais importante na orbe terrestre: esportes, espetáculos, festividades, conflitos armados, dramas humanos... Isto leva a uma unificação das modas (sob o padrão dos povos mais ricos): jeans, Mc Donald’s, tênis...”⁴⁴

Nos últimos 30 anos a televisão e os programas de rádio, tanto nos países industrializados como nos em desenvolvimento, difundiram novas normas sobre sexo e gênero que foram rapidamente absorvidas pelo imaginário popular e gradualmente se transformaram em práticas cotidianas, com respeito a questões como o tamanho das famílias, o papel das mulheres, o uso de contraceptivos e a liberação sexual em si. Dos anos noventa em diante,

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 11.

⁴¹ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 19.

⁴² ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 70.

⁴³ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 07.

programas e músicas difundidos pela TV a cabo, muitas vezes usando a sexualidade como produto de venda, atravessaram as fronteiras nacionais e culturais, capturando a imaginação de pessoas em países tão diversos como o México e o Nepal.⁴⁵

Quanto ao fluxo de pessoas, estas passaram a se movimentar pelo planeta como nunca, alterando a composição étnica e cultural dos países. Estima-se que mais de 100 milhões de migrantes e 20 milhões de refugiados mudam de país a cada ano. Mais de 35 milhões de pessoas trabalham fora de seus países e cerca de 10 milhões são obrigadas a desocuparem suas terras devido à degradação ambiental. O movimento temporário através das fronteiras também é imenso.⁴⁶ Vivemos, em decorrência, num mundo aonde somos obrigados a conviver com pessoas e idéias muito diferentes, situação esta que só tende a se intensificar.

Saliente-se que, quando as questões políticas envolvendo o sexo recrudesceram, nos anos 60, estavam elas em grande parte contidas dentro de fronteiras nacionais. Contudo, tal estado de coisas se alterou dramaticamente,⁴⁷ devido a uma crescente internacionalização dos atores e das questões envolvidas, bem como a maior conectividade das sociedades civis.⁴⁸ Como já dito, estamos presenciando uma intensificação da consciência do mundo como um todo, afetando a maneira como a sexualidade é entendida, experimentada e regulada,⁴⁹ sendo que uma enorme gama de intersecções entre a política sexual e a produção cultural tem se desenvolvido nas décadas recentes.

Fisicamente, também, o sexo, que era local, tornou-se global: dezenas de milhares de pessoas, todos os dias viajam de um país a outro, por avião ou outros meios de transporte modernos, e fazem sexo em diferentes partes do globo, tendo se consubstanciado a pandemia de AIDS na metáfora mais esclarecedora das relações entre sexo e globalização. Nunca um problema global trouxe tanta atenção para as importantes diferenças que formam as experiências de diferentes culturas e sociedades, o que é especialmente verdade relativamente

⁴⁵ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁶ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁷ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁹ ALTMAN, Dennis., *op. cit.*, p. 01.

à compreensão da sexualidade.⁵⁰ A AIDS foi e continua a ser, ao mesmo tempo, um produto e uma causa da globalização, ligando as regiões mais desenvolvidas do globo com as menos desenvolvidas. De nada adiantaram as restrições de alguns países no tocante a entrada de pessoas contaminadas, pois transmissão internacional do vírus HIV, a uma velocidade enorme, simplesmente ignorou, como não poderia deixar de ser, conceitos como soberania nacional. A AIDS, já no início dos anos 80, se alastrou por todos os continentes e países do mundo, em velocidade surpreendentemente avassaladora. O sexo, que tradicionalmente era feito com pessoas fisicamente próximas, passou a ter o mundo como palco, mostrando, de forma insofismável, que estamos todos também sexualmente conectados. Isso denota que, atualmente, aquilo que fazemos em termos de sexo, em um determinado lugar, é diretamente relacionado ao que acontece em outros, não estando mais o sexo restrito às fronteiras culturais ou geográficas.

Sendo o sexo mais um dos elementos da nossa aldeia global, os riscos e problemas a ele inerentes demandam, igualmente, respostas por meio da adoção de políticas públicas globais, o que tem se mostrado um enorme desafio face à ausência de tratamento uniforme para as novas questões que estamos defrontando. A AIDS tem sido um enorme catalisador para a compreensão da sexualidade ao redor do mundo, trazendo à tona a discussão sobre uma série de assuntos antes pouco discutidos abertamente. Em consequência, a luta internacional pelo reconhecimento e proteção dos direitos sexuais passou a ter lugar central nas negociações de direitos humanos levadas a cabo pela comunidade internacional, sendo que, desde a década de noventa, sua discussão tem provocado tensões nas negociações entre os países com idéias e tradições muito distintas.

1.5. A AUSÊNCIA DE PARADIGMAS - A CRESCENTE POLITIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DO SEXO

O nível de avanço tecnológico presente na atual sociedade da informação permitiu, com velocidade e magnitude ímpar, a disseminação de informações, experiências e novas

⁵⁰ ALTMAN, Dennis., *op. cit.*, p. 68.

idéias sobre todos os assuntos (inclusive o sexo e questões correlatas), que passaram a ser acessíveis, em praticamente todos os lugares do globo, por pessoas das mais diferentes idades, ocupações, classes sociais ou nacionalidades. Os desdobramentos desta nova fase da humanidade, em que a escassez de informações é algo do passado, estão se fazendo sentir de forma cada vez mais aguda.

Como bem sabem os regimes autoritários que, independentemente de sua coloração, compartilham entre si a imperiosa necessidade de controlar a imprensa e censurar a Internet, talvez não existam armas mais eficazes que o conhecimento e a informação, tendo a história da humanidade comprovado que, a despeito de quanto sangue seja derramado, sempre a caneta vence a espada, não sendo por outro motivo que, do alto de sua sabedoria, Victor Hugo vaticinou, na famosa frase que epigrafou este capítulo, que “podemos resistir à invasão dos exércitos, mas não podemos resistir à invasão das idéias”.⁵¹

A intensificação da difusão de novas idéias por todo o mundo teve conseqüências importantes, vez que grande parte das pessoas, em contato com tais informações, iniciou um processo contínuo de questionamento acerca de diversos aspectos do sexo, avaliando a racionalidade e adequação das opções éticas adotadas pela moral tradicional das sociedades nas quais estavam inseridas, incluindo questões sobre sexualidade, identidades sexuais e relações de gênero, auxiliadas pela progressiva secularização.

Desde o fim do Império Romano, nada obstante algumas diferenças locais, é lícito dizer que havia certa homogeneidade, no mundo ocidental, quanto aos costumes sexuais, sendo que, tanto o direito quanto a moral, refletiam o paradigma moral sexual judaico-cristão (doravante apenas Paradigma Judaico-Cristão), de acordo com o qual a sexualidade considerada aceitável poderia ser assim resumida: sexo entre os cônjuges, dentro de uma relação heterossexual, monogâmica, para fins de procriação, envolvendo o controle da sexualidade da mulher pelo homem.

⁵¹ WIKIQUOTE. Disponível em www.en.wikiquote.org/wiki/Victor_Hugo. Acesso em 21.12.2010.

A aceitação do Paradigma Judaico-Cristão, por ampla maioria social, partia do pressuposto de que o sistema jurídico estaria autorizado a impor a uniformidade no que diz respeito ao comportamento sexual⁵² e refletiu a hegemonia moral da Igreja Católica, que permaneceu relativamente incontestada até a metade do século XX,⁵³ quando em poucas décadas, assistimos à erosão do consenso social que lhe dava suporte.

Tal fato, perfeitamente compreensível dentro de uma perspectiva histórica, derivou das mudanças normais dos padrões de moralidade sexual, sujeitos a evoluções, sendo certo que os mesmos se alteram conforme as sociedades têm contato com influências externas e novas tecnologias, devendo ser compreendido “como a continuação de um longo processo histórico que envolve séculos de comércio, escravidão, colonização e alterações na natureza das estruturas econômicas e tecnológicas”.⁵⁴

É comum que os valores centrais do Paradigma Judaico-Cristão sejam referidos, pela mídia (e mesmo pela academia), como sendo parte da moral tradicional, dando a entender que decorrem de tradições imemoriais. Contudo, a utilização do termo tradicional, neste sentido, não se justifica, vez que, como veremos com mais detalhes no próximo capítulo, antes do advento do Paradigma Judaico-Cristão, existiam outros paradigmas de moralidade sexual. Assim, é necessário fazermos um parêntesis, para esclarecer que é tecnicamente incorreta a referência a valores tradicionais, quanto à moralidade sexual, por pressupor uma atitude não histórica no tocante ao comportamento humano,⁵⁵ bem como pelo fato de sempre ter existido muita variedade para permitir esta forma de generalização.

O desaparecimento do consenso existente em torno do Paradigma Judaico-Cristão fez com que as atitudes da sociedade, no tocante às idéias fundamentais sobre o sexo e questões correlatas, tais como a masturbação, a gravidez fora do casamento ou o divórcio, por exemplo, deixassem de ser reconhecidas como legítimas ou aceitáveis por substancial parcela da população, quando não pela maioria. Esclareça-se que isso não significa que a integralidade

⁵² LOPES, *op. cit.*, p. 65.

⁵³ POSNER, Richard A. *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 174.

⁵⁴ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 174.

das idéias defendidas pelo Paradigma Judaico-Cristão tenha sido refutada, mas tão somente que elas deixaram de ser amplamente majoritárias, passando a conviver com várias outras concepções de moral sexual.

É interessante notar, inclusive, que o processo de abandono de tal paradigma não se deu de forma linear ou lógica. Assim sendo, é extremamente comum encontrarmos pessoas que, embora se definam como seguidoras de uma religião que o incorpore, não observam, na prática, uma série de princípios básicos do mesmo. Basta olharmos a nossa volta, sem a necessidade de qualquer pesquisa formal: é possível que alguém, nesse início de século XXI, acredite que a maior parte das pessoas observe efetivamente ou ao menos concorde, em teoria, com a diretriz de não fazer sexo antes do casamento? No entanto, se temas como a virgindade deixaram de ser considerados relevantes pela maioria, existem outros que, com maior ou menor intensidade, continuam a ser altamente polêmicos.

Com o fim da aceitação, pela maior parte da sociedade, de grande parte dos cânones do Paradigma Judaico-Cristão, atualmente assistimos, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, uma competição de discursos concomitantes acerca da moralidade sexual, não raro divergentes ou totalmente incompatíveis entre si.

A coexistência dessas várias visões nem sempre tem sido pacífica, com nenhuma delas claramente se sobrepondo às outras, motivo pelo qual assistimos a uma verdadeira “guerra cultural” entre várias moralidades concorrentes, sem que tenhamos coletivamente chegado a um consenso sobre qualquer tema, o que significa dizer que, inegavelmente, vivemos um momento histórico de pluralismo moral no tocante ao sexo.

Ademais, como a sexualidade deve ser concebida como uma construção na qual interagem fatores biopsicológicos e socioculturais (incluindo aspectos econômicos e políticos), devemos levar em consideração que as significativas diferenças entre as várias visões morais concorrentes estão intimamente ligadas a outros fatores, tais como nacionalidade, religião, renda, educação, classe social e urbanização.⁵⁶

⁵⁶ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 63.

Por exemplo, no plano internacional, existem visões diametralmente opostas sobre questões tão básicas como o papel da mulher na sociedade não só entre os diferentes países, bem como entre estes e organismos internacionais. Evidência de tal fato é que, muito embora a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher tenha sido objeto de ratificação por um grande número de países, no âmbito da ONU, muitos o fizeram com toda a sorte de reservas, sob o argumento da necessidade de respeito ao relativismo cultural e às tradições.

Internamente, cenário no qual se poderia supor a existência de um nível maior de homogeneidade, a situação não é diferente. No Brasil, por exemplo, numa grande metrópole como São Paulo, milhões de pessoas participam anualmente de eventos como a “Parada LGBT”, manifestando de forma inequívoca seu apoio aos direitos dos homossexuais. Um número igualmente enorme de pessoas, por outro lado, manifestam-se de forma oposta, utilizando-se dos mais diversos meios de divulgação e protesto.

Mas o mais surpreendente é que, mesmo nas pequenas comunidades ou até mesmo no seio das famílias, idéias sobre questões básicas divergem entre as pessoas de diferentes gerações. Situações ao mesmo tempo tão simples e delicadas como a decisão de permitir que uma adolescente de 18 anos traga o namorado para dormir em casa (no quarto dela), geram reações diversas por parte dos pais, muitas vezes perplexos diante da falta de um padrão de moralidade sexual uniforme no qual possam apoiar suas decisões, invariavelmente questionadas pelos filhos.

A inexistência de um consenso sobre as questões relativas ao sexo, em todos os níveis, tem ocasionado uma multiplicação de situações conflituosas que continuarão a ocorrer até que, coletivamente, alcancemos novamente um acordo ao menos quanto a um núcleo básico de princípios que o regulamentem. Esta falta de consenso, contudo, é tão profunda que, como veremos, se estende até mesmo sobre conceitos alheios ao direito, à ética ou à moral, razão pela qual ESKRIDGE afirma que “a razão pela qual nossa sociedade acha tão difícil resolver os problemas relativos à sexualidade é que existem desacordos fundamentais até

mesmo sobre o que ela seja”⁵⁷ e, em grande parte, “explica porque a sexualidade adquiriu uma importância sem precedentes no século XXI”.⁵⁸

Em verdade, existem poucos campos mais problemáticos para o Direito do que a regulamentação do comportamento sexual, motivo pelo qual ele tem se tornado progressivamente politizado, gerando crescente interesse dos diversos setores da sociedade.

Como parte desse processo, a vida sexual dos políticos e celebridades tem ganhado particular relevância. Se Charles, Diana e Camilla fizeram escândalo com seu rumoroso triângulo amoroso, que incluía o curioso desejo do príncipe em ser um absorvente íntimo, foram logo eclipsados por Bill Clinton, sua estagiária e o famoso charuto. Contudo, um novo grau de visibilidade das relações íntimas entre política e o sexo foi atingido por Silvio Berlusconi, ex-primeiro-ministro italiano, acusado de contratar prostitutas de diversos países e organizar orgias, minuciosamente escrutinadas pela imprensa, que terminavam, invariavelmente, com o ritual erótico do “Bunga-Bunga”, cuja descrição nos parece despicienda.

Nem as organizações internacionais escaparam dos escândalos, como comprovou o Diretor do Fundo Monetário Internacional, Dominique Strauss-Khan, que se viu obrigado a renunciar ao cargo em meio a acusações feitas por uma camareira, ou mesmo a Federação Internacional de Automobilismo que teve seu Presidente Max Mosley envolvido em orgias nas quais os participantes se fantasiavam com temática nazista. No setor privado, a situação também não é diferente, podendo ser exemplificada por Lord Browne, ex-presidente da British Petroleum, possivelmente o executivo mais poderoso da Europa (tendo mesmo sido apelidado pela mídia especializada de “Sun King”), obrigado deixar repentinamente o cargo depois que veio a tona seu caso com o garoto de programa canadense Jeff Chevalier que, supostamente, teria recebido benefícios indevidos daquela corporação.

⁵⁷ ESKRIDGE JR., William N.; HUNTER, Nan D.; *Sexuality, Gender and the Law*: Nova York: Foundation Press, 2004, p. 407.

⁵⁸ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 01.

O Brasil, como não poderia deixar de ser, não fica atrás em termos de escândalos. O incidente envolvendo o jogador Ronaldo e três travestis em um motel no Rio de Janeiro é apenas um daqueles eventos que povoam o imaginário popular, assim como a renúncia de Renan Calheiros à Presidência do Senado, em meio a um escândalo que o ligava a grandes construtoras e uma jornalista que posou nua para a Playboy, para deleite de vários parlamentares que, em pleno Congresso Nacional, folheavam a revista e faziam comentários indiscretos aos órgãos da imprensa. No mesmo sentido, o suposto *affair* (negado por ambos) entre Luma de Oliveira, então esposa do homem mais rico do país, Eike Batista, e um bombeiro carioca, que por conta da incansável cobertura do escândalo, tornou-se celebridade instantânea em todo o país e “atração” em vários programas televisivos.

Infelizmente, uma abordagem menos pitoresca denota também que, particularmente na seara dos conflitos armados, o sexo continua a ter uma importante função, tanto real⁵⁹ quanto simbólica, sendo a humilhação sexual e o estupro usados como armas de guerra.⁶⁰ A utilização do uso sistemático do estupro, na guerra da Bósnia, que afetou dezenas de milhares de mulheres, chegou mesmo a ser objeto de decisão exarada pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, que considerou tais ações como crimes contra a humanidade, condenando vários militares sérvios por sua participação em tais atos.⁶¹ Por sua vez, as fotos de militares americanos torturando sexualmente os prisioneiros iraquianos, explícitas e grotescas, chocaram o mundo, gerando imediato repúdio, estabelecendo-se como referência no imaginário coletivo global, tendo sido imortalizadas em uma série de obras do pintor colombiano Fernando Botero, que retratou o horror da guerra por meio de sua arte, tal como anteriormente Picasso havia feito com Guernica. Mais recentemente, um novo e triste marco no aumento do grau da violência sexual em conflitos armados foi atingido na Líbia, quando foi noticiado que tropas leais a Gadaffi chegaram a fazer, em algumas localidades, o uso generalizado do estupro contra crianças.⁶²

⁵⁹ Allen Dulles, antigo Diretor da CIA chegou a afirmar que: “enquanto houver sexo, ele vai ser usado para a espionagem.” (Cf. ALTMAN, Dennis; *op. cit.*, p. 03).

⁶⁰ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 12.

⁶¹ Referida decisão está disponível em <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>. Acesso em 20.10.2010.

⁶² YAHOO NEWS. “*Gaddafi forces using rape as weapon against rebel children, women*”. Disponível em: <http://in.news.yahoo.com/fuelled-viagra-gaddafi-forces-using-rape-weapon-against-074413678.html>. Acesso em 28.04.2011.

Contudo, a progressiva politização não ocorre por acaso, mas sim porque, como já dito, o sexo tem estreita ligação com outros aspectos igualmente fundamentais da vida humana (sejam sociais, culturais, políticos ou econômicos) com reflexos diretos na organização da sociedade e na distribuição do poder. Em consequência, alterações nas regras relativas ao sexo podem vir a ter reflexo nas relações de poder entre os indivíduos e o Estado, entre os indivíduos e as instituições, entre os diversos grupos existentes na sociedade e, principalmente, naquelas relações de poder normalmente consideradas como pertencentes à esfera privada, dentre as quais se destacam aquelas existentes no seio das famílias.

Nesse sentido, manifestou-se FOUCAULT, ao afirmar que “sobre tal pano de fundo, pode-se compreender a importância assumida pelo sexo como foco de disputa política. É que ele se encontra na articulação entre os dois eixos ao longo dos quais se desenvolveu toda a tecnologia política da vida. De um lado, faz parte das disciplinas do corpo: adestramento, intensificação e distribuição das forças ajustamento e economia das energias. Do outro, o sexo pertence à regulação das populações, por todos os efeitos globais que induz”.⁶³

Nesse momento, é útil exemplificarmos, para ilustrar a magnitude das alterações sociais a que nos referimos. A contínua emancipação da mulher, que está indissociavelmente ligada a questões relativas ao sexo, entendido aqui em todas as suas dimensões, alterou totalmente as relações de poder existentes na sociedade, importando em mudanças fundamentais no âmbito político, econômico, social e familiar, influenciando a relação deste grupo com o Estado e com a sociedade como um todo.

Em nosso país, há apenas 50 anos, seria visto como uma exceção (quando não uma anomalia) uma mulher exercendo as funções de Presidente da República, Ministra do Supremo Tribunal Federal ou Governadora. O mesmo poderia ser tido no tocante a uma posição de comando em um grande grupo econômico ou de singular destaque na comunidade acadêmica ou científica. Já não é mais assim. Entretanto, para que isso pudesse acontecer, uma série de

⁶³ FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. (vol. I. A vontade de saber). Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988, p. 136.

alterações na dinâmica da distribuição do poder na sociedade (ainda em curso) teve que ocorrer. Tais transformações, estruturais, abrangentes e profundas, foram e continuam a ser de fundamental importância, afetando todo o corpo social.

As inerentes tensões na busca de crescente emancipação social, política, cultural e econômica de inúmeros grupos sociais (que muitas vezes estão firmemente ligadas a questões de índole sexual) encontram resistência por parte das forças que defendem posições contrárias a alteração do *status quo*, o que tem contribuído sobremaneira para a intensificação do uso do sexo como elemento político. Assim, estão diretamente ligadas ao sexo questões que nas últimas décadas vem se tornando objeto de discussão acalorada, tais como o renovado debate sobre a separação entre a Igreja e o Estado, a efetiva participação da população na formação de políticas públicas, os limites ao relativismo cultural e à liberdade de expressão, dentre muitas outras.

Como se não bastasse o acima exposto, uma série de outras circunstâncias que caracterizam nossa época, às quais nos referimos a seguir, contribui decisivamente para que os assuntos relativos ao sexo se tornem particularmente sensíveis, causando uma sinergia que exacerba ainda mais sua politização.

A primeira delas é a existência de uma crescente ampliação do conceito de normalidade ou daquilo que se considera aceitável relativamente ao sexo. Como consequência das experiências da revolução sexual e da AIDS ocorreu uma crescente contestação dos conceitos estabelecidos sobre o sexo, o que, no Ocidente em particular, levou à reconsideração da compreensão de várias práticas e identidades sexuais existentes. Assim, indivíduos pertencentes a várias categorias meticulosamente delineadas e patologizadas no século XIX (tais como sadomasoquistas, transexuais e fetichistas, dentre outros) criaram grupos de autoajuda, autoafirmação e luta política para seu reconhecimento e legitimação.⁶⁴

O advento da sociedade da informação, em particular por meio da Internet, contribuiu para que a definição do que é “normal” em termos de sexo fosse tremendamente

⁶⁴ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 102.

expandida, possibilitando que as pessoas se educassem no tocante à sexualidade, facilitando a criação de novas identidades e comunidades sexuais e também ajudando a defesa política dos direitos sexuais nacional e internacionalmente.⁶⁵ Em outras palavras, “a Internet tornou-se um espaço no qual as normas sobre a sexualidade e gênero são contestadas, recriadas, identidades sexuais e culturas reinventadas, politizadas e tornadas mais visíveis”.⁶⁶

Este novo influxo de conhecimento possibilitou fossem questionados muitos conceitos antes aceitos acriticamente. Consequentemente, se é certo que cada vez menos partes do mundo podem se apoiar num senso de homogeneidade ética, cultural ou racial,⁶⁷ menos ainda é possível invocarmos um senso de homogeneidade sexual, em particular no tocante a conceitos como normalidade ou aceitação.

O que seria transgressão atualmente? O que seria obsceno? O que ofenderia o “homem médio” (forçoso pensarmos que talvez não seja o mesmo que ofendesse a “mulher média” ou o “transexual médio”, que por sinal, têm exatamente o mesmo direito de se chocar ou opinar sobre o que é aceitável ou não).

Como se não bastasse, a ciência comprovou que muitos comportamentos ou características sexuais tidos como inaceitáveis há apenas poucas décadas (a homossexualidade, por exemplo, chegou mesmo a ser considerada uma “doença”) não têm, *per se*, caráter patológico, estando definitivamente dentro das possibilidades de desenvolvimento sexual normal, saudável e aceitável, impulsionando a alteração da percepção da sociedade sobre aspectos fundamentais da sexualidade.

Tal mudança de atitudes, contudo, não tem ocorrido de forma uniforme em todos os grupos sociais, havendo aqueles que - em particular com base em crenças religiosas - insistem em se opor a tais desenvolvimentos, o que também contribui para o acalorado debate ora existente. Ademais, a própria compreensão do sexo, no tocante à sua conceituação e normatização, está se tornando cada vez mais sofisticada e complexa, causando acirradas

⁶⁵ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 01.

⁶⁶ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 22

⁶⁷ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 18.

disputas, tanto na academia como na opinião pública, cenários nos quais vários grupos sociais competem entre si sobre a maneira como se conceituam os comportamentos e identidades sexuais.

Outra questão relativamente nova se consubstancia no fato de que o desenvolvimento dos direitos sexuais reflete a tendência de diversificação dos movimentos sociais,⁶⁸ tendo cada um dos elementos do sexo se tornado base de uma identificação pessoal, ou ao menos um elemento fundamental desta, “permitindo que muitas outras vozes comesçassem a emergir, tais como as profissionais do sexo, os gays, bissexuais, transexuais e intersexuais, mulheres solteiras, e deficientes”.⁶⁹

A utilização das “identidades sexuais” (termos que aqui utilizamos em sentido amplo, para abranger as identidades baseadas em sexo, gênero, orientação sexual ou comportamentos sexuais) serviu de base para a formação de grupos com interesse comuns, que a utilizam como instrumento de pressão política. Hoje existem grupos que defendem, com maior ou menor viés político, os interesses de homossexuais, bissexuais, transgêneros, sadomasoquistas, prostitutas, *barebackers*,⁷⁰ *swingers*, intersexuais e assexuais, dentre inúmeros outros. Muito embora sempre tenham existido minorias sexuais, é historicamente muito recente o fenômeno de utilização de uma identidade sexual como elemento aglutinador de grupos sociais com interesses comuns, baseados em uma crescente organização, mobilização, troca de informações e maior interação entre seus integrantes.

Outra circunstância, umbilicalmente ligada às anteriores, é a crescente luta pela emancipação das minorias sexuais o que inclui o reconhecimento dos seus direitos por parte do Estado e da sociedade, vinculada à idéia de justiça sexual, por meio da crescente criação de movimentos sociais de resistência contra as opressões e em defesa do reconhecimento de todos os direitos abrangidos pela cidadania plena, razão pela qual ALTMAN afirma que a “sexualidade é, mais do que nunca, área legítima para a ação política”.⁷¹

⁶⁸ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁰ Adeptos do sexo sem o uso de preservativos.

⁷¹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 164.

É importante salientar, igualmente, que tal ativismo sexual transbordou os limites dos Estados, tomando definitivamente uma dimensão mundial, o que resta evidente diante das atividades internacionais de várias das organizações não governamentais que criaram um novo fenômeno a emergência de um discurso de direitos humanos tendo como fundamento a identidade sexual.⁷²

Como era previsível, todas estas alterações geraram um grande número de descontentes os quais, pelos mais diversos motivos, estão ativamente tentando retardar a evolução e o reconhecimento efetivo dos direitos sexuais. Em linhas gerais são movimentos conservadores que, com frequência, adotam argumentos religiosos para defender suas posições sobre os mais diversos temas da sexualidade e têm se utilizado, com maior ou menor sucesso, do preconceito e do obscurantismo ainda existentes sobre as questões de sexo.

Destarte, movimentos neoconservadores de inúmeros matizes têm contribuído para, progressivamente, politizar a sexualidade,⁷³ sendo que em todas as tradições religiosas existem alguns setores que insistem em influenciar as normas legais aplicáveis aos demais cidadãos que não compartilham de suas crenças religiosas (muito embora não possamos ignorar as enormes tensões e debates internos, no tocante a questões de moral sexual, dentro dos mais diversos movimentos religiosos).⁷⁴ Contudo, em resposta às tentativas de influência do dogmatismo e do extremismo religioso na vida pública, recrudesceram, em várias partes do mundo, as pressões de outros grupos sociais em defesa dos princípios da laicidade e da separação entre o Estado e a Igreja, exacerbando ainda mais a politização das questões relativas ao sexo, que passaram a ser um ponto fulcral dentro dessa outra discussão.

Por fim, como ponto culminante da crescente politização do sexo, apontamos a reiterada inabilidade e o despreparo demonstrado pelos Estados na solução dos contenciosos derivados das dificuldades inerentes à convivência entre as diversas formas de viver e expressar a sexualidade, próprias de uma sociedade cada vez mais plural, resultando na

⁷² STYCHIN, Carl F.; *Governing Sexuality*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 41.

⁷³ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 07.

⁷⁴ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 78.

crescente judicialização das questões sexuais (envolvendo questões tão diversas como o casamento homoafetivo, os limites à liberdade de expressão religiosa e posicionamento do Estado na educação sexual das crianças e adolescentes), com resultados, muitas vezes, longe de satisfatórios.

1.6. A NECESSÁRIA CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO - AS DIFICULDADES E LIMITAÇÕES INERENTES AO ESTUDO DO TEMA

Entendemos que o estudo da regulação do sexo pelo Direito sempre foi de primordial importância, em especial devido à relevância que a sexualidade tem nos mais diversos aspectos da vida das pessoas e da sociedade. Portanto, sendo o sexo tão importante, uma das maiores fontes de prazer e sofrimento humano, da criação de instituições e controvérsias políticas, ele certamente merece ser objeto dos melhores esforços intelectuais,⁷⁵ sendo plenamente justificável e legítima a pesquisa sobre o tema por parte dos juristas. Ademais, por todos os motivos já explicitados no decorrer deste capítulo, os direitos sexuais estão na ordem do dia, conforme bem sintetiza RIOS:

“no mundo contemporâneo os direitos sexuais se revelam tão necessários quanto desafiados. De fato, na realidade social, política e jurídica nacional cada vez mais surgem reivindicações e demandas em torno dos direitos sexuais (...). Este quadro decorre de uma incontrolável combinação: as lutas sociais contra a desigualdade de gênero, a consolidação de movimentos identitários e a irrupção de novas formas individuais e coletivas de ser e viver a sexualidade, o impacto da epidemia do HIV/AIDS e sua relação com a sexualidade. Estes, dentre outros fatores, deixam fora de dúvida a necessidade da afirmação de direitos sexuais. (...) vários obstáculos se contrapõe à diversidade de identidades e de expressões humanas na sexualidade, tais como a intolerância religiosa, fundamentalismos de toda ordem,

⁷⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, 1992, p. 10.

higienismo sanitário, preconceitos, exclusão econômica e política, práticas culturais institucionalmente arraigadas e historicamente construídas.”⁷⁶

O Direito, por evidente, não pode permanecer inerte diante deste cenário de incertezas, em especial porque a sociedade demanda respostas a todos os desenvolvimentos ocorridos nessa área, sendo imperiosa, mais do que nunca, uma discussão aprofundada e séria sobre tais questões. Em decorrência, o estudo dos direitos sexuais tem aumentado exponencialmente, e muitas das mais importantes instituições de ensino jurídico no mundo tem se debruçado sobre o tema.⁷⁷

Contudo, apesar do recente aumento dos esforços, esta continua a ser uma das áreas mais lacunosas, apresentando a regulamentação do sexo pelo direito, em qualquer nível de análise, *ictu oculi*, inúmeras inconsistências e contradições, evidenciando a insuficiência dos instrumentos jurídicos existentes nessa área. Diante da ausência de paradigmas e em meio a um momento de transição, este trabalho objetiva uma análise crítica da atual situação dos diversos aspectos relativos à normatização do sexo pelo Estado, bem como apontar sugestões para seu aperfeiçoamento, dispersando “algumas das nuvens de ignorância, preconceito, vergonha e hipocrisia que enevoam o discurso público sobre o sexo, permitindo sua discussão de forma menos apaixonada e mais racional”,⁷⁸ informada pelo conhecimento e apropriada ao complexo momento histórico no qual estamos inseridos.

O Direito é uma das ciências cuja interação com o sexo é das mais antigas, íntimas e turbulentas e, como se não bastasse a complexidade do tema, existem ainda outras questões que tornam seu estudo particularmente difícil e singular.

⁷⁶ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 07.

⁷⁷ Como exemplo, a Universidade de Columbia, uma das pioneiras neste campo, chegou mesmo a instituir um Centro de Estudos sobre o Direito da Sexualidade e Gênero. A Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown, na qual nos pós-graduamos, por sua vez, edita uma prestigiosa publicação, denominada *Journal of Gender and the Law* que, embora inicialmente focada na visão feminista do direito, atualmente abarca os direitos sexuais como um todo. Iniciativas similares existem em muitas das mais prestigiosas instituições de ensino do mundo.

⁷⁸ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 442.

A primeira delas é o caráter necessariamente interdisciplinar de tal estudo, vez que mesmo a sexologia contemporânea, *per se*, é um campo de estudos multidisciplinar, que une perspectivas médico-biológicas, socioculturais e psicológicas. Neste sentido, diferentes disciplinas enfatizam, de forma complementar, cada um dos aspectos específicos da sexualidade: fisiológicos, evolutivos, antropológicos, etiológicos, socioculturais e normativos, cognitivos, motivacionais, semióticos, dentre outros,⁷⁹ razão pela qual, ainda que tentemos nos concentrar nos aspectos normativos, devemos reconhecer que a análise da interação entre o sexo e o direito requer, como *conditio sine qua non*, a compreensão de uma realidade que escapa ao fenômeno jurídico, o que gera dificuldades, particularmente no tocante a ainda pouco estudada interação recíproca entre as diversas teorias existentes nestas áreas do direito e da sexologia.

O estudo da interação entre sexo e o Direito também tende a extrapolar para uma série de questões conexas, normalmente interligadas, interdependentes ou sobrepostas, sendo certo que a análise das dimensões estruturais e culturais da sexualidade demandam que confrontemos silêncios, invisibilidades e injustiças resultantes de múltiplas formas de exclusão social, estigma e discriminação,⁸⁰ o que significa que, ao estudar o sexo, não podemos ignorar questões de poder material e institucional.⁸¹

Entretanto, acreditamos firmemente que tentativas de reformas na lei e nas ações humanas em geral requerem mais que preconceito, tradição e ideologia: elas requerem conhecimento.⁸² Contudo, é precisamente neste momento que nos deparamos com o escasso nível de informação de muitas das pessoas que lidam com o tema.⁸³ Tal estado de coisas tende, frequentemente, a empobrecer o diálogo, reduzindo-o, muitas vezes, a uma simples verbalização de opiniões sem qualquer embasamento científico ou questionamento mais elaborado, o que comprova que continua a ser muito difícil, para a quase totalidade das

⁷⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra dignidade sexual*. Editora Atlas: São Paulo, 2011, p. 04.

⁸⁰ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 10.

⁸¹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 01.

⁸² POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 442.

⁸³ *Ibid.*, p. 02.

pessoas, por mais educadas ou intelectualizadas que sejam, tratar do tema como objeto de estudo científico desapassionado.

E não se conclua que o precário nível de informação seja menos preocupante entre os profissionais do direito, inclusive nos quadros do Poder Judiciário. Os profissionais do direito pertencem a uma área do conhecimento que, em geral, é tendente ao conservadorismo e que, em grande parte, reluta em discutir o assunto. Com efeito, como afirma a doutrina, a maior parte dos juízes sabe muito pouco sobre sexo, além de sua própria experiência pessoal, que quase sempre é muito limitada,⁸⁴ chegando POSNER a salientar que, quando tratam de sexo, as cortes têm pouca idéia do que estão fazendo, o raciocínio legal convencional não leva a lugar nenhum e o “bom senso” não é um guia confiável, devido à natureza emocional do sexo e os inúmeros tabus que o cercam.⁸⁵

Com efeito, as tradicionais linhas de raciocínio morais e legais usadas para lidar com temas tão complexos como a sexualidade têm se mostrado completa e reiteradamente inadequadas,⁸⁶ evidenciando a necessidade de se trazer a lume um novo discurso, centrado principalmente em bases científicas e na discussão racional sobre a normatização do sexo.

Outra questão importante deriva da tradicional reticência cultural em discutir o assunto. Muito embora seja verdade que a literatura sobre sexo que emergiu a partir da década de 60 expandiu-se exponencialmente para abranger áreas diversas, que vão da pornografia a complexos estudos teóricos e acadêmicos, é certo que ainda existe uma relativa escassez de literatura na área, em especial a partir de uma abordagem mais abrangente e universal.

A doutrina existente, em sua maior parte, continua a ser de autoria de estudiosos oriundos de países ocidentais com alto grau de desenvolvimento, o que enseja, necessariamente, a predominância de uma determinada visão de mundo. Infelizmente, a produção acadêmica, na maior parte dos países africanos e asiáticos (em particular aqueles de tradição muçulmana), continua a ser quantitativamente insignificante. Some-se a isso o fato de

⁸⁴ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 01.

⁸⁵ ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁶ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 03

que tais obras dificilmente são traduzidas, e temos um quadro no qual grande parte do mundo deixa de participar do debate internacional sobre essas questões, o que é extremamente prejudicial ao desenvolvimento de uma doutrina mais inclusiva e de caráter universal. Quer nos parecer óbvio, por exemplo, que a China ou a Índia, os dois países mais populosos do mundo, devam ter alguma coisa a contribuir na discussão acadêmica sobre o sexo. O mesmo pode-se dizer de países com cultura milenar como o Japão ou o Irã, dentre outros. Entretanto, a produção acadêmica sobre o sexo e direito, em um grande número de países, continua a ser muito pequena, quando não inexistente.

As implicações dessa excessiva ocidentalização do debate sobre o sexo se tornaram evidentes com as pesquisas em larga escala da AIDS as quais demonstraram que muitas das categorias e classificações usadas para descrever a vida sexual no ocidente, tidas por nós como conceitos perfeitamente delimitados, tais como de homossexualidade, adultério ou prostituição, longe de serem universais, são frequentemente entendidas de forma bastante diferente em outras culturas. Ademais, diferentes culturas apresentam outras categorias e conceitos que não se encaixam no nosso sistema de classificação da sexualidade,⁸⁷ sendo essencial reconhecer, ainda hoje, a existência de importantes desafios na produção de conhecimento significativo, diante de tantas lacunas epistemológicas.⁸⁸

Aproveitando-se deste vácuo na produção acadêmica global, se aprofunda a existência de uma nova tendência, caracterizada pela hegemonia cultural dos Estados Unidos, auxiliada por certas questões estruturais, em especial o uso progressivo do inglês como língua universal e a esmagadora supremacia da indústria norte-americana do entretenimento a influenciar a cultura de todos os outros países.

Paradoxalmente, os Estados Unidos não são muito permeáveis às idéias que vêm de outros países, sendo que nenhuma outra nação é tão insular no tocante ao resto do mundo e ao mesmo tempo tão capaz de exportar suas idéias e visões.⁸⁹ Tal estado de coisas tem consequências importantes, já que os Estados Unidos permanecem como modelo que

⁸⁷ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 142.

⁸⁹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 30.

influencia as tendências relativas à sexualidade, seja sob o ponto de vista da produção cultural ou da pesquisa sobre sexologia,⁹⁰ o que é visto com desconfiança por muitos que se questionam se a exportação das idéias americanas sobre o sexo não seria uma forma de neocolonialismo.⁹¹

Entendemos, contudo, que a influência cultural norte-americana, em especial no tocante a idéias relacionadas ao sexo, não deve ser aceita de forma acrítica. Infelizmente, se é verdade que os Estados Unidos têm uma produção de altíssima qualidade na área acadêmica, também é verdade que boa parcela da mídia se especializou em explorar, sem pudores de qualquer espécie, os instintos, impulsos e preconceitos mais primitivos da população, forçando o nível do discurso a patamares inacreditavelmente baixos e, muitas vezes, imbecilizando-o por completo.

Some-se a isso o fato de que os Estados Unidos tem uma herança dual de puritanismo religioso e capitalismo liberal⁹² que faz com que os discursos relativos ao sexo sejam singulares, excessivamente politizados e, em nossa opinião, particularmente incongruentes. Sua influência global, entretanto, está permitindo que aquele país exporte para o resto do mundo muitas das ansiedades e contradições inerentes a sua cultura sexual,⁹³ motivo pelo qual é particularmente importante que ela seja analisada de forma crítica.

Contudo, talvez a questão mais preocupante quando se estuda o sexo é a confusão que se faz, raramente de forma inconsciente, entre a adoção de uma abordagem conceitual ou normativa do sexo, questão fundamental para se entender todas as discussões sobre o tema.

Expliquemos melhor: a sexologia e as ciências correlatas, por serem ciências naturais, têm como objeto de estudo uma realidade ôntica, qual seja, o sexo e o comportamento sexual (e não o que eles *deveriam ser*). O Direito, ao contrário, tem caráter lógico eminentemente deôntico, sendo regido pelas leis da imputabilidade (dever-ser). Em

⁹⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁹¹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 94.

⁹² *Ibid.*, p. 148.

⁹³ *Ibid.*, 153.

outras palavras, a ciência jurídica tem por objetivo estudar normas que enunciam o que se deve fazer e não o que sucedeu, sucede ou sucederá.⁹⁴ Isso quer dizer que o Direito, enquanto ciência, pressupõe um posicionamento axiológico *vis-à-vis* a uma realidade ôntica, ou seja, que a norma expresse, no mais das vezes, um juízo valorativo sobre a conduta humana.

Assim sendo, em princípio, o estudo da realidade ôntica do sexo, objeto da abordagem científica conceitual, não se confunde com o objeto da abordagem normativa do sexo, de caráter deôntico, que é privativa do Direito. Ou ao menos é assim que deveria ser.

Entretanto, não é isso o que se observa, provavelmente em razão das importantes implicações, na esfera sociocultural, do comportamento sexual humano. Destarte, no mais das vezes, os trabalhos científicos sobre sexo (ainda que sob o prisma ôntico), se mostram carregados de um alto grau de ideologia, motivo pelo qual a própria doutrina reconhece que a literatura científica sobre a sexualidade humana, mais do que em qualquer outra área, a par da linguagem descritiva, é mesclada com conselhos e linguagem prescritiva moralizadora.⁹⁵ De fato, uma das questões mais curiosas, quando se estuda a matéria, é observar que as pessoas parecem ter idéias bastante específicas não apenas sobre o seu próprio comportamento sexual, mas principalmente sobre o comportamento sexual dos “outros”.

Este ubíquo problema da confusão entre as análises descritiva e prescritiva do sexo é, em nossa opinião, o de mais difícil solução, particularmente porque a ideologia, muitas vezes é deliberadamente inserida de maneira sutil e indireta ou porque, em alguns casos, há real impossibilidade de determinação dos limites entre as questões conceituais e normativas.

Em verdade, vez que a informação sobre a sexualidade humana vem de ciências e campos tão diversos, diante deste enorme volume de informação, heterogênea e desigual, é de certa forma inevitável que, em qualquer discussão sobre a sexualidade, estaremos direta ou indiretamente lidando com os preconceitos e inclinações normativos e prescritivos das pessoas.⁹⁶ Contudo, compartilhamos a opinião de que qualquer ação social evidentemente terá

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 120.

⁹⁵ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 67.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 66.

melhores chances de ser bem-sucedida se for baseada em uma abordagem realista da condição humana,⁹⁷ o que significa que, antes de tentar normatizar o sexo, talvez deveríamos, coletivamente, empenhar mais recursos na tarefa de compreendê-lo.

Há de se considerar também que, sendo a sexualidade e suas manifestações uma das características singulares de cada ser humano e, paradoxalmente, um tema tão universal e complexo, é certo que por mais que extensamente pesquisada, necessariamente nossas conclusões refletirão uma visão fragmentada, limitada, incompleta e talvez mesmo afetada por nossos próprios preconceitos, ainda que inconscientes. Cientes, ainda, das constantes mudanças sociais que acontecem nessa área, devemos admitir que muito do que escrevermos deverá, certamente, ter caráter provisório, vez que novas idéias sobre as questões aqui abordadas surgem com velocidade sem precedentes, forçando que revisemos constantemente conceitos e opiniões.

Entretanto, todas estas dificuldades não nos desanimam. Ao contrário, elas apenas denotam os motivos pelos quais o estudo destas questões se faz mais premente, importante e necessário.

1.7. EM BUSCAS DE DEFINIÇÕES: DIFICULDADES EPISTEMOLÓGICAS E CONCEITOS BÁSICOS

1.7.1. DIFICULDADES EPISTEMOLÓGICAS

O que é o sexo? O que é o comportamento sexual?

Aparentemente tais perguntas parecem ser simples e mesmo desnecessárias. Se as fizermos para qualquer pessoa adulta, independentemente da cultura na qual esteja inserida, ela irá achar que as respostas são tão óbvias, que as perguntas sequer fazem sentido.

⁹⁷ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 66.

Contudo, como nós veremos a seguir, contrariamente ao que nos leva a crer nossa intuição, a conceituação do sexo, do comportamento sexual e de vários conceitos conexos é uma questão de extrema complexidade e que apresenta desafios epistemológicos ainda longe de serem superados, sendo que a única certeza é não existirem idéias sedimentadas e unanimemente aceitas.

E os juristas, por sua vez, devem abster-se de apontar seus dedos para os sexólogos, acusando-os de pouca cientificidade, diante de tantas indeterminações. Por acaso algum de nós, beneficiários de séculos de uma riquíssima cultura jurídica, podemos sequer afirmar que dispomos de uma definição, precisa e universalmente aceita, do que seja o direito, objeto da ciência à qual nos dedicamos?

Entretanto, as indeterminações existentes, que refletem os imprecisos limites entre as questões conceituais e normativas, longe de serem insignificantes, têm enormes efeitos práticos, com consequências importantíssimas para o direito. Com efeito, uma das razões pela qual nossa sociedade acha tão difícil resolver os problemas relativos à sexualidade é que existem desacordos fundamentais até mesmo sobre o que ela seja.

Acerca da questão, atualmente, podemos afirmar, genericamente, que coexistem três modelos conceituais, aparentemente irreconciliáveis entre si, quais sejam: (i) aqueles que compreendem a sexualidade como um fenômeno natural, que deve se adaptar a princípios ou interesses universais (em geral de ordem religiosa), tendo a sociedade a obrigação ética de canalizar para as suas manifestações mais éticas/morais, desencorajando suas formas imorais; (ii) a sexualidade entendida como uma questão biológica, fundada nas características biopsicológicas do indivíduo e que a sociedade, de maneira fútil, tenta restringir e; (iii) a sexualidade como um fenômeno social, produto de uma complexa interação entre fatores culturais e históricos que caracterizam os padrões de socialização que cada pessoa experimenta.⁹⁸

⁹⁸ ESKRIDGE JR., William N.; *et al*, *op. cit.*, p. 407.

Independentemente da posição que se adote, contudo, há de se compreender que a maior parte das discussões teóricas sobre o sexo, na atualidade, diz respeito à tentativa de conciliação entre o segundo modelo conceitual (de caráter essencialista ou reducionista, por partir do pressuposto de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, por conta de nossas similaridades biológicas) e o terceiro (de caráter construcionista, ou expansionista, por enfatizar o papel das diversas forças sociais na formação da sexualidade). Em outras palavras, é a tentativa de responder o quanto de nosso comportamento sexual é afetado por nossas características biológicas, e em que parcela, é resultado de influências externas, debate ainda longe de ser equacionado.

Mas não se conclua, açodadamente, que estas discussões teóricas sejam apenas cerebrinas e não ensejem grandes consequências práticas vez que, como demonstraremos, a adoção de uma delas, em detrimento das outras, pela norma ou por seus intérpretes, pode levar a consequências jurídicas completamente diferentes.

Consideremos, utilizando um exemplo proposto por SOBLE,⁹⁹ o adultério. Ele pode ser definido como a atividade sexual entre duas pessoas, pelo menos uma das quais é casada (não com a outra). É certo que não podemos aplicar com segurança o conceito de adultério até que se defina o que é “atividade sexual”.

Assim, caso João e Maria, via Internet, conversem e troquem entre si fotos e mensagens provocantes (ou mesmo se masturbem mostrando seus órgãos sexuais um para o outro pela *webcam*), estariam eles praticando um ato sexual (*cybersex*)? Ou imaginemos, para não escapar da questão do contato físico, que eles depois se encontrem num cinema e troquem beijos lascivos, com direito mesmo a algumas carícias íntimas. Podemos dizer com segurança que houve contato suficiente, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, para que se considere que uma atividade sexual tenha ocorrido, caracterizando a ocorrência do adultério?¹⁰⁰

⁹⁹ SOBLE, Alan. *The Philosophy of Sex and Love*. St. Paul: Paragon House, 2008, p. 05.

¹⁰⁰ É interessante notar que, mesmo no Brasil, enquanto vigorava o artigo 240 do Código Penal (revogado pela Lei nº 11.106/05), que previa o crime de adultério, havia uma querela doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade da “conjunção carnal” para a tipificação do crime.

Provavelmente obteremos respostas diferentes se fizermos esta pergunta ao João, a Maria, ou aos cônjuges de qualquer um dos dois, o que denota que questões conceituais e morais estão intimamente interligadas, e que a falta de clareza sobre o que seja ato sexual, *in casu*, poderia permitir a exoneração de comportamentos suspeitos por meio da conveniente adoção de entendimentos diversos e sobre o que seja atividade sexual.

Desta forma, ao analisarmos o comportamento sexual, a intenção subjetiva das pessoas envolvidas (ou poderíamos dizer, em tom de brincadeira, o “dolo”), pode ser tão importante como o ato em si. Por exemplo, um médico que examina os seios de uma paciente pode estar cometendo, conforme suas intenções, um ato moralmente reprovável ou não, muito embora não haja diferença entre o ato físico observável. Vez que ninguém jamais viu um desejo ou uma cognição, nem mesmo experimentou alguma emoção ou desejo que não sejam seus, somos obrigados a inferir a existência e a natureza dos atos sexuais de outras pessoas pelo que elas fazem e dizem, o que não é passível de verificação objetiva. Em verdade, são os aspectos mentais da sexualidade, que não são observáveis pelo comportamento ou pela fisiologia, que fazem o estudo da sexualidade humana tão interessante e ao mesmo tempo tão difícil.¹⁰¹

Na medida em que passamos a adotar um modelo cultural de entendimento da sexualidade, a questão se torna ainda mais complexa, pois há de se considerar que a definição de um comportamento sexual em si pode mudar de uma sociedade para outra. Tocar os braços de alguém em uma cultura pode apenas servir para chamar sua atenção, mas o mesmo ato em outra cultura pode ser visto como um ato agressivo ou de cunho claramente sexual. Como exemplo, vale recordar que, no ápice do poder da União Soviética, os caquéticos líderes comunistas se cumprimentavam com calorosos beijos na boca que, aparentemente, não tinham qualquer conotação sexual.

E para que não se pense que as questões até aqui tratadas têm caráter meramente secundário, sem maiores consequências práticas, vamos ilustrá-las por meio de um caso

¹⁰¹ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 42.

emblemático, no qual as questões teóricas sobre o sexo e seus respectivos efeitos na interpretação e aplicação do direito afetaram, recentemente, a história política de todo um país.

Uma servidora pública do estado norte-americano do Arkansas, chamada Paula Jones, ajuizou uma ação acusando o então governador daquele estado, Bill Clinton, de tê-la assediado sexualmente, em 1991. No curso daquele processo (*Jones v. Clinton*), os advogados da autora tentaram imprimir maior veracidade às suas alegações mediante a comprovação de que Clinton, já então Presidente dos Estados Unidos, tinha como padrão de comportamento se relacionar sexualmente com suas subordinadas.

Clinton então foi perguntado se tinha tido envolvimento sexual com outras servidoras públicas com as quais tivesse trabalhado, dentre as quais a estagiária Monica Lewinsky. Clinton negou peremptoriamente que tivesse mantido relações sexuais com Lewinsky, usando em seu proveito a ambiguidade inerente à expressão relação sexual, que havia sido definida, pelo Juiz do caso, como “contato com a genitália, ânus, virilha, seios, parte interna das coxas ou nádegas de uma pessoa com a intenção de gratificação ou despertar o desejo sexual”.¹⁰²

Por meio de uma malandra interpretação da definição que lhe foi apresentada, Clinton, que havia recebido sexo oral de Lewinsky, defendeu que não teve qualquer relação sexual com ela, por não ter tido contato com as partes íntimas da estagiária, mas sim com seus lábios, como ele, candidamente, admitiu em depoimento retransmitido ao vivo para o mundo inteiro. Assim, segundo esta linha de raciocínio, quem manteve contato com a genitália dele teria sido Lewinsky, o que resultou numa inusitada situação: a estagiária teria mantido relações sexuais com ele (já que tocou sua genitália), mas ele não teria mantido relações sexuais com ela (vez que apenas teve contato com seus lábios).

Vez que aparentemente ninguém se convenceu da interpretação legal proposta por Clinton, foi ele acusado de falso testemunho, o que precipitou um processo de *impeachment*,

¹⁰² No original: “For the purposes of this definition, a person engages in “sexual relations” when the person knowingly engages in or causes contact with the genitalia, anus, groin, breast, inner thigh, or buttocks of any person with an intent to gratify or arouse the sexual desire of any person”.

que culminou com a sua absolvição pelo Senado, no caso mais emblemático e exemplificativo da crescente politização da sexualidade no mundo contemporâneo.

Assim sendo, comprovada a importância das questões conceituais subjacentes, e para tornar mais clara as nossas idéias aos leitores, entendemos que se faz necessário explicitarmos as opções conceituais adotadas na presente obra, o que será feito a seguir.

1.7.2. CONCEITOS BÁSICOS

Para que possamos utilizar uma terminologia razoavelmente unívoca, permitindo a discussão das idéias a serem debatidas nos capítulos seguintes com clareza suficiente, é útil a exposição, ainda que breve, do que se entende por sexo e comportamento sexual.

Vez que o presente trabalho tem cunho eminentemente jurídico, tais explicações serão limitadas a conceitos elementares e às informações consideradas essenciais aos nossos objetivos, recorrendo, para tanto, às lições dos maiores especialistas nesta área, motivo pelo qual as informações constantes neste item (a não ser quando houver remissão expressa à outra fonte) refletem aquelas constantes no curso sobre sexualidade disponibilizado na Internet pela Universidade Alemã de Humboldt, em Berlim, que constitui um dos mais importantes e respeitados arquivos públicos existentes sobre sexo no mundo,¹⁰³ criado pelo Dr. Erwin J. Haeberle. Vale ressaltar que, a par das dificuldades epistemológicas anteriormente referidas, as posições aqui expostas (que não necessariamente refletem as nossas) são atualmente majoritárias entre os especialistas.

Inicialmente, cumpre esclarecer que os seres humanos são seres sexuais em virtude de evolutivamente terem adotado a reprodução sexuada, a única capaz de responder, com eficácia e rapidez, às mudanças violentas ou à modificação do meio, vez que:

¹⁰³ MAGNUS HIRSCHFIELD ARCHIVE FOR SEXOLOGY. Disponível em: <http://www2.hu-berlin.de/sexology/index.htm>. Acesso em 10.09.2011.

“(...) recoloca em questão as combinações genéticas já existentes. Essa “redistribuição de cartas” é a condição *sine qua non* da evolução. Permite que cada geração escolha novas combinações mais aptas para explorar o meio. Esse modo de reprodução, que mantém de forma incessante uma grande variedade nos patrimônios genéticos dos indivíduos, é viabilizado pela sexualidade. Aqui, cada sujeito é fruto de uma mistura: a metade do patrimônio vem do pai, a outra metade da mãe. É um mestiço oriundo de seus pais. Em consequência, jamais se assemelha rigorosamente a eles: não será idêntico a nenhum dos dois, será outro”.¹⁰⁴

Em verdade, se a partir de certo nível de organização biológica a natureza impôs a morte de um modo universal é porque, apesar das aparências, esse fenômeno inclui uma vantagem evolutiva, vez que a reprodução sexuada cria, sem cessar, novos seres com patrimônio genético original. Contudo, estas novas combinações (sobretudo as melhor adaptadas), só podem vir a existir se os antigos lhes cederem o lugar, de forma que a sexualidade e a morte são duas faces da mesma moeda, qual seja, o ciclo vital que forma, ao longo das gerações, uma longa cadeia cuja origem se perde na noite dos tempos.¹⁰⁵

Por estas razões, a palavra sexo, do latim *secare* (i.e., cortar ou dividir), originalmente se refere à divisão dos dois grupos necessários para a reprodução sexuada: macho e fêmea (ou homem e mulher, no caso dos humanos). Somos, portanto, sem dúvida, seres sexuados, sendo inegável que, no atual estágio de avanço tecnológico, o casal heterossexual é a unidade biológica da qual depende necessariamente a reprodução da espécie.¹⁰⁶

Tal diferença sexual entre os sexos está inflexivelmente ligada a nossa anatomia, de forma que a nossa primeira e mais imediata identidade tem a ver precisamente com a

¹⁰⁴ RUFFIÉ, Jacques; *O Sexo e a Morte*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988, p. 20.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹⁰⁶ MORENO, Hortência. Relaciones Sexuales In: BLANCK-CEREIJIDO, Fanny. (Coord.) *Sexualidad y Derechos Ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, p. 13.

exclamação do parteiro “É um menino! (ou menina)”,¹⁰⁷ muito embora hoje em dia, com os avanços tecnológicos, a regra é que já se saiba de antemão o sexo do bebê, que pode ser revelado por uma série de exames (isso quando a escolha do sexo não pré-data a próprio ser, por meio da seleção de embriões com base no sexo!).

Essa dicotomia existente entre os dois sexos parece ser tão óbvia e natural, um dado tão evidente e indiscutível da realidade, que ninguém normalmente se questiona sobre isso. Entretanto, contrariamente a percepção comum e talvez, para a surpresa de muitos, as coisas estão longe de ser assim tão simples.

Nos seres humanos, em particular, a sexualidade é um fenômeno complexo, resultante da interação de aspectos biológicos, psicológicos e sociais, três dos quais são considerados básicos: o sexo, o gênero e a orientação sexual. No entanto, ainda que consideremos apenas os aspectos físicos, existem ao menos cinco fatores biológicos (referentes tanto ao genótipo como ao fenótipo dos indivíduos) que devem ser considerados para se determinar o sexo, sendo que cada um deles pode apresentar exceções atípicas. Consequentemente, em alguns casos, é extremamente difícil, quando não impossível, determinar se um indivíduo é do sexo masculino ou feminino.

O primeiro dos fatores determinantes do sexo biológico de um indivíduo é sua configuração cromossômica. Cada célula humana contém 23 pares de cromossomos, sendo que as células de um corpo feminino contêm dois cromossomos X (XX) e as de um corpo masculino, um cromossomo X e outro Y (XY). Aqui, contudo, nos deparamos com as primeiras exceções: em alguns casos, existem indivíduos com combinações como XXY, XYY ou mesmo XXX, os quais, por nascerem com combinações genéticas excepcionais, desenvolvem vários problemas físicos e/ou são estéreis, não se encaixando perfeitamente no conceito genético de masculino ou de feminino.

¹⁰⁷ MORENO, Hortência. Relaciones Sexuales In: BLANCK-CEREIJIDO, Fanny. (Coord.) *Sexualidad y Derechos Ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, p. 13.

O segundo fator determinante é o sexo gonadal, sendo que as mulheres têm ovários e os homens, testículos. Contudo, em alguns casos raros, tecidos de testículos e ovários podem ser encontrados na mesma pessoa.

O terceiro fator é o sexo hormonal. Vez que as gônadas são responsáveis pela produção de hormônios (masculinos e femininos) com importante papel no desenvolvimento das características sexuais, em especial antes do nascimento e durante a puberdade, os hormônios por elas produzidos afetam diretamente o sexo hormonal. Novamente, em casos excepcionais, o excesso ou falta de hormônios pode ter uma influência decisiva no funcionamento do corpo, levando inclusive a uma aparência física singular, vez que o desequilíbrio hormonal pré-natal pode levar a formação de órgãos sexuais atípicos, nos quais existem estruturas masculinas e femininas.

O quarto fator são as estruturas sexuais internas (ou reprodutivas acessórias), tais como o útero e a vagina nas mulheres e os dutos seminais e a próstata nos homens, que também podem apresentar condições atípicas, sendo ausentes ou com o desenvolvimento incompleto.

O quinto fator são os órgãos sexuais externos (i.e. pênis e saco escrotal para os homens e clitóris e lábios vaginais para as mulheres). Também nesses casos, existem exceções, caracterizadas por sua ausência ou desenvolvimento incompleto.

Assim sendo, mesmo que consideremos apenas as questões de ordem biológica, existem pessoas com constituição física ambígua, que não são propriamente nem do sexo masculino, nem do sexo feminino, embora isso possa parecer surpreendente para algumas pessoas. São os denominados intersexuais.

Outro aspecto básico para a determinação sexual (não biológica) é o gênero (ou “identidade de gênero”), característica de natureza psicossocial, que diz respeito aos papéis psicológicos e sociais que os indivíduos do sexo masculino e feminino exercem na sociedade e que abrangem dois outros critérios usados na identificação sexual, quais sejam: o sexo

designado (i.e. aquele no qual o indivíduo foi criado), que se refere ao papel do gênero visto externamente, e ao sexo de autoidentificação (i.e. aquele pelo qual a pessoa se autoidentifica), experimentado subjetivamente.

Ordinariamente, quando as pessoas nascem, têm um sexo designado, normalmente em conformidade com sua aparência física. Uma criança com o corpo feminino será criada como uma menina (e vice-versa). Contudo, devido à dificuldade de se determinar o sexo de um indivíduo, em casos atípicos, é possível, embora raro, que uma criança do sexo feminino seja criada como menino (e vice-versa). No tocante à autoidentificação sexual, normalmente as crianças com corpo feminino, criadas como meninas, consideram-se do sexo feminino. Da mesma forma, as crianças com corpo masculino, criadas como meninos, consideram-se do sexo masculino. Contudo, excepcionalmente, existem indivíduos que são do sexo feminino, foram criadas como meninas, mas que se consideram como sendo do sexo masculino (e vice-versa).

Existe ainda um terceiro aspecto básico a ser considerado quando se fala em sexo, que é a orientação sexual, que se refere à atração que um indivíduo tem por outros do sexo feminino ou masculino, ou ambos.

Por fim, considerando que os três aspectos básicos da sexualidade humana (sexo biológico, gênero e orientação sexual) se referem a diferenças de grau, podemos constatar que:

(i) o sexo biológico pode ser definido com base nos cinco fatores a que se refere o sexo físico. A grande maioria das pessoas atende aos critérios de masculinidade ou feminilidade em todos os fatores determinantes do sexo físico, embora existam pessoas com o sexo físico ambíguo, denominados intersexuais;

(ii) o gênero, definido como a feminilidade ou masculinidade de um indivíduo, é baseado em certas qualidades psicossociais que são incentivadas em um sexo e desencorajadas no outro. Novamente, a grande maioria das pessoas apresenta características de feminilidade ou masculinidade que claramente estão em

conformidade com seu sexo físico. Contudo, uma minoria assume um gênero que contradiz seu sexo físico (travestismo) ou apresenta uma alteração completa (transexualismo);

(iii) a orientação sexual pode ser definida como a heterossexualidade ou a homossexualidade do indivíduo, determinada com base na preferência de parceiros sexuais, qual seja, o grau no qual eles se sentem eroticamente atraídos por parceiros do mesmo sexo ou do sexo oposto. A maior parte dos indivíduos desenvolve uma clara preferência por parceiros do sexo oposto. Contudo, uma minoria sente atração pelos dois (bissexualidade) ou pelo seu próprio sexo (homossexualidade).

Nesse sentido, importante a lição de HERDT, que acrescenta ter o sexo três dimensões: uma subjetiva ou intrapsíquica, que se refere ao que acontece dentro das pessoas, outra intersubjetiva ou interpessoal íntima, que se refere às interações com outras pessoas na esfera íntima como namoro, casamento, e uma terceira, intersubjetiva de caráter cultural que se refere às regras específicas sobre gênero em uma cultura sexual em particular.¹⁰⁸

Ao analisarmos os aspectos básicos da sexualidade humana, podemos notar que o espectro de variações possíveis, em termos percentuais, varia muito entre os três. O número de exceções é pequeno no que tange ao sexo biológico, vez que existem, proporcionalmente, poucos intersexuais. Elas já são em maior número no tocante ao gênero, porque existe um número relativamente maior de travestis e transexuais. Ademais, este número é ainda maior no tocante à orientação sexual, vez que existem ainda mais bissexuais e homossexuais.

Outro ponto é especialmente importante: os três aspectos básicos do sexo, em sua forma típica ou em sua forma atípica, são independentes entre si, de forma que eles podem aparecer em qualquer combinação concebível. Assim, por exemplo, existem mulheres, femininas e heterossexuais (as denominadas mulheres típicas), mas também existem mulheres, femininas e homossexuais, bem como mulheres masculinas e heterossexuais e mulheres

¹⁰⁸ HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 10.

masculinas e homossexuais. De forma similar, existem homens masculinos e heterossexuais (os chamados homens típicos) e homens masculinos e homossexuais (etc.).

Vamos exemplificar: a cantora Cher, uma das mulheres mais famosas do mundo, além de ser fisicamente do sexo feminino, adota o gênero feminino e tem orientação heterossexual, estando em conformidade com a imagem que temos de uma mulher típica. Já sua filha, Chastity Bono, também internacionalmente conhecida por sua participação em *reality shows*, se submeteu a uma operação de transgenitalização (mudando seu nome para Chaz), tem um perfil sexual diferente. Biologicamente Chaz nasceu do sexo feminino, tendo sido esse também o seu sexo designado. Contudo, seu sexo de autoidentificação sempre foi o masculino, tendo ela adotado, igualmente o gênero masculino. Quanto a sua orientação sexual, Chaz sente atração por mulheres.

Esta grande variabilidade a que nos referimos (inclusive de grau), no tocante a determinantes sexuais, é típica da sexualidade humana, de forma que cada um de nós pode ser considerado um ser sexualmente único.

Sendo o homem um animal biopsicossocial e, considerando o espectro amplo e multidimensional da sexualidade humana, podemos perceber que é extremamente difícil, se não impossível, fazer distinções precisas entre as características herdadas (sexo biológico) e os hábitos adquiridos (sexo psicológico). Em outras palavras, é extremamente difícil encontrar as bases biológicas sob a superestrutura cultural. Certamente, tanto a natureza como a criação tem uma participação, mas é difícil determinar o montante exato de cada uma. Por evidente, a complexidade da interação entre biologia e cultura é imensa, motivo pelo qual afirma TAYLOR que:

“A interação entre a biologia e a cultura é inimaginavelmente complexa em todos os aspectos da vida. A genética, o ambiente hormonal intrauterino, as primeiras experiências e, mais tarde, os fatores pessoais e políticos são partes significativas de como o indivíduo desenvolve sua identidade e preferências sexuais. Mesmo num nível aparentemente básico, a biologia não existe independentemente da

cultura: o sexo biológico como uma idéia distinta é na verdade parte de um sistema ocidental moderno de gênero, um sistema que inclui conhecimentos científicos que surgiram e se desenvolveram ao lado de preconceitos e presunções inconscientes”.¹⁰⁹

Durante os vários estágios da vida de uma pessoa, podemos distinguir as características sexuais primárias (i.e. órgãos sexuais presentes no nascimento); as características sexuais secundárias (i.e. aquelas que se desenvolvem na puberdade e acentuam as diferenças entre homens e mulheres) e as características sexuais terciárias (i.e. aquelas características psicológicas ou sociais que são estimuladas em um sexo e desencorajadas em outro, como, por exemplo, o charme nas mulheres e a agressividade nos homens). As características sexuais primárias e secundárias são determinadas biologicamente e constituem o fato de uma pessoa ser do sexo masculino ou feminino. Por sua vez, as características terciárias são determinadas culturalmente, e constituem a masculinidade ou a feminilidade da pessoa.

No entanto, as diferenças físicas entre os sexos não são tão grandes quanto parecem, pois os órgãos sexuais do homem e da mulher são estruturalmente similares. Com efeito, nas primeiras semanas de seu desenvolvimento eles sequer podem ser distinguidos. É apenas com o seu desenvolvimento subsequente, antes do nascimento e, posteriormente, na puberdade, que os mesmos se tornam diferenciados e complementares para o propósito da procriação. Mas mesmo então, ainda existem, em ambos, estruturas análogas, originadas nas mesmas massas celulares.

Os sexos se desenvolvem de maneira diferente pela estimulação dos genes na produção das gônadas e, conseqüentemente, de hormônios, o que equivale a dizer que, se um óvulo fertilizado contém dois cromossomos X, ele desenvolverá um embrião que irá formar ovários. No entanto, se ele tem um cromossomo X e um Y, estimulará as massas celulares gonadais a desenvolver testículos que, por sua vez, produzirão o hormônio testosterona que irá ajudar o embrião a se tornar do sexo masculino. Sem a produção de testosterona, o

¹⁰⁹ TAYLOR, Timothy; *The Prehistory of Sex*. Nova York: Bantam Books, p. 70.

desenvolvimento embrionário automaticamente é feito no sentido de formar uma pessoa do sexo feminino. Em outras palavras, o sexo feminino é o sexo básico ou primário e, do ponto de vista da biologia evolucionária, também o sexo mais antigo. O sexo masculino, portanto, pode se desenvolver apenas se alguma coisa é adicionada, qual seja, a produção de hormônios.

Assim como o sexo físico de uma pessoa se desenvolve por muitos anos (i.e. do embrião ao estágio adulto totalmente diferenciado), também o gênero da pessoa é construído em um longo período de tempo. Tão logo as pessoas nascem, a elas é determinado um sexo, de acordo com suas características sexuais primárias mais óbvias. Estas, então, determinam como o bebê será tratado pela família, amigos, vizinhos etc.

Se essa determinação do sexo vai permanecer (i.e. se a criança vai aceitá-la), é uma outra questão. Sabemos que a autoidentificação como sendo do sexo feminino ou masculino torna-se permanente nos primeiros anos de vida. Ainda assim, a criança pode demonstrar em suas ações visíveis o gênero que lhe foi designado, embora internamente ressinta isso. Em outras palavras, uma menina pode secretamente se autoidentificar como um menino (ou vice-versa). Trata-se, porém, de parcela minoritária da população. Para a maioria, gênero e autoidentificação sexual são duas faces da mesma moeda e, com o passar dos anos, a masculinidade ou feminilidade biológica aumenta, conjuntamente com as dimensões psicossociais de sua masculinidade ou feminilidade. Tal desenvolvimento, que se inicia no nascimento, é bastante reforçado na puberdade, quando existe a expectativa de que os adolescentes se tornem homens e mulheres adultos, desenvolvendo as características sexuais terciárias.

Por sua vez, a definição de comportamento sexual é igualmente problemática, pois seu conceito moderno reflete uma visão científica do mundo e das atividades humanas inexistente nos períodos históricos antecedentes. Não que as pessoas não soubessem o que era abraçar, beijar, falar ou fazer sexo, como comprovado por vasta literatura. O que ocorria é que não existia, nesta época, um termo que englobasse, de forma sumária, descritiva e moralmente neutra, todos estes comportamentos.

Os órgãos sexuais eram entendidos, restritivamente, apenas como os órgãos genitais ou reprodutivos. Posteriormente, passaram a ser compreendidos como aqueles que podem servir para a gratificação sexual, disso resultando que qualquer comportamento envolvendo a estimulação destes órgãos poderia ser descrito também como sexual. Logo, se o comportamento sexual pode abarcar algo mais amplo, como a estimulação de outros órgãos que não os genitais, vários outros comportamentos como, por exemplo, a felação, podem ser considerados sexuais, muito embora não haja no ato qualquer possibilidade de reprodução. Se formos mais fundo neste raciocínio, o sexo poderá envolver inclusive atividades entre pessoas do mesmo sexo, ou mesmo a masturbação, dentre outros comportamentos (e.g. alguns paraplégicos, por exemplo, conseguem chegar ao orgasmo por meio do contato físico de seus ombros e, talvez para eles, este contato físico possa ser considerado uma atividade sexual).¹¹⁰

Essa visão foi, posteriormente, ainda mais ampliada pela psicanálise, tornando o conceito de comportamento sexual ainda mais inclusivo, para abranger o impulso vital das pessoas, denominado libido, sendo esta posição aquela normalmente aceita pelas pessoas, motivo pelo qual, voltando ao exemplo a que nos referimos anteriormente, se confere às peripécias de Clinton com a estagiária, um cunho claramente sexual.

Tal compreensão inclusiva do sexo, embora nos pareça correta, expressa em si uma visão predominante no mundo atual e é bastante subjetiva. De fato, só o homem moderno consegue detectar sinais sexuais em praticamente tudo. Perceba-se que uma opção mais restritiva, que considere sexo apenas a atividade que leva a reprodução, como já dito, excluindo qualquer outro comportamento, em princípio, também pode ser sustentada (a consequência lógica seria que muitos comportamentos, como a masturbação, o sexo oral e a homossexualidade, por exemplo, sequer poderiam ser classificados como sexuais). Com efeito, alguns povos primitivos não encontram nenhum elemento sexual em muitas das condutas que são consideradas de cunho claramente sexual por um homem moderno. Por exemplo, o fato objetivo de uma jovem de 18 anos dançar completamente nua perto de vários homens tem uma interpretação e inspira reações completamente diferentes se ocorrer na Avenida Paulista ou no Xingu. O fato observável, contudo, é exatamente o mesmo, o que nos

¹¹⁰ TAYLOR, *op. cit.*, p. 73.

leva crer que a moderna visão ocidental do sexo e do comportamento sexual também não é imune a críticas. Talvez, no futuro, existam novas mudanças de paradigmas, como característico da evolução científica, que alterem muito das nossas visões de hoje, o que comprova que os próprios limites do sexual, por serem histórica e socialmente definidos, são movediços.¹¹¹

Nesse sentido, voltando ao nosso exemplo presidencial, a interpretação de Clinton, muito embora tenha sido criada como solução para uma questão política (e provavelmente seja considerada ridícula pela maior parte das pessoas), não seria totalmente sem sentido, se adotássemos uma conceituação radicalmente restritiva do sexo. Com efeito, é possível se defender, com alguma racionalidade, considerando a natureza potencialmente reprodutiva do ato sexual como seu elemento caracterizador, que o mesmo, em sentido estrito, é apenas aquele que leva potencialmente à fertilização e, portanto, à reprodução sexuada. Em verdade, embora possa ter havido prazer para ambos, aparentemente nunca ocorreu entre eles um ato sexual que pudesse levar à reprodução.

Recordemos, igualmente, que esta interpretação restritiva, longe de ser absurda, já foi implicitamente adotada por nosso sistema normativo, pois antes do advento da Lei 12.015/09, o Código Penal, em seu artigo 213, previa penalidade específica para o crime de estupro, então definido como o ato de constranger mulher à “conjunção carnal”, compreendida restritivamente para abranger tão somente a introdução do pênis na vagina da vítima.¹¹²

Tal interpretação, contudo, foi recentemente alterada pela já mencionada Lei 12.015/09, que modificou tal artigo¹¹³ para que se aplique a mesma pena à prática não consentida (desta feita contra “alguém” e não somente contra mulher) de “outros atos libidinosos”, o que representa claramente a adoção de uma conceituação mais ampla do que venha a ser sexo.

¹¹¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro *et al*, *op. cit.*, p. 04.

¹¹² Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena - reclusão de quatro a dez anos.

¹¹³ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Cf. Alterado pela Lei 12.015/09).

Assim sendo, atualmente, a expressão “comportamento sexual”, conforme compreendido pelos especialistas, pode se referir: (i) aos comportamentos necessários para a fertilização (comportamento reprodutivo); (ii) as ações e respostas que expressem um comportamento relativo ao gênero da pessoa (comportamento de gênero, o que tem grande influência cultural, pois embora a masculinidade e a feminilidade tenham também uma base biológica, seu conteúdo e expressão podem variar no tempo e nas diferentes culturas); (iii) os comportamentos envolvendo uma resposta sexual do corpo (comportamento erótico), que nos humanos é acompanhada de prazer e; (iv) todas as manifestações do instinto vital (comportamento libidinoso em sentido genérico), relativos à busca da satisfação em todas as suas formas.

Alguns sexólogos contemporâneos defendem, ademais, a idéia de que os comportamentos sexuais são como *scripts* ou modelos comportamentais que se aprendem e aos quais adaptamos nosso comportamento, dentre os muitos que são disponibilizados pela cultura na qual o indivíduo está inserido. Contudo, é certo que o comportamento sexual tem uma base biológica, e o *script* apenas pode ajudar na formatação de um potencial inato. Assim, conforme vão crescendo, às pessoas são oferecidos diversos *scripts* sexuais dentre os quais elas selecionam e que se adaptam melhor a elas. A seleção final que cada pessoa faz é o resultado do processo interativo entre suas circunstâncias pessoais, que variam de indivíduo para indivíduo, de forma que o resultado final também varia, outra razão pela qual podemos afirmar que somos sexualmente únicos.

É importante, igualmente, notar que os modelos comportamentais disponíveis em uma determinada sociedade se alteram no decorrer da história. Assim, por exemplo, a variedade de comportamentos aceitos no mundo ocidental há dois mil anos era muito maior do que aquela aceita pelos padrões existentes atualmente, o que correspondia à existência de um maior número de modelos comportamentais. Por sua vez, os modelos comportamentais existentes hoje são mais variados que aqueles existentes no período medieval.

Um grande problema da sociedade atual, contudo, é que os modelos comportamentais e culturais existentes pressupõem que o gênero, o comportamento erótico e reprodutivo sejam inter-relacionados e congruentes (i.e. correspondentes ao homem e mulher típicos), o que, como já vimos, não acontece com todas as pessoas. Parte da problemática que enfrentamos atualmente, relativamente ao sexo, é que temos contato com novos modelos de comportamentos sexuais inseridos em nossa cultura, com maior ou menor aceitação, causando alguma instabilidade naqueles já existentes.

Por meio destas considerações básicas sobre os problemas que a sociedade atual enfrenta no campo da interação entre o sexo e o direito, acreditamos ter conseguido fazer um diagnóstico razoavelmente abrangente dos principais problemas e focos de tensão, justificando a necessidade de estudo do tema e apontando quais os maiores desafios para sua solução.

Há de se considerar, entretanto, que a situação atual reflete um processo histórico bastante extenso, que será objeto de nosso próximo capítulo, cuja compreensão certamente será útil tanto para que possamos contextualizar nossa realidade presente, bem como para servir de guia no tocante à proposta de soluções.

II

SEXO E DIREITO: A HISTÓRIA DE UMA RELAÇÃO MUITO ÍNTIMA

If you want to understand today, you have to search yesterday

Pearl S. Book

2.1. INTRODUÇÃO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior objetivamos esboçar um quadro do estágio atual da interação recíproca entre sexo o direito ou, em outras palavras, a normatização do sexo.¹¹⁴

Contudo, compartilhamos do entendimento de Winston Churchill no sentido de que “*the farther backward you can look, the farther forward you are likely to see*”, motivo pelo qual também é importante, para a compreensão das questões contemporâneas, sua contextualização histórica, o que será útil, em um momento posterior, para a proposição de soluções às questões encontradas.

Por evidente, “o sexo no passado ajuda a explicar o sexo no presente”¹¹⁵ e, ainda que a história não possa servir de guia, tal conhecimento é útil para que possamos melhor entender o caminho que trilhamos até aqui. A história, por certo, é uma sequência e, tudo que acontece é de alguma forma relacionado com o que aconteceu antes, de modo que a vida

¹¹⁴ O Direito e a moral têm uma intrínseca relação, até mesmo do ponto de vista histórico, porque, no princípio, eram indistintas, nas comunidades primitivas, as práticas jurídicas religiosas e morais (Cf. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia de Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 441). Com efeito, a regulação do sexo pelas sociedades tradicionalmente se deu por um misto de normas legais, morais e religiosas, sendo impossível fazer uma distinção entre as mesmas, em particular nas sociedades primitivas, de forma que a expressão “normatização do sexo” será usada, neste contexto histórico, *lato sensu*, para se referir ao conjunto das regras aplicáveis ao controle do comportamento sexual.

¹¹⁵ STEARNS, Peter N.; *Sexuality in World History*. Londres: Routledge, 2005, p. 01.

sexual dos humanos atuais é produto, ainda que remotamente, da vida sexual de nossos ancestrais de quinhentos, cinco mil, ou cinco milhões de anos atrás,¹¹⁶ motivo pelo qual as questões aqui tratadas, longe de serem apenas objeto de curiosidade, têm reflexos diretos nas grandes discussões atuais.

Vale ressaltar, contudo, que a história da interação entre o sexo e o direito se confunde em grande parte com a própria história da humanidade, sendo extremamente complexa e extensa, ultrapassando em muito a capacidade de apreensão de um indivíduo, de forma que estamos cientes que nossa exposição necessariamente será incompleta.

Há de se considerar, igualmente, serem especialmente difíceis quaisquer tentativas de interpretação das várias forças que sobre eles atuaram, sejam antropológicas, econômicas, sociológicas, morais, religiosas, médicas, filosóficas, ou tecnológicas, vez que, na maior parte das vezes, elas estão intimamente interligadas ou sobrepostas, o que torna praticamente impossível uma conclusão precisa sobre o que seja causa ou consequência em cada um dos distintos contextos históricos. O correto, portanto, é tentarmos compreender cada uma delas como parte de um todo conglobante, vez que a divisão das ciências sociais em vários ramos independentes, como o Direito, a Economia, a Sociologia, a Política, a Antropologia etc., com a delimitação de seu objeto de estudo, deu-se mais para fins didáticos do que em função de limites precisos entre elas,¹¹⁷ que não existem na realidade.

Entretanto, se é impossível, em uma obra individual, fazer uma descrição exaustiva dos costumes sexuais (e sua respectiva normatização) em todas as civilizações, também é certo que, em particular no tocante ao mundo ocidental, é factível uma análise das grandes tendências existentes, delineando, com alguma precisão, um *continuum* cultural que permite uma compreensão razoavelmente abrangente e satisfatória, possibilitando melhor relacionar o presente ao passado.

¹¹⁶ TANNAHILL, Reay; *Sex in History*. Londres: Abacus, 1995, p. 07.

¹¹⁷ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

Vale ressaltar que um mais aprofundado entendimento da histórica interação entre o sexo e o direito demanda seja conferida a devida atenção a uma série de aspectos e singularidades, aos quais faremos referência a seguir.

O primeiro deles é que o sexo seja talvez o maior segredo da história,¹¹⁸ vez que seu registro sempre encontrou uma série de obstáculos que distorcem nossa visão do passado, tornando-a menos fidedigna do que em outras áreas do conhecimento.

Dentre os obstáculos existentes, talvez o mais importante tenha sido o fato de que, na maior parte das vezes, as pessoas procuram a intimidade para fazer sexo, e os relatos existentes, a não ser quando digam respeito às experiências da própria pessoa que está escrevendo, fazem referência a um fato que dificilmente pode ser objetivamente verificado.

Como todas as sociedades condenavam alguns comportamentos sexuais e incentivavam outros, desencorajando o registro dos últimos, somos forçados a concordar com a afirmação de KUEFLER no sentido de que “uma coisa é certa ao estudarmos a história da sexualidade. Nunca saberemos exatamente o que acontecia a portas fechadas. Sempre existe uma diferença entre a sexualidade visível, aberta ao público, e aquela invisível, exercida em privado”.¹¹⁹ Em outras palavras, os registros históricos existentes revelam, no mais das vezes, uma desproporcional incidência daquilo que se queria mostrar e, por motivos óbvios, bem pouco daquilo que se queria esconder, impedindo a obtenção de um quadro fiel da realidade.

Ademais, grande parte do material histórico relativo ao sexo é tangencial ao invés de direto, vindo de outros ramos do conhecimento como, por exemplo, do direito, medicina e literatura. Tais registros indiretos, *per se*, também costumam implicar num distanciamento da realidade fática, vez que, via de regra, o direito costuma se preocupar mais com o que é proibido (ao invés do que com o que é permitido), a medicina, com o que é anormal e, a literatura, com o bizarro ou extraordinário.¹²⁰

¹¹⁸ KUEFLER, Mathew S.; *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 91.

¹²⁰ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 69.

Some-se a isso o fato de que a maior parte dos registros existentes, ao menos até a Idade Contemporânea, eram feitos quase que exclusivamente por homens, o que enseja a existência de um enorme e incômodo silêncio sobre como metade da população vivia e compreendia sua sexualidade.

Devemos considerar, igualmente, que num mundo as taxas de analfabetismo eram imensas, as pessoas que deixaram registros de suas vidas por escrito, em geral, pertenciam a um grupo sociocultural que não refletia necessariamente a média da população.

Como a história não é um processo racionalmente ordenado e retilíneo, é comum a ocorrência de rupturas, avanços, recuos e inconsistências, motivo pelo qual qualquer tentativa de periodização é, por evidente, arbitrária. No entanto, embora não exista necessariamente uma coincidência entre a periodização histórica adotada pelo sistema educacional brasileiro e muitos dos principais eventos de importância para a normatização do sexo, optamos utilizá-la, por uma questão didática, apenas tomamos a liberdade de dividir o período contemporâneo em dois, usando a Segunda Guerra Mundial como marco entre ambos, permitindo a caracterização do período mais recente como intrinsecamente diverso do anterior, em virtude da alteração da infraestrutura socioeconômica da sociedade atual, marcada pela intensificação do processo de globalização, pelo advento da tecnologia da informação e do neocapitalismo, o qual denominaremos “pós-industrial”.

Outro aspecto relevante é a impossibilidade de se compreender a história do sexo, com base nas nossas concepções modernas, por ser inegável que elas não fazem sentido para quem não viveu em nossa época. Isso ocorre, dentre outros motivos, porque as pessoas que viveram em momentos históricos anteriores não compartilhavam nossas referências culturais nem do conhecimento científico atual.

Em verdade, a própria importância cultural que damos ao sexo é uma coisa recente, pois muito embora o sexo seja um dos instintos mais forte dos seres humanos, a maior parte da população sempre viveu em condições extremamente precárias e miseráveis, sendo que a preocupação com a fome, a sede, as doenças e os riscos à sobrevivência cotidiana, no

mais das vezes, eram ainda mais prementes, deixando pouco tempo para que as pessoas comuns teorizassem sobre o assunto. É necessário entender que, na lição de MOTTIER, em épocas pretéritas, a vida cotidiana era uma brutal luta pela sobrevivência e as pessoas eram obcecadas por comida, motivo pelo qual ansiedades geradas por eventual declínio moral eram muito escassas.¹²¹

Ademais, os conceitos aplicáveis ao sexo então existentes não coincidem com os nossos, o que denota também uma limitação da linguagem humana, que confere às palavras significado relativo a coisas ou idéias próximas, limitando nossa compreensão do mundo.¹²² Nesse sentido, o adultério, novamente, é um exemplo ilustrativo. Na antiguidade, o adultério era normalmente considerado um crime contrário aos costumes e à propriedade (vez que a mulher era considerada propriedade do marido). Simplesmente não existia, na época, a idéia de que a mulher pudesse ser vítima de adultério por parte de seu marido, vez que a fidelidade do homem não era então considerada um valor relevante a ser tutelado pelo direito.

A homossexualidade, neste sentido, também é um exemplo esclarecedor. Atualmente é comum que se apontem algumas figuras históricas como homossexuais. Na maior parte dos casos, realmente existem evidências de que tais pessoas tenham tido relacionamento sexual com pessoas do mesmo sexo, o que pode levar a conclusão de que, se vivessem hoje, se identificariam como homossexuais. Contudo, há de se compreender que o conceito de homossexual, como elemento caracterizador de uma identidade particular e distinta, é muito recente, e não existia antes do final do século XIX. Assim, era impossível que uma pessoa se identificasse como homossexual, simplesmente porque não havia, dentro do contexto cultural da época, a existência da possibilidade da utilização da orientação sexual como base para a identificação de um indivíduo (o que existia, era a valoração, positiva ou negativa, de determinados comportamentos sexuais, no caso, sexo entre pessoas do mesmo sexo).

¹²¹ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 16.

¹²² SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 40.

A idéia de pecado, igualmente, tão impregnada na tradição judaico-cristã, também pode servir como um bom exemplo. Para um grego que viveu na antiguidade clássica, envolto pelos conceitos de extrema permissividade existentes em sua mitologia, na qual os deuses eram capazes de todos os tipos de peripécias sexuais, a idéia de um ser superior, supostamente interessado julgar os mortais com base em suas atividades sexuais soaria como ilógica e bizarra, quando não um completo disparate.

Outro fundamental aspecto que precisa ser compreendido é a medida na qual a infraestrutura econômico-social afeta diretamente a regulamentação do sexo pelas sociedades em cada momento histórico, razão pela qual uma análise materialista da história é imperiosa. Com efeito, no decurso da história, as sociedades humanas se defrontaram com diferentes problemas que, por sua relevância na alteração das condições de vida, forçaram uma adaptação do comportamento sexual humano, motivo pelo qual concluí STEARNS que a história do sexo é a de uma interação próxima entre os imperativos biológicos e as restrições impostas por situações que influenciavam a estrutura econômica existente.¹²³

Os comportamentos sexuais são afetados, como veremos, em diferentes épocas, por fatores globais, tais como o advento da agricultura ou a urbanização,¹²⁴ tendo as sociedades coletivamente se reajustado às novas realidades da melhor maneira possível. Ocorre que esse processo de acomodação é relativamente lento e, na maior parte das vezes, passa despercebido, já que normalmente é acompanhado pelo estabelecimento de uma nova ideologia, que servirá como base para uma nova normatização do sexo.

Mas voltamos a salientar que, a despeito das ideologias que as justifiquem, nenhuma variável é tão importante para a compreensão do sexo como as condições da infraestrutura socioeconômica¹²⁵ existente em determinada época, razão pela qual, para a

¹²³ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 11.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 01.

¹²⁵ O sistema econômico pode ser definido como sendo a forma política, social e econômica pela qual está organizada uma sociedade, em particular o sistema de organização de produção, distribuição e consumo de todos os bens e serviços (Cf. VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 02).

melhor compreensão do surgimento de novos costumes, devemos ter sempre em mente as condições em que eles foram gerados.¹²⁶

Assim, os humanos primitivos, que viviam como caçadores-coletores, tinham um paradigma próprio de moralidade sexual, que foi progressivamente sendo substituído, alterado ou contestado por eventos como a introdução da agricultura e, posteriormente, da industrialização, dentre outros, conforme simplificada e demonstrado pela tabela abaixo:

PERÍODO HISTÓRICO	INFRAESTRUTURA SOCIOECONÔMICA	PARADIGMA DE MORALIDADE SEXUAL CORRESPONDENTE
PRÉ-HISTÓRIA	SOCIEDADE PRIMITIVAS DE CAÇADORES-COLETORES	PARADIGMAS PRIMITIVOS
ANTIGUIDADE (ATÉ SÉC. I)	SOCIEDADE AGRÍCOLA BASEADA NA ESCRAVIDÃO	PARADIGMAS CLÁSSICOS (GREGO E ROMANO)
ANTIGUIDADE (DO SÉC. I AO SÉC. V)	SOCIEDADE AGRÍCOLA (TRANSIÇÃO PARA O FEUDALISMO)	CONTESTAÇÃO DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS
IDADE MÉDIA	SOCIEDADE AGRÍCOLA BASEADA NO SISTEMA FEUDAL	PARADIGMA JUDAICO-CRISTÃO
IDADE MODERNA	MERCANTILISMO E CAPITALISMO MERCANTIL	PARADIGMA JUDAICO-CRISTÃO
IDADE CONTEMPORÂNEA	CAPITALISMO INDUSTRIAL	CONTESTAÇÃO DO PARADIGMA JUDAICO-CRISTÃO
IDADE PÓS-INDUSTRIAL	NEOCAPITALISMO PÓS-INDUSTRIAL, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO	AUSÊNCIA DE PARADIGMA PREPONDERANTE – EXISTÊNCIA DE DIVERSAS MORALIDADES CONCORRENTES

É interessante notar que a normatização do sexo, seja pela moral ou pelo direito, reflete, em cada um dos distintos períodos históricos, uma ideologia dominante. Percebe-se que, embora a sexualidade seja influenciada pelos costumes sociais, estes costumes não aparecem espontaneamente, mas são deliberadamente convencioneados de acordo com determinados objetivos e interesses, motivo pelo qual as regras relativas ao comportamento

¹²⁶ KUEFLER, Mathew S.; *op. cit.*, p. 45.

sexual sofrem um complicado processo de interação com todas as idéias do ambiente social e são traduzidas em valores sociais que gradualmente se sedimentam como costume.¹²⁷ Assim, todas as sociedades do passado criaram categorias para a sexualidade e tentaram encorajar determinados comportamentos sexuais e desencorajar outros, conforme eles estivessem de acordo ou não com seus objetivos.¹²⁸

Não se perca de vista também a íntima relação entre sexo e poder, vez que a regulação da sexualidade sempre foi canalizada para especializar e hierarquizar a sociedade humana,¹²⁹ motivo pelo qual a ideologia sexual é apenas parte de uma ideologia mais abrangente, que se transmite entre as gerações.

Em verdade, quanto maior a capacidade de um organismo aprender, mais ele poderá se beneficiar das experiências de seus ancestrais e associados, o que é especialmente verdadeiro quanto aos humanos, que criam normas em função de uma sabedoria social que é sutil e complexa, transcendendo as experiências pessoais. Ocorre que esse aprendizado coletivo apresenta riscos, pois permite a aquisição de superstições sem valia ou destrutivas, pois quanto mais interdependente e cooperativa uma coletividade, maior a oportunidade de que alguns indivíduos manipulem outros tendo em vista seus próprios benefícios,¹³⁰ afirmação que se encaixa como uma luva quando nos referimos à sexualidade.

E nem poderia ser diferente, pois, se cultura é o material cumulativo advindo de seres humanos individuais, não existindo dois com interesses sexuais idênticos, era de se esperar que as pessoas, na legítima defesa dos seus, tenham historicamente manipulado umas as outras, por meio de métodos que vêm se aperfeiçoando, estando correto SYMONS ao afirmar que, quanto mais a sociedade evoluiu, mais sutis se tornaram tanto as mentiras como as verdades que podem ser contadas.¹³¹

¹²⁷ KUEFLER, Mathew S.; *op. cit.*, p. 45.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁹ RUFFIÉ, Jacques; *op. cit.*, p. 130.

¹³⁰ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 48.

¹³¹ *Ibid.*, p. 308.

Desta forma, a religião, como fonte de explicação do mundo e justificativa última de determinadas opções éticas, sempre teve relação íntima com a sexualidade, tendo ocorrido, historicamente, neste particular, uma clara confusão entre o direito e a religião.

Os escritos, mitos e profecias religiosos forneceram os fundamentos para as ideologias sexuais das diversas religiões e tradições filosóficas, embora não fossem originalmente sistematizados e uniformes em suas abordagens. As pessoas então passaram a elaborar sobre os mesmos de forma intencional e, à medida que idéias passavam de uma pessoa para a outra, pequenas alterações ocorriam, conforme se enfatizavam diferentes aspectos daquela tradição. Tal elaboração é essencial para qualquer religião ou tradição filosófica, vez que nenhuma ideologia pode permanecer estagnada. Se isso acontecer, não sobreviverá indefinidamente, pois as ideologias devem mudar para se adaptar a novas circunstâncias, mesmo que as idéias básicas permaneçam as mesmas.¹³² Os desenvolvimentos tecnológicos das últimas décadas são exemplo gritante de como a realidade afeta as ideologias sexuais, forçadas a se posicionar sobre questões inéditas, como a reprodução assistida.

Entretanto, no curso da história, dois fenômenos muito importantes, ainda em curso, foram responsáveis pela efetiva separação entre o direito e a religião. O primeiro, ocorrido em épocas diferentes em cada sociedade, refere-se ao fato de que o Estado, em determinado momento histórico, passou a não precisar mais se legitimar com base na religião (tendência que culmina com a definitiva separação entre Igreja e Estado). O segundo, por sua vez, relaciona-se com o desenvolvimento de justificativas filosóficas para o comportamento moral que independem da adoção de dogmas religiosos, tendo como base a autonomia e a racionalidade, dentre as quais se destaca a ética kantiana.

Uma última questão polêmica na compreensão dos eventos históricos refere-se, novamente, à perene e aparentemente insolúvel dicotomia entre as questões de ordem biopsicológicas e socioculturais.

¹³² KUEFLER, Mathew S.; *op. cit.*, p. 153.

O sexo tem um evidente substrato biopsicológico, comum a toda humanidade, que parece afetar o comportamento sexual ao longo do tempo e do espaço, sendo interessante notar que, a despeito das diferenças culturais, a maior parte dos comportamentos sexuais humanos está presente em todas as épocas e em todas as culturas. Literalmente de “a” a “z” (i.e. do adultério à zoofilia, passando pelo fetichismo, pedofilia, sadomasoquismo e transexualidade, dentre inúmeros outros comportamentos), todas as práticas sexuais, longe de serem invenções modernas, são tão antigas como a própria humanidade, o que nos leva a crer ser lícito afirmar que em matéria de sexo, tudo que hoje existe, sempre existiu, e as necessidades humanas não mudaram tanto como se poderia supor.

Corroboram esta tese algumas outras constantes aparentemente universais, indicando que alguns aspectos da sexualidade humana não são tão plásticos, como por exemplo: (i) as diferenças entre os sexos nas brincadeiras e na agressividade;¹³³ (ii) o fato dos homens homossexuais se comportarem, em vários aspectos, como os homens heterossexuais e, as lésbicas, como as mulheres heterossexuais; (iii) o fato de que mesmo quando homens e mulheres aparentam se comportar de maneira similar, como quando formam parcerias sexuais de longo prazo, a similaridade comportamental é mantida por mecanismos psicológicos diversos.¹³⁴ Com efeito, as evidências denotam que existem alguns aspectos fixos da sexualidade que estão sedimentados e são diferentes para cada sexo e ao papel que ele desempenha. Nesse sentido, é curioso notar, novamente com base nas lições de SYMONS, que parece não existir, em nenhuma cultura humana, lendas nas quais um lindo e jovem donzelo, dormindo um sono eterno, espera passivamente que uma princesa encantada venha acordá-lo com um beijo ou salvá-lo do dragão.¹³⁵

No mesmo sentido, SYMONS continua a exemplificar, notando que é igualmente tido como óbvio que as mulheres mais jovens são consideradas mais atrativas que as mais velhas. Fosse o sexo apenas determinado pela cultura, como esta constante se manteria através dos tempos? Seriam as mulheres com vinte anos titulares de uma máfia que controla a mídia

¹³³ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 288.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 305.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 307.

para se manterem culturalmente atrativas? Tal fato denota a existência de características não plásticas, que resistem a qualquer retórica prescritiva.¹³⁶

Presentemente, compartilhamos da opinião de que as visões da sociedade que ignoram a evolução orgânica inteiramente devem ser vista como inadequadas, ao menos no tocante à sexualidade,¹³⁷ sendo a existência de imperativos biopsicológicos provavelmente uma das razões pelas quais a doutrina reconhece que, no mais das vezes, as leis que visavam punir os comportamentos sexuais desfavorecidos (com exceção daquelas regulando sexo sem consentimento) quase sempre foram letra morta, raramente utilizadas e, ainda assim, com efetividade mínima,¹³⁸ comprovando-se, historicamente, ser praticamente impossível a aplicação efetiva das normas legais relativas ao sexo, mormente quando elas não são razoáveis.

Mas se os elementos biopsicológicos do sexo são aparentemente constantes, por que a cultura daria respostas tão distintas aos mesmos no decurso da história? Aparentemente, isso decorre do fato de que nossa configuração biopsicológica é, *per se*, de tamanha complexidade, que demanda uma variedade de respostas culturais.¹³⁹ Também é razoável concluirmos que, diante do fato de que os *habitats* naturais em que se desenvolveram os hominídeos provavelmente nem existem mais, talvez parte do comportamento humano mais recente sequer possa ser explicado em termos de causa e efeito, em função daqueles.¹⁴⁰

No entanto, as respostas da sociedade aos nossos instintos sexuais (ainda que possamos rejeitá-las ou aperfeiçoá-las, na medida em que evoluímos), longe de serem desnecessárias, decorrem da imperiosa necessidade de seu controle para que não sejam destrutivos para os indivíduos e as relações sociais.¹⁴¹

¹³⁶ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 309.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 132.

¹³⁸ POSNER, Richard A.; *op. cit.*, p. 04.

¹³⁹ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 03.

¹⁴⁰ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 31.

¹⁴¹ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 02.

É curioso notar, contudo, ser desconcertante a variação das opiniões sobre as mais diversas práticas sexuais. Em verdade, atos tão distintos como a bigamia, a pornografia e a prostituição evocaram, em diferentes sociedades, ou na mesma sociedade em épocas diferentes, reações das mais diversas, que iam da repugnância à indiferença ou encorajamento,¹⁴² refletindo-se tal variedade de concepções em uma diversidade de tratamentos legais.¹⁴³ Some-se a isso a existência de diferentes religiões, cada uma por sua vez interagindo com padrões sexuais anteriores, e é fácil compreendermos as razões da existência de valores e práticas tão pouco uniformes ao redor do mundo.¹⁴⁴

Dentre todas as questões culturais sujeitas a alterações, contudo, o desenvolvimento histórico de duas é particularmente interessante, por serem polêmicas ainda na atualidade: (i) os padrões de aceitação/rejeição relativamente ao que hoje denominamos orientação sexual e identidade de gênero (o que, de alguma forma pode ser englobado pelo tratamento dado às minorias sexuais) e; (ii) a relação de poder entre os sexos, com ênfase na dominação dos homens sobre as mulheres (o que se reflete diretamente na forma da organização familiar).

Muito embora concordemos que a abordagem mais promissora para entender a evolução da sexualidade humana, delimitando seus aspectos puramente biopsicológicos, seja a de focar especialmente naqueles que parecem ser universais e mais aptos a indicarem uma adaptação evolutiva,¹⁴⁵ permanecemos cientes que, mais do que em qualquer espécie animal, a seleção natural sexual e artificial se mesclaram, de forma inseparável, durante a evolução humana.¹⁴⁶

Portanto, diante da impossibilidade de dirimir tais dificuldades epistemológicas, optamos partir do pressuposto de que a sexualidade é um amálgama de três elementos: o substrato biopsicológico, as condições socioculturais e a individualidade.

¹⁴² POSNER, Richard A.; *op. cit.*, p. 37.

¹⁴³ Nem todas as práticas contrárias à moral de uma determinada sociedade eram ilegais ou vice-versa. Exemplos emblemáticos são o lesbianismo e a masturbação, que nunca foram criminalizados, muito embora rejeitados por algumas culturas.

¹⁴⁴ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁵ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 73.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 163.

2.2. A HISTÓRIA DO SEXO E SUA INTERAÇÃO COM O DIREITO

2.2.1. A PRÉ-HISTÓRIA

2.2.1.1. O PALEOLÍTICO

A pré-história compreende todo o período histórico anterior ao surgimento da escrita, incluindo o paleolítico, iniciado a dois milhões e meio de anos atrás e findo há cerca de dez mil anos, com o início da sedentarização humana, em virtude do advento da agricultura e domesticação de animais.¹⁴⁷

Foi nesse período histórico, durante o qual, há cerca de cem mil anos atrás, emergiu o *homo sapiens sapiens*,¹⁴⁸ que se estabeleceram as constantes biopsicológicas básicas relativas ao sexo (compartilhadas pelo homem contemporâneo e, em consequência, ainda extremamente importantes à compreensão da atual normatização do sexo). Foi também a partir de então que o homem começou a desenvolver a linguagem e meios de interação com a natureza, tais como ferramentas rudimentares de pedra, osso ou madeira, vivendo em pequenos grupos nômades de caçadores-coletores.

Quer nos parecer que a abordagem mais promissora para entender a evolução da sexualidade humana neste período é provavelmente considerar as fontes mais variadas de evidências e focar especialmente naqueles aspectos que parecem ser universais e mais aptos a

¹⁴⁷ A periodização da história humana durante a Pré-História é objeto de enorme controvérsia entre estudiosos. Contudo, tais questões fogem ao âmbito do presente trabalho, para o qual é importante apenas a compreensão de que ela é dividida em três períodos (i.e. Paleolítico, Mesolítico e Neolítico,), cada qual com suas características sócio-econômicas distintas. Embora tenham ocorrido em épocas diferentes nos diversos continentes (donde as intermináveis discussões acadêmicas), o Paleolítico se caracteriza pela existência de sociedades formadas por pequenos grupos de caçadores-coletores, o Mesolítico, pelo desenvolvimento, ainda que incipiente, da agricultura e da domesticação de animais, gerando progressiva sedentarização da população em pequenas aldeias, sendo considerado um período de transição para o Neolítico, no qual se consolida a existência de sociedades fundadas na agricultura de subsistência e a criação de animais, a sedentarização e o desenvolvimento das primeiras cidades. O Neolítico dura até a criação da escrita cuneiforme, por volta do quarto milênio a.C., quando se inicia a história registrada, com o período denominado Antiguidade.

¹⁴⁸ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 09.

indicarem uma adaptação,¹⁴⁹ adotando uma análise evolucionária que questiona o porquê de os comportamentos existirem.

Nesse sentido, devemos partir do pressuposto de que a função reprodutiva do sexo determina que a qualidade predominante de um gene bem sucedido seja primordialmente seu egoísmo,¹⁵⁰ razão pela qual HUXLEY já afirmava, há mais de um século atrás, que “se os homens concordam em uma coisa, é seu desejo inato de aproveitar os prazeres e escapar das dores da vida, e, em breve, não fazer nada que não seja prazeroso a eles, sem qualquer consideração com o bem estar da sociedade em que nasceram. Essa é sua herança”.¹⁵¹ Destarte, é possível compreender que muitas das atitudes atualmente inexplicáveis do homem são nada mais que um subproduto da determinação de seus genes de se propagarem.

Os genes dos indivíduos são transportados por seus descendentes diretos, dependendo da aptidão para a sobrevivência e reprodução, o que inclui, necessariamente, competição e conflito, o que contraria a idéia da existência de uma situação de harmonia primitiva num mundo naturalmente pacífico. Ao contrário, os interesses sexuais e reprodutivos dos indivíduos de alguma forma sempre conflitaram, e podem servir para explicar a intensidade das emoções sexuais humanas, o pervasivo interesse dos humanos sobre a vida sexual um dos outros, e o fato de que segredos e engodos nas atividades sexuais sejam tão comuns.¹⁵²

No decorrer da evolução, inseridos neste contexto competitivo, homens e mulheres (ou machos e fêmeas, se nos referirmos a hominídeos, motivos pelo qual usaremos estes termos indistintamente), desenvolveram estratégias e comportamentos reprodutivos substancialmente distintos entre si, o que explica que nossa espécie, com moderadas diferenças em sua estrutura física, exiba profundas diferenças sexuais psíquicas.

¹⁴⁹ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 73.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 51.

¹⁵¹ HUXLEY, Thomas Henry. *Prolegomena*, IX, 1894. Disponível em <http://aleph0.clarku.edu/huxley/CE9/E-EPro1.html>. Consulta em 15.10.2011.

¹⁵² SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 308.

Derivam elas, em sua maior parte, das enormes diferenças existentes entre o investimento parental (que é bem maior por parte da mulher), e das diversas oportunidades e limites reprodutivos inerentes a cada um dos sexos. Assim, no que diz respeito ao comportamento sexual, em vários aspectos, a seleção natural agiu de forma oposta em homens e mulheres, por meio de pressões seletivas diferenciadas.¹⁵³

Considerando que qualquer investimento dos pais para com as crias, que aumente sua capacidade de sobrevivência, é feito ao custo da habilidade de investir em outras,¹⁵⁴ é plenamente compreensível que as fêmeas sejam bem mais seletivas que os machos, pois não podem aumentar o seu sucesso reprodutivo copulando com muitos deles, mas tem muito a ganhar se copularem com aquele com boas características genéticas. Em outras palavras, um fracasso reprodutivo para a fêmea é muito mais custoso que para um macho, motivo pelo qual elas são intensamente preocupadas com a qualidade do seu parceiro sexual como um pai em potencial.¹⁵⁵

Quando as condições são difíceis, e elas frequentemente o eram no Paleolítico, a cooperação de ambos os pais era necessária para assegurar a sobrevivência de sua prole.¹⁵⁶ Contudo, é inegável que gerar uma criança requer um esforço incomparavelmente maior por parte da mulher, começando com um longo período de gestação, continuando com as dificuldades do parto e os cuidados necessários na primeira infância, motivo pelo qual a evolução ensinou a mulher a ser mais seletiva na escolha de parceiros que melhor a protegessem.¹⁵⁷

Destarte, sempre que as condições fossem favoráveis, os homens tendiam a ser mais promíscuos, espalhando seus genes, já que as crianças teriam mais chances de sobreviver apenas com os cuidados da mãe. As mulheres, por outro lado, nunca tiveram esta *carte blanche* biológica. Como seus genes poderiam se propagar apenas por crianças nascidas de seu

¹⁵³ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁵ POSNER, Richard A.; *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁶ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 09.

¹⁵⁷ FRIEDMAN, David. M; *op. cit.*, p. 237.

próprio corpo, o resultado, independentemente das condições, sempre foi um forte impulso genético em direção à proteção de sua prole e a seleção mais cuidadosa de seus parceiros.¹⁵⁸

Lembremos que, nos mamíferos, a receptividade das fêmeas aos machos inclui sempre a adoção de uma postura apropriada para a inserção do pênis e sua manutenção por tempo suficiente para permitir a ejaculação intravaginal,¹⁵⁹ sendo que, na posição primata, na qual a fêmea apresenta sua parte posterior para o macho, o intercuro sexual é rápido, rude e propositado, cabendo a ela decidir se aceita ou não copular. Cumpre ao macho, por sua vez, dar sinais de sua aptidão genética, fazendo sua própria propaganda para as fêmeas, motivo pelo qual, na natureza, na maior parte das espécies animais, os machos tendem a ser mais fortes e vistosos.¹⁶⁰

Não se sabe ao certo quando, mas os sucessores dos primeiros hominídeos começaram a mudar a postura no ato sexual, adotando a posição frontal, o que ensejou uma série de conseqüências evolutivas inesperadas.¹⁶¹

A adoção dessa nova posição permitiu uma experiência sexual que é impossível para os primatas não humanos (ou pelo menos para a fêmea) e, possivelmente, é responsável pelo desenvolvimento do orgasmo feminino (outras teorias sustentam que o orgasmo é uma adaptação proporcionada pela seleção natural, que favorece mecanismos que estimulam o sexo e a reprodução, além de tornar a vida familiar mais gratificante ou, alternativamente, que o orgasmo é um traço comum com as fêmeas de outros mamíferos, sendo a ausência de orgasmo em algumas mulheres é que precisa de explicação).¹⁶² Contudo, qualquer que tenha sido a causa, o certo é que o sexo tornou-se prazeroso e a busca pelo prazer teve sua influência, algumas vezes sutis, algumas vezes óbvias, no curso subsequente do desenvolvimento sexual humano.¹⁶³

¹⁵⁸ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁹ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹⁶¹ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 06.

¹⁶² SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 76.

¹⁶³ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 04.

Na posição primata, o homem tinha apenas uma visão posterior de sua parceira sexual, e parece ter encontrado satisfação estética em nádegas fartas e arredondadas (o que as produções eróticas parecem ainda confirmar), mas com a mudança de posição, o rosto passou a assumir maior importância para ambos os sexos e, como consequência, paralelamente à seleção natural, se iniciou a seleção sexual, privilegiando aqueles com qualidades mais apreciadas por potenciais parceiros sexuais. Embora isso não seja tão evidente no mundo de hoje, acredita-se que tal tipo de seleção seja responsável por algumas características sexuais secundárias nos adultos como, por exemplo, a permanência da barba nos homens, que lhes dá um aspecto mais masculino.¹⁶⁴

A adoção da posição sexual frontal também teve consequências negativas inesperadas, porque fez com que as mulheres ficassem suscetíveis a algo que é impossível para outros primatas: o estupro. Em verdade, no mundo animal, raríssimas espécies aparentam compartilhar com a humanidade a possibilidade de relações sexuais contra a vontade da fêmea.¹⁶⁵

Também durante a evolução humana, o ciclo menstrual feminino gradualmente substituiu o cio das primatas, modificação esta com resultados importantes na sexualidade das mulheres, e com profundas repercussões em seu relacionamento com os homens.¹⁶⁶ Vez que nos humanos a menstruação é o único evento observável do ciclo reprodutivo,¹⁶⁷ já que as mulheres não demonstram exteriormente quando estão ovulando (i.e. férteis), restou prejudicada a possibilidade de os homens monitorá-las de forma efetiva, maximizando suas próprias possibilidades de serem fertilizadas por outros,¹⁶⁸ razão pela qual o homem produz a cada ejaculação, em média, 350 milhões de espermatozoides, suficiente para fertilizar milhões de mulheres, o que pode ser explicado pela teoria da “competição de espermatozoides” que defende deve o espermatozoide estar preparado para competir com o de outro homem, dentro da vagina da

¹⁶⁴ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 05.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 04.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 09.

¹⁶⁷ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 141.

mulher, diante da real possibilidade de que ela tenha feito sexo com ambos dentro de um curto período de tempo.¹⁶⁹

Esses fatores são apenas alguns dos que explicam as razões do desenvolvimento das principais diferenças entre a sexualidade dos homens e mulheres, que podem ser assim resumidas: (i) a competição intrasexual era mais intensa entre os homens que entre as mulheres e, nas sociedades primitivas, provavelmente a disputa por mulheres era a mais importante causa de violência; (ii) os homens se inclinam à poligenia, enquanto as mulheres são mais maleáveis neste sentido e, dependendo das circunstâncias, podem ficar igualmente satisfeitas em casamentos polígamos, monogâmicos ou poliândricos; (iii) por não poderem controlar a fecundação, é comum aos homens sentirem ciúmes sexual de suas parceiras,¹⁷⁰ de quem procuram obter exclusividade de acesso sexual, sendo normalmente as mulheres mais maleáveis neste particular; (iv) as características físicas, especialmente aquelas correlatas à juventude, são as determinantes mais importantes para se aferir a atratividade sexual da mulher. As características físicas são relativamente menos importante para a determinação da atratividade sexual dos homens, sendo o poder político e econômico também considerado; (v) os homens estão mais predispostos a desejar uma variedade de parceiras sexuais¹⁷¹ (o que aumentaria suas chances reprodutivas); (vi) na economia do sexo, a mulher é, portanto, o recurso sexual escasso, motivo pelo qual, entre todos os povos, a cópula é considerada um favor que a mulher presta ao homem, e não vice-versa, independentemente de quem tenha mais prazer com a relação sexual,¹⁷² razão porque, em todas as culturas, o sexo é entendido como algo que as mulheres têm e os homens querem.¹⁷³

Há um milhão de anos atrás, acredita-se que a população do mundo era em torno de meio milhão e, ao redor de 10.000 a.C, às vésperas da revolução neolítica, supõe-se que havia crescido para cerca de três milhões, o que denota, indiscutivelmente, a precariedade das

¹⁶⁹ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 236.

¹⁷⁰ Nesse sentido, é engraçado notar que o gibão, uma das espécies mais volúveis de macacos, tem um número muito limitado de sons, cada um deles com um sentido específico. Um particularmente relevante para a condição humana no primórdio dos tempos, significa exatamente: “Fique longe da minha fêmea!” (Cf. TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 07).

¹⁷¹ Não é de se estranhar, portanto, que a poligamia tenha sido bem mais difundida que a monogamia durante a maior parte da história registrada (Cf. TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 08).

¹⁷² SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 253.

condições de vida durante este período, sugerindo que, por muito tempo, o crescimento populacional foi pouco mais que zero, com pessoas apenas suficientes para substituir aqueles que morriam. Em teoria, se cada casal fosse bem sucedido em criar três crianças, ao invés daquelas duas necessárias para substituí-los, a humanidade teria se multiplicado por seis em apenas quatro gerações, em menos de cem anos. Mas essa multiplicação da população não ocorria, devido ao excessivo número de mortes decorrentes das difíceis condições de vida (que incluíam desnutrição, doenças, falta de higiene etc.), sendo necessário que cada mulher tivesse pelo menos quatro filhos, apenas para manter o crescimento zero.¹⁷⁴

Os homens e mulheres que viviam até há cerca 12.000 anos, apesar de terem desenvolvidos técnicas mais modernas, tipicamente humanas, eram, em sua essência, não mais que predadores bem sucedidos, com pouca influência sobre o mundo que os cercava,¹⁷⁵ de forma que as pressões do sistema socioeconômico então existente eram simplesmente incontornáveis.

A divisão de trabalho entre homens e mulheres era explicada por fatores biológicos: a caça não é um exercício destituído de perigo e, por exigir importantes deslocamentos, excluía (ou ao menos limitava em muito) a possibilidade de participação da mulher, que amamenta ou transporta os filhos, o que exporia ambos a riscos inúteis. Assim a caça será apanágio dos machos, e os hominídeos sempre foram ótimos caçadores, como sugere a quantidade de ossadas de caça encontrada em alguns locais por eles habitados. Com efeito, nas populações primitivas de caçadores-coletores, de um quinto a um quarto da dieta era composto de alimentação carnívora (uma quantidade enorme se comparada à proporção de um vigésimo, média dos outros grupos primatas).¹⁷⁶ A carne, por sua vez, sempre foi o alimento mais importante e desejado (alguns povos chegam a ter expressões específicas para dizer “fome de carne”), em virtude não só de suas características nutritivas, mas também por sua escassez, vez que a presa é sempre móvel e difícil de ser capturada.¹⁷⁷

¹⁷⁴ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p.19.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.28.

¹⁷⁶ RUFFIÉ, Jacques, *op. cit.*, p.137.

¹⁷⁷ SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 159.

No entanto, a distribuição da carne não se dá ao acaso, sendo regida por determinadas regras dentro de uma ordem hierárquica. O caçador entrega os melhores pedaços aos seus parentes mais próximos e estes, por sua vez, os dividem com outros a quem são ligados, sucessivamente. Assim, a caça veio ser o primeiro elemento que contribuiu para aumentar o poder político e social dos homens sobre as mulheres, ao qual com o passar dos tempos, vieram a se aglutinar outros, iniciando um histórico de desigualdade entre os sexos que perdura (ainda que atenuado), infelizmente, até os dias atuais.

Com efeito, há evidências claras no sentido de que quanto mais um povo for carnívoro, mais se tornará falocrata, conforme exemplificado pelos esquimós, sociedade na qual os homens predominam amplamente e na qual tradicionalmente não se comia outros vegetais se não os encontrados no intestino de suas vítimas.¹⁷⁸

Os homens, portanto, caçavam principalmente para dar carne às mulheres e, sendo a caça uma atividade econômica predominantemente masculina, ela se tornou o primeiro objeto de barganha sexual, tendo inclusive a evolução favorecido a capacidade das mulheres de terem atividade sexual constante (e serem atrativas continuamente), para sempre receberem carne.¹⁷⁹

A necessidade de proteção das mulheres, parcialmente incapacitadas pelo parto e a existência de bebês, justificava plenamente a necessidade dos homens em caçar e lhe trazer comida (caça) para seu sustento.¹⁸⁰ Tal estado de coisas, contudo, inadvertidamente, também foi a gênese de outros desdobramentos que viriam aprofundar ainda mais as desigualdades entre os sexos, pois durante a maior parte da história da evolução humana, a caça, a luta e aquela atividade elusiva chamada “política” se sedimentaram, em grande parte, como domínios masculinos. Não se tratava, então, de uma simples questão de maior investimento parental feminino, mas sim que ambos investiam de forma diversa. Os homens, por evidente, não perderam a oportunidade de se assenhorearem das vantagens oferecidas por suas habilidades como caçadores e guerreiros para conseguir a dominação nas primeiras

¹⁷⁸ RUFFIÉ, Jacques, *op. cit.*, p.138.

¹⁷⁹ SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 139.

¹⁸⁰ TAYLOR, Timothy, *The Prehistory of Sex*. Nova York: Bantam Books, p. 101

sociedades. As mulheres, por sua vez, obrigadas a cuidar das crianças, coletar e preparar alimentos, ficaram mais presas a casa e menos expostas ao que poderíamos chamar uma de vida pública, ainda que embrionária.¹⁸¹

Sendo as mulheres o recurso sexual escasso, a conclusão lógica, mesmo para os homens primitivos, é de que eles só controlariam este recurso tão fundamental se tivessem poder sobre as mulheres,¹⁸² o que gerou o advento da tendência de os homens usarem todos os recursos disponíveis, objetivando acesso sexual às mesmas.

Por evidente, os homens da época usaram os instrumentos mais efetivos que tinham à sua disposição, o que, de forma aparentemente paradoxal, incluiu a formação de grupos dominantes formados apenas por homens. Isso se dava porque os homens escolhiam outros homens (e não mulheres) como aliados políticos para atingir seus objetivos. A explicação para tanto, que é lógica, decorre do fato de que os outros homens eram aliados mais fortes, o que era essencial, vez que a dominação, numa sociedade tão primitiva, era em última instância baseada na força, percebida como fonte de poder legítimo.¹⁸³

Vale notar, nesse sentido, que mesmo os chimpanzés machos desenvolveram a habilidade de passar longos períodos de proximidade pacífica entre si, agindo coletivamente contra intrusos e até cooperando na caça de presas, habilidades estas refinadas pelos homínídeos,¹⁸⁴ motivo pelo qual parecem ser características importantes para a determinação do *ranking* dos homens naquelas sociedades a habilidade na formação de coalizões com outros machos, em especial aqueles membros adultos da mesma família, bem como a inteligência e habilidades de luta,¹⁸⁵ tendo a seleção natural beneficiado aqueles que tinham maior habilidade na violência cooperativa, ou seja, capacidade de induzir outros a assumirem riscos em seu benefício.¹⁸⁶

¹⁸¹ KUEFLER, Mathew S.; *op. cit.*, p. 28.

¹⁸² SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 256.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 147.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 135.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 157.

2.2.1.2. O MESOLÍTICO

Por volta do vigésimo milênio a.C., tem início o Período Mesolítico, que se caracteriza pela transição entre as sociedades caçadoras-coletoras e as sociedades agrícolas, em que se inicia a progressiva sedentarização dos grupos humanos, com o advento de evoluções graduais na área da agricultura e na domesticação de animais. Entre outras evoluções significativas, os humanos passam a habitar em residências por eles construídas, se aperfeiçoa o domínio do fogo e, provavelmente, surgem as primeiras religiões.

Mas o que teria ocorrido durante este período de transição? Duas imagens contraditórias normalmente surgem quando se pensa na sexualidade dos povos primitivos. A primeira lembra uma realidade próxima à imagem arqueológica dos brutais homens das cavernas, batendo na cabeça das mulheres com um tacape, puxando-as pelos cabelos, antes do sexo forçado. A segunda envolve um povo sem preocupações, com sua sexualidade liberal, antes da existência do peso das regras mais sofisticadas da civilização e da necessidade de manter uma economia mais complexa.

Entretanto, nenhuma das duas parece ter correspondido à realidade.

Embora possamos concluir que a dominação sexual por parte dos homens existisse, como já explicitado, as mulheres ainda eram participantes ativas nas sociedades primitivas, com considerável poder de barganha. É certo que os padrões de sexualidade eram em geral menos restritivos que os que viriam depois, mas claro que existiam regras e limitações, vez que a necessidade do sexo e a busca pelo prazer sempre precisaram de organização para permitir a manutenção da ordem social e a sobrevivência econômica.¹⁸⁷ Se considerarmos, contudo, que a natureza humana faz com que fiquemos mais ligados a outros indivíduos quando a vida é incerta e difícil, e mais extrovertidos quando as condições

¹⁸⁷ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 11.

melhoram, provavelmente havia nesta época uma tendência pendular, que ia da quase promiscuidade à quase monogamia, conforme as condições se alteravam.¹⁸⁸

Contudo, certamente a família pré-histórica se centrava na mulher, vez que a relação materna era a única distintivamente diferente de qualquer outra relação tribal e a única capaz de criar relações de parentesco evidente. Deve-se ter em conta que foi muito tarde, em termos da evolução humana, que o papel do homem na procriação foi descoberto. Em verdade, tal ignorância parecia ser generalizada até cerca de 9.000 a.C.,¹⁸⁹ sendo que vários povos, como os aborígenes australianos, por exemplo, continuaram por muito tempo a não associar o sexo à concepção, acreditando, ao contrário, que era o sexo durante a gravidez que permitia o desenvolvimento apropriado da criança.¹⁹⁰

Isso comprova que a paternidade, por sua vez, tinha necessariamente dois aspectos, um social e outro biológico, e que o primeiro podia existir sem o conhecimento do segundo vez que, numa sociedade promíscua, a responsabilidade pela prole e pela determinação das relações familiares cabia primordialmente à mulher.¹⁹¹

Desta forma, era natural, tanto para o homem como para a mulher, praticarem o ato sexual sem enxergar nada de especial nele, a não ser a satisfação de seu instinto. Sexo e moralidade vieram a se fundir num estágio muito posterior do desenvolvimento humano.¹⁹²

Em tais sociedades, a simbologia do pênis era extremamente importante e ligada ao poder e à dominação. Mas as mulheres, igualmente, eram objeto da arte primitiva, como comprovam muitas estatuetas que as representavam (dentre as quais a mais célebre é a Vênus de Willendorf, *circa* 22.000 a.C.), sempre com seus atributos sexuais exagerados, tais como amplos seios e nádegas salientes. Não há nada que afaste a possibilidade de que elas tenham

¹⁸⁸ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁹⁰ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 14.

¹⁹¹ É curioso notar que os aspectos sociais da parentalidade estejam novamente no centro de muitas questões que enfrentamos hoje, como em casos envolvendo a reprodução assistida ou a adoção por casais homoafetivos, literalmente muitos milênios depois.

¹⁹² TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 13.

sido o protótipo das atuais “Garotas da Playboy”,¹⁹³ o que denota que a fixação masculina por mulheres nuas é tão antiga como a própria civilização.

Não existia então uma tendência à separação total dos sexos, tal como existente hoje, mas sim de aceitar um pouco do masculino e do feminino em cada indivíduo como sendo um comportamento saudável e normal. Também não existiam limites fixos entre o que hoje nós denominamos características heterossexuais e homossexuais, o que explica a fascinação de algumas daquelas sociedades por pessoas que apresentavam características de ambos os gêneros.¹⁹⁴ Algumas sociedades primitivas, inclusive, reconheciam expressamente a existência de três sexos,¹⁹⁵ o terceiro sendo o híbrido.¹⁹⁶ Da mesma forma, rituais de travestismo eram comuns, como a “Festa do Urso” tradicional na região siberiana, na qual todos, inclusive os sacerdotes, se vestiam com roupas do sexo oposto.¹⁹⁷

Foi neste momento histórico, durante os primórdios do desenvolvimento da agricultura, que ocorreram alguns eventos que vieram a cristalizar definitivamente o poder dos homens sobre as mulheres, poder este que ainda no século XXI se reluta tanto em dividir. Com efeito, antes da revolução agrícola do Neolítico, apesar das iniciais tentativas de dominação por parte dos homens, no seio das sociedades caçadoras-coletoras, como forma de garantir o seu acesso sexual às mulheres, elas não pareciam ter ainda uma posição social substancialmente diferente da deles. Entretanto, durante este período relativamente curto da história, tudo mudou. O homem caçador se tornou o homem pastor, e a mulher coletora foi transformada em agricultora. Esta seria uma mudança que traria efeitos quase incalculáveis no futuro das relações entre homens e mulheres, de forma que,¹⁹⁸ quando a humanidade emergiu

¹⁹³ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁴ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 13.

¹⁹⁵ Nesse sentido, eles eram mais evoluído ou ao menos realistas do que nós, já que, apesar da inegável comprovação científica de pessoas com ambigüidades sexuais físicas e psíquicas, grande parte de nossa sociedade, de forma totalmente ilógica e despropositada, ainda teima em não aceitar esta realidade, sequer existindo um nicho classificatório para tais pessoas. Novamente, muitos milênios após o mesmo já ter existido e ter sido considerado algo comum.

¹⁹⁶ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁷ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 12.

¹⁹⁸ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 16.

à luz da história registrada, alguns poucos milênios depois, já não havia mais qualquer dúvida de quem era o senhor absoluto.¹⁹⁹

Algumas teorias procuram explicar tal fato ao sustentar que, durante a revolução neolítica, em grande parte por uma série de coincidências (dentre as quais a divisão do trabalho existente entre homens e mulheres), a mente masculina estava dirigida para a trilha do avanço tecnológico e a descoberta, enquanto a da mulher permanecia mais ligada às realidades imediatas, o que inadvertidamente encorajou uma divergência intelectual entre ambos,²⁰⁰ especialmente porque muitas das invenções que emergiram entre o início da revolução neolítica e o início da história registrada foram, sem dúvida, de origem masculina. Foi o homem, pacificamente pastoreando seus rebanhos, que teve mais oportunidade para dedicar-se ao pensamento construtivo, formular novas idéias, produzir novos materiais e, enfim, desenvolver a civilização que ele passou a controlar.²⁰¹

Tal assertiva, bastante lógica, certamente contribui para explicar o surgimento, neste período, da diferenciação do status entre os homens e as mulheres. No entanto, ela não exclui outra, de muito mais simples compreensão e que, *per se*, é suficiente para comprovar os motivos pelos quais o poder dos homens sobre as mulheres se consolidou e aprofundou exponencialmente.

Não é fácil aceitar a idéia de que o *homo sapiens sapiens*, até o início da revolução neolítica, não estava ciente dos fatos da vida. As mulheres ficavam grávidas (assim como as fêmeas dos animais), e não havia uma razão particular para querer entender porque isso ocorria, já que fazia parte da natureza e da ordem natural das coisas. Com efeito, o papel do homem na procriação, embora hoje nos pareça óbvio, não poderia ser facilmente deduzido pelo padrão da vida diária que levava a humanidade no Paleolítico.²⁰²

¹⁹⁹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 01.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 33.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

²⁰² *Ibid.*, p. 37.

Contudo, a mulher diferia das fêmeas dos animais em um aspecto importante, ao qual já nos referimos, e que provavelmente foi a causa do pontapé inicial nas especulações humanas sobre o ciclo reprodutivo: a mulher menstruava. E foi nesta época, talvez diante das condições de vida sedentária, que permitiam uma melhor observação dos outros indivíduos ou mesmo mais tempo para refletir sobre alguns aspectos básicos da vida, que alguém se perguntou por que isso acontecia.

Tal pergunta, aparentemente singela, marcou para sempre a divergência final e irrevogável entre os homens e os demais animais, pois a humanidade começou, a partir de então, a formular idéias sobre a associação entre vida, morte, carne, sangue e espírito.²⁰³

A partir do momento que se descobriu a ligação entre a relação sexual e procriação (provavelmente facilitada pela observação da reprodução nos animais domesticados), pela primeira vez na história era possível para um homem olhar para uma criança e dizer “meu filho(a)” (e racionalizar sobre a necessidade de chamar uma mulher de minha esposa).

Em decorrência, quaisquer que tenham sido os costumes sexuais existentes antes disso (monogamia, poliginia, poliandria) depois dessa descoberta, a liberdade sexual da mulher passou a ser seriamente restringida, por um motivo claro: um homem poderia ter um harém, caso ele quisesse, e pudesse defendê-lo, mas o conceito de “meu filho(a)” necessitava obrigatoriamente que a mulher fosse monogâmica.²⁰⁴

Passou a fazer parte de praticamente todas as culturas humanas, a partir de então, um esforço racional e deliberado dos homens em procurar restringir e controlar a sexualidade das mulheres, utilizando-se de todos os meios disponíveis, em particular a força, como forma de garantir a certeza da paternidade de sua prole, tendência cujos efeitos se fazem sentir até os dias atuais.

²⁰³ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 38.

Também data deste período o surgimento do tabu do incesto, uma regra de validade universal.

A procriação consanguínea consistente produz uma raça uniforme, perfeitamente adaptada ao meio em que vive, mas significa que a única escolha genética é entre alternativas similares. A seleção natural, portanto, não pode operar efetivamente neste cenário, razão pela qual as sociedades com altas taxas de procriação consanguínea têm dificuldade em se adequar a condições externas variáveis. Sociedades com pouca procriação consanguínea, em contraste, fornecem os elementos necessários para permitir que a seleção natural funcione e estão geneticamente equipadas para produzir a adaptabilidade essencial ao progresso.

Há também de se considerar que a procriação consanguínea produz uma quantidade muito maior de filhos com problemas genéticos. O tabu universal do incesto sugere que ele tenha derivado, ainda que de forma inconsciente, de tais fatos, tendo sempre sido reconhecido como tão natural e intrínseco à humanidade que mais tarde governantes, como no Egito e Peru, procuraram demonstrar seu status divino ou sobre-humano por meio de sua não observância.²⁰⁵

Nos seres humanos, antes que os contatos intertribais se desenvolvessem, a procriação consanguínea era quase inevitável; mas tal tabu veio a se solidificar tão logo as condições permitissem uma maior interação com grupos e pessoas diversos, de forma que, contrariamente ao que muitos acreditam, foi o incesto, e não o canibalismo, o primeiro tabu a existir no mundo.²⁰⁶ É interessante notarmos, neste sentido, que meninos e meninas criados juntos desde a infância, em proximidade doméstica, não se sabe exatamente a razão, desenvolvem laços afetivos uns pelos outros (e com os pais); que inibem a atração sexual entre eles mais tarde na vida, fenômeno denominado efeito Westermarck, em homenagem ao sociólogo finlandês que primeiro descreveu.²⁰⁷ Assim é que, normalmente, irmãos (ainda que adotivos), não sentem atração sexual, uns pelos outros, na idade adulta.

²⁰⁵ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 18.

²⁰⁷ SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 110.

2.2.1.3. O NEOLÍTICO

Por volta do nono milênio a.C., com a revolução agrícola, que marca o início do período neolítico, as sociedades existentes definitivamente adotam um sistema socioeconômico baseado na sedentarização, agricultura e pastoreio, o que veio a representar uma das maiores mudanças na história humana. Por evidente, as novas condições trazidas pela nova infraestrutura econômico-social impulsionam inúmeras consequências para a sexualidade, encorajando o aparecimento de novas normas culturais.

De grande importância foi o fato de que as novas condições de vida existentes permitiram o desenvolvimento da instituição propriedade, com a consequente possibilidade de sua acumulação e transmissão às próximas gerações, o que resultou no crescimento exponencial da importância da determinação da paternidade.

Assim, aumentou a necessidade dos homens acerca da certeza da paternidade, o que exacerbou ainda mais as tentativas de controle da sexualidade feminina, provocando o surgimento de diferenças claras na regulação da sexualidade masculina e feminina.²⁰⁸ Data deste período, por exemplo, a introdução do costume da castração feminina na África, como uma forma de limitar o prazer sexual das mulheres e controlar sua sexualidade.²⁰⁹

Ocorre então, um fenômeno extremamente importante para os estudiosos do direito, que é o surgimento de um “regime jurídico” distinto para homens e mulheres, situação esta que perdura até hoje em alguns países. Em outras palavras, em paralelo ao desenvolvimento e institucionalização das regras básicas que regiam a convivência social (hoje objeto do direito civil), se iniciou um processo de institucionalização da subordinação da mulher ao homem, principiado por força de questões relativas à sexualidade, mas que se desenvolveu para abranger, com o tempo, todas as áreas da vida. Por volta de 1.700 a.C.,

²⁰⁸ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 20.

quando criado o Código de Hammurabi, tal estado de coisas já estava totalmente estabelecido e refletia a situação da grande maioria das sociedades humanas.

A crescente restrição da liberdade feminina, contudo, evidentemente não ocorreu sem resistência e a um custo humano altíssimo. Um exemplo particularmente chocante é o da alta incidência de braços femininos fraturados, estudados por médicos antropologistas, revelando ter sido muito comum que as fraturas fossem feitas na posição de quem estava tentando proteger sua cabeça contra um golpe.²¹⁰⁻²¹¹

A par desta, outras inovações vieram a acontecer, todas também de extrema importância para a compreensão do comportamento sexual humano, ainda nos dias atuais.

Com o estabelecimento de moradias fixas, em virtude da sedentarização (as primeiras aldeias surgiram perto do leito dos rios, próximas a pequenas culturas agrícolas), ficou facilitada a supervisão coletiva da sexualidade das pessoas e se tornou ainda mais comum o fato de que as crianças testemunhassem os adultos fazendo sexo,²¹² vez que os parentes moravam juntos.²¹³

O sistema agrário, que revoluciona as bases da infraestrutura socioeconômica, dá ensejo ao início das desigualdades sociais e, pela primeira vez, o sexo começa a ser diferente entre as diversas classes, as mais altas tendo diferentes oportunidades sexuais que as menos favorecidas, em particular para os homens, que poderiam ter acesso a um maior número de mulheres.²¹⁴ Surge então a prostituição, consequência direta da maior especificidade dos papéis dentro da sociedade e das diferenças econômicas entre homens e mulheres. As

²¹⁰ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 51.

²¹¹ É vergonhoso para a humanidade que, cerca de três mil setecentos e cinquenta e seis anos após o Código de Hammurabi, ainda exista a necessidade da criação de um ato normativo, como a Lei 11.340/06 (“Lei Maria da Penha”), objetivando combater a violência doméstica, inacreditavelmente comum nos dias de hoje.

²¹² A idéia de que o ato sexual ou quaisquer materiais de cunho claramente sexual não deveria ser visto por crianças é algo recente do ponto de vista histórico, conceito inexistente para as pessoas que viviam naquela época.

²¹³ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 16.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 20.

prostitutas, únicas que tinham controle sobre sua sexualidade, eram rejeitadas pela sociedade, que forçava outro padrão de comportamento para as demais mulheres.²¹⁵

A necessidade de crescimento da população, em decorrência da enorme falta de mão de obra nas primeiras sociedades agrárias, induziu a uma particular ênfase social nos aspectos reprodutivos do sexo, com a desaprovação da masturbação e da homossexualidade, dentre outros atos, considerados perda de tempo. Em muitas culturas, se estabelece uma ativa promoção da atividade heterossexual reprodutiva.²¹⁶

Contudo, ainda assim as sociedades agrárias tinham consciência da existência e eram tolerantes com relação às pessoas sexualmente ambíguas. Os mesopotâmicos, por exemplo, reconheciam expressamente um grupo social específico, que denominavam *sag-ur-sag*, composto por pessoas bissexuais ou intersexuais.²¹⁷

Por fim, inadvertidamente, a domesticação de animais facilitou a ocorrência da zoofilia (embora tal prática pareça inimaginável para pessoas criadas em centros urbanos, para se ter uma idéia de como isso é comum, em 1940, o que é quase nada em termos históricos, um estudo demonstrou que um quarto dos homens que viviam em comunidades rurais nos Estados Unidos tinham tido uma experiência sexual com animais).²¹⁸

2.2.2. A IDADE ANTIGA (4.000 a.C. a 476 d.C.)

A cultura sexual, por evidente, nunca foi uniforme ao redor do mundo e também não era na Antiguidade. Entretanto, a par de algumas considerações de ordem mais geral, podemos mencionar como particularmente influentes e paradigmáticos, no contexto da cultura ocidental, os costumes sexuais da Grécia e de Roma durante o Período Clássico, razão pela qual merecem nossa especial atenção.

²¹⁵ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 24.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 21.

²¹⁸ *Ibid.*, p.17.

É importante ter em mente que Antiguidade não tinha uma cultura de total liberdade sexual. Ao contrário, a moralidade era altamente regulada por regras culturais. Entretanto, as preocupações morais eram centradas nas práticas sexuais, e não no objeto de desejo, sendo que as pessoas não se definiam em termos de suas práticas sexuais, muito embora a identidade de gênero fosse essencial, diante da inferioridade social da mulher. A forma pela qual o sexo era conceituado e os significados culturais a ele atrelados eram bastante diferentes dos atuais.²¹⁹

A organização de família, na Antiguidade, como não poderia deixar de ser, refletia as condições da vida agrária.

Assim sendo, o casamento apareceu e se consolidou nas sociedades da época certamente porque fazia sentido em algum nível fundamental. Acredita-se que ele tenha aparecido como a solução prática para uma série de questões, dentre elas: (i) a necessidade de regular a competição, entre os homens, pelas mulheres, uma das grandes fontes de conflito nas sociedades pré-escrita (razão pela qual o casamento pode ser entendido também como uma instituição criada e mantida por grupos políticos de homens que “dividiam” entre si as mulheres);²²⁰ (ii) a necessidade de dividir os custos (e o trabalho) inerentes à criação dos filhos; (iii) a necessidade de garantir a certeza da paternidade (e, em consequência, permitir a transmissão da propriedade) e; (iv) a necessidade de garantir a obrigação do sustento das mulheres dentro de uma estrutura patriarcal, na qual elas dependiam economicamente dos homens.

A monogamia era adotada por algumas civilizações, mas várias religiões permitiam ao homem ter mais de uma esposa, se tivesse condições para tanto. Os costumes também variavam no tocante ao divórcio e à possibilidade de um novo casamento. Ninguém sabe ao certo quais seriam as razões para tais diferenças, mas especula-se que elas tenham sido geradas em função de um maior ou menor desequilíbrio entre o número de homens e

²¹⁹ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 04.

²²⁰ SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 153.

mulheres, em sociedades nas quais frequentemente os homens jovens morriam em contínuas guerras.²²¹

Embora, em virtude da natureza humana, desde sempre o casamento possa ter envolvido uma série de outros sentimentos como o afeto, atração sexual e/ou companheirismo, a liberdade sobre quando e com quem casar (principalmente para as mulheres) não era a regra, sendo que outras considerações de ordem social, política ou econômica, quase sempre tinham precedência, em particular por imposição das respectivas famílias.

Não sendo o amor um requisito *sine qua non* para o casamento, e caracterizando-se ele por ser uma instituição que objetivava primordialmente a geração e criação de filhos legítimos, o sexo procriativo era considerado essencial e compulsório, motivo pelo qual o Código de Hammurabi, em seu item 128, é claro ao afirmar que “se um homem tomar uma mulher como esposa, mas não tiver relações com ela, esta mulher não será esposa dele”. Da mesma forma, no antigo Egito, a impotência masculina era chamada pelos médicos, eufemisticamente, de “situação em que o paciente é incapaz de cumprir com suas obrigações”.²²²

Nesse contexto, o crime sexual paradigmático na Antiguidade era o adultério, que poderia ensejar complexas consequências legais, inclusive a morte.²²³ A esposa adúltera e seu amante eram responsáveis por um dano a terceiro (o marido traído), sendo característico das sociedades primitivas considerar como crime apenas o adultério feminino, o que não é desprovido de lógica se considerarmos que o adultério do marido não priva a esposa de ter filhos, devido à vasta capacidade de inseminação do homem, nem levanta questões quanto à legitimidade dos mesmos,²²⁴ sendo eventual dano à mulher muito menor (i.e., no máximo

²²¹ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 44.

²²² TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 55.

²²³ O Código de Hammurabi, em seu item 129, determina que “se a esposa de alguém for surpreendida em flagrante com outro homem, ambos devem ser amarrados e jogados dentro d'água, mas o marido pode perdoar a sua esposa, assim como o rei perdoa a seus escravos.” No mesmo sentido, o Código de Ur-Nammu (Suméria, *circa* 2.050 a.C), determina, em seu item 7, que: “Se um homem seguir uma mulher, por iniciativa dela, e dormir com ela, ela deverá ser morta, porém este homem será libertado.”

²²⁴ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p.251

alguma diminuição nos recursos para sustentá-la).²²⁵ Eventuais idéias que as mulheres tivessem acerca da fidelidade recíproca, se é que existiam, simplesmente não eram levadas em consideração.²²⁶

Assim, a sedução de uma mulher casada poderia ser considerada ainda mais grave que o seu estupro (caso em que o fruto de eventual gravidez poderia ser identificado e morto), vez que o marido não poderia estar seguro da linhagem dos filhos na ocorrência de uma traição secreta.²²⁷

Tais consequências jurídicas se coadunam com a visão geral de que o homem era superior à mulher, ideologia essa que logo passou a constar das leis e costumes das civilizações mais antigas, em particular aquelas do oriente-médio. A mulher passou a ser uma propriedade, primeiro do pai, depois do marido,²²⁸ e, eventualmente, do filho. Com efeito, o âmbito de liberdade e autonomia das mulheres era de tal forma restrito que não mais do que um punhado de mulheres deixaram sua marca pessoal na história antiga.²²⁹ Algumas civilizações tinham mesmo visões claramente misóginas, chegando a ligar a mulher a conceitos negativos, como os hebreus, que consideravam que se um homem que tocasse a cama, cadeira, ou roupas de uma mulher menstruada, ficaria “impuro” pelo resto do dia.²³⁰

As mulheres eram de tal forma subordinadas aos homens que, por vezes, eram consideradas pelo direito vigente como uma espécie de apêndice daqueles, o que fica claro com base no direito egípcio, que dispunha que quando um homem era condenado por um

²²⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 184

²²⁶ Para quem acha esta idéia absurda e primitiva, basta lembrar que na Itália, até 1970, vigorou o Código Penal de 1930, que previa o adultério ser crime cometido apenas pela esposa, com a seguinte redação: “Art. 559. *La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito.*”

²²⁷ Contudo, é curioso notar que, ainda assim, a paternidade social, um conceito tão debatido hodiernamente era amplamente reconhecida, como denota implicitamente o item 188 do Código de Hammurabi, que prevê que “se um artesão estiver criando uma criança e ensinar a ela sua habilitação, a criança não poderá ser devolvida”.

²²⁸ O Código de Hammurabi, em seu item 138, também exemplifica bem o caráter de propriedade dado às mulheres, ao determinar que: “se um homem quiser se separar de sua esposa que lhe deu filhos, ele deve devolver a ela a quantia do preço que pagou por ela e o dote que ela trouxe da casa de seu pai, e deixá-la partir”(negritamos).

²²⁹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 50.

²³⁰ *Ibid.*, p.56.

crime, sua mulher (e filhos) também eram punidos, sendo passíveis de escravização. Ademais, eram as mulheres, via de regra, economicamente dependentes dos homens, pois a organização social existente permitia poucos meios pelos quais uma mulher pudesse garantir sua sobrevivência, exceção feita às ocupações destinadas às dançarinas e músicas que, frequentemente, também requeriam talento para a prostituição.²³¹

E a prostituição, por sua vez, era livre e facilmente disponível em todo o mundo antigo, sendo que, em algumas culturas, a atividade era mesmo sujeita ao pagamento de impostos. Sólon chegou mesmo a democratizar o acesso às escravas sexuais por meio do estabelecimento de bordéis públicos, cujos preços eram acessíveis a quaisquer cidadãos, que deveriam ter o direito de acesso ao prazer sexual.²³²

Embora os clientes fossem exclusivamente homens, tanto mulheres como jovens rapazes podiam se prostituir. Era comum que homens comprassem um(a) escravo(a), exclusivamente para relações sexuais, dividindo os custos com os amigos. Os homens poderiam frequentar prostitutas masculinos ou femininos, e isso não era considerado estranho (desde que assumissem a posição ativa na relação sexual),²³³ pois o padrão masculino de interesse de homens adultos, tanto por mulheres como jovens rapazes, era extremamente comum em toda a Antiguidade e considerado como parte da ordem natural das coisas.²³⁴

A castração era também relativamente comum, em especial porque apenas os homens nessas condições eram considerados confiáveis para proteger as mulheres.²³⁵ Registros dão conta que um homem de Chios, chamado Panionius, ficou famoso por ganhar a vida castrando quaisquer garotos bonitos que ele conseguia capturar, vendendo-os, com grande lucro, em Sardis ou Ephesus, aonde eles atingiam altos preços.²³⁶

²³¹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 51.

²³² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 16.

²³³ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 69.

²³⁴ *Ibid.*, p. 69.

²³⁵ *Ibid.*, p. 69.

²³⁶ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 241.

Mas a castração também poderia ser voluntária, denotando a existência da transexualidade já naquela época (como dissemos, parece não haver nada de realmente inédito quando se fala em sexo). Um autor não identificado, no século II d.C., descreveu o costume da castração ritual na Síria da seguinte forma: “vários se castravam no santuário e se tornavam femininos, seja como consolação para Combabus ou à honra de Hera. Eles deixavam de usar roupas masculinas e passavam a usar roupas femininas, trabalhando como mulheres. Os homens que se castravam saíam pela cidade, segurando em suas mãos o que eles tinham acabado de cortar, e depois pegavam roupas femininas na casa na qual eles jogavam suas partes”.²³⁷

A expressão da sexualidade também era bem mais livre do que em momentos históricos posteriores, sendo particularmente vívida no Egito, quando tanto as artes como a literatura descreveram graficamente uma série de posições sexuais, bem como lidaram com temas tão variados como o, adultério, homossexualidade, masturbação e incesto. Tanto os órgãos sexuais femininos como masculinos eram usados como tema de obras artísticas e havia uma grande abertura no tocante a demonstração dos prazeres eróticos.²³⁸

Dentre as civilizações da Antiguidade, um parêntese deve ser feito relativamente à Civilização Etrusca, que conheceu seu apogeu entre 800 a.C. e 500 a.C., que bem ilustra como, dentro de um mesmo período histórico, algumas sociedades se diferenciam, denotando a variedade e singularidade do comportamento sexual humano.

Uma teocracia politeísta, os etruscos não compartilhavam de muitos dos costumes adotados na época por outras civilizações. Caracterizavam-se eles por serem extremamente promíscuos, o que tornava impossível estabelecer com certeza a paternidade, razão pela qual as famílias eram organizadas em torno da linhagem matrilinear.²³⁹

²³⁷ *Apud* KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 81.

²³⁸ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 22.

²³⁹ CAWTHORNE, Nigel M. *Sex Lives of the Roman Emperors*. Londres: Carlton Publishing Group, 2005, p. 08.

Também não consideravam vergonhoso que um homem fizesse sexo com outro, fosse ele o passivo ou ativo na relação sexual.²⁴⁰

Eram singularmente abertos em relação a sua sexualidade, sendo natural, por exemplo, que um escravo, ao atender a porta, perguntado sobre seu senhor, respondesse exatamente “o que” ele estava fazendo (e com “quem”), ou que as mulheres usassem resina para depilar suas partes íntimas, na rua, sem qualquer preocupação de serem vistas por quem passasse.²⁴¹

Na Antiguidade Clássica, que compreende o período que vai de 800 a.C a 476 d.C., firmam-se os importantes paradigmas sexuais grego e romano que, embora parecidos, como veremos, não são idênticos, em particular no tocante ao status da mulher na sociedade.

Entre os gregos, predominava uma concepção naturalística do sexo, que não provocava questões morais específicas ou relevantes,²⁴² pois a idéia de que a sexualidade pudesse ser moralmente categorizada, de forma similar à que é hoje, simplesmente não existia para eles. Eles também não medicalizavam ou psicologizavam o sexo (isso foi feito, séculos depois, pelos vitorianos).²⁴³ O sexo era, portanto, considerado algo natural, que não ensejava, *per se*, maiores ansiedades éticas.

Tal atitude, contudo, não era necessariamente benévola, como poderíamos supor. Paradoxalmente, os gregos, orgulhosos de suas conquistas nas principais áreas do conhecimento, tinham vários comportamentos inaceitáveis, como por exemplo, usar crianças de ambos os sexos como objetos sexuais (também não existia o conceito de abuso sexual infantil). Os gregos praticavam, também na seara sexual, atos que atualmente seriam considerados crimes hediondos.²⁴⁴

²⁴⁰ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 09.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 09.

²⁴² POSNER, Richard A., *op. cit.*, p.15.

²⁴³ *Ibid.*, p. 24

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 41

A principal característica da cultura sexual helênica era o fato de ser totalmente dominada pelos homens e, refletindo o poder social dos cidadãos, a cultura era organizada ao redor do prazer masculino.

As mulheres, que gozavam de uma posição claramente secundária, tinham o mesmo status dos menores, estando sempre sobre a guarda de um parente do sexo masculino.²⁴⁵ Em linhas gerais, as mulheres eram consideradas inferiores em intelecto e caráter, irracionais, hipersexualizadas, e moralmente deficientes.²⁴⁶ Em consequência, eram impedidas de frequentar escolas, serem proprietárias de terras ou participar na vida política do Estado,²⁴⁷ não sendo mesmo consideradas companhias apropriadas para os homens (em verdade, sequer faziam as refeições com seus maridos).²⁴⁸

O Deus Apolo, na clássica obra de Ésquilo, *Eumenídes*, chega mesmo a afirmar que o homem é o verdadeiro genitor, e não a mulher, nos seguintes termos: “aquele que se costuma chamar de filho não é gerado pela mãe, ela somente é a nutriz do germe nela semeado, de fato, o criador é o homem que a fecunda; ela, como uma estranha, apenas salvaguarda o nascituro quando os deuses não o atingem”.²⁴⁹

O casamento legítimo e sexo eram considerados uma obrigação para com a sociedade, e deveria ser desempenhado a contento, tanto pelos homens quanto pelas mulheres, sendo proibidas, para as últimas, relações fora do casamento. Foi no período clássico que se consolidou a existência de uma clara dicotomia classificatória no tocante as mulheres: de um lado, estavam aquelas que eram respeitáveis e adequadas para o casamento, que deveriam observar a virgindade e a fidelidade e, do outro, aquelas que se prostituíam. Em suma, existiam mulheres “para casar” (i.e. aquelas que aceitavam ter sua sexualidade controlada pelo marido e/ou família) e aquelas que exerciam sua sexualidade livremente, mas pagavam o

²⁴⁵ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 05.

²⁴⁶ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 86.

²⁴⁷ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

²⁴⁹ ÉSKUULO. *Eumenides*, p. 29. Disponível em <http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/esquilo-eumenides.pdf>

preço de serem socialmente excluídas). Vale ressaltar que não existia (e nem existe), em nenhuma cultura, essa mesma espécie de dicotomia classificatória com relação aos homens.

Essa cultura tão sexista, em especial em Atenas, só pode ser compreendida dentro de um sistema social e político centrado na figura do cidadão, homens adultos que ocupavam o ápice da pirâmide social. Abaixo deles, aqueles que não eram cidadãos, dentre os quais suas próprias mulheres e as crianças, ocupavam posições sociais subordinadas.²⁵⁰ Por tal razão, com exceção da poetisa Safo, nascida na Ilha de Lesbos,²⁵¹ existe pouca documentação sobre a sexualidade entre mulheres e, nas poucas vezes em que ela é mencionada, quase sempre o é com desaprovação ou, alternativamente, interesse voyeurístico.²⁵²

Numa sociedade em que o status das mulheres era tão baixo, os homens tinham grande ansiedade e interesse em policiar os limites entre os gêneros e, em particular, estabilizar sua posição de superioridade, centrando-se no afirmativo e constante desempenho da masculinidade na vida cotidiana.²⁵³

A cultura da época considerava o gênero como sendo algo fluído, estando os corpos em perpétuo estado precário, podendo ser afetados pela idade, dieta e estilo de vida (a morte, em si, era entendida como um processo de resfriamento e desidratação do corpo). Supunha-se que os homens eram quentes e fortes e as mulheres, por sua vez, passivas, fracas e frias, perdendo calor e energia vital por força da menstruação, roubando dos homens parte de seu calor e energia, por meio do sexo.²⁵⁴

Em consequência, os homens poderiam ficar mais femininos se perdessem calor e as mulheres mais masculinas se o ganhassem, gerando a sensação psicológica que o gênero não era uma característica biológica e estável, mas uma identidade continuamente sob

²⁵⁰ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 05.

²⁵¹ Estranhamente, embora aceitassem o sexo entre homens, os gregos não tinham esse posicionamento face ao lesbianismo, que consideravam antinatural, pois colocavam o desejo masculino como elemento central da sexualidade, não deixando espaço para qualquer atividade que não tivesse um participante masculino.

²⁵² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 12.

²⁵³ *Ibid.*, p. 07.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 05.

ameaça,²⁵⁵ razão pela qual sexo, embora considerado necessário para uma boa saúde, era também considerado perigoso para os homens. Os corpos frios das mulheres, por sua vez, necessitavam do calor sexual dos homens para compensar sua inerente falta de vitalidade, motivo pelo qual as mulheres eram consideradas hipersexualizadas por natureza, sem qualquer capacidade de autocontrole sexual.²⁵⁶

Dentro desse contexto é ilustrativo o mito de Tirésias, homem transformado em mulher por sete anos, por ordem dos deuses. Depois de ter experimentado o sexo, tanto quanto homem quanto mulher, ele foi chamado para resolver uma disputa entre Zeus e sua esposa Hera, sobre se eram os homens ou as mulheres que sentiam o prazer sexual mais intenso. Ele revelou que eram as mulheres, afirmando que, se dividirmos o prazer sexual em dez partes, o homem ficaria apenas com um décimo. Em retaliação, Hera o cegou, por ter revelado este segredo feminino.²⁵⁷

A agressividade e assertividade esperada por parte dos homens eram particularmente importantes no tocante à sexualidade, levando à valorização um comportamento dominante, sendo a masculinidade vinculada ao papel ativo (i.e. penetrativo) nas relações sexuais.

Pouco importava se o penetrado fosse uma mulher ou um rapaz, o que importava era quem penetrava quem. Por sua vez, o desejo de ser penetrado, ou assumir o papel passivo na relação, era considerado inapropriado para um cidadão livre, pois o reduziria a uma condição inferior, já que apenas mulheres, jovens rapazes, estrangeiros e escravos eram considerados “apropriados” para penetração. Beijos, carícias e outras expressões de amor não eram consideradas como parte do domínio sexual e o consentimento de quem era penetrado era em grande parte irrelevante, sendo os homens encorajados ao sexo penetrativo como forma de dominação e controle do parceiro(a) submisso(a), pois o sexo refletia diretamente uma relação de poder.

²⁵⁵ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 01.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 01.

²⁵⁷ OVÍDIO, *Metamorfoses*. Livro III, 316-338. Obra integral disponível *online* na Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (www.cervantes.com). Consulta feita em 29.03.2010.

Consequentemente, um homem adulto que se deixasse penetrar era objeto de chacota, sendo chamado de *kinaidos* ou um “homem que assumia o papel de mulher”.²⁵⁸ Destarte, um jovem Ateniese que se prostituía na juventude era privado de seus direitos políticos e civis de cidadão.²⁵⁹ Perceba-se que o status sexual era intimamente ligado ao conceito político e social de cidadania e era negociado na distinção entre ativos e passivos e não na distinção heterossexual/homossexual, que não existia na época e que viria a surgir apenas muito tempo depois.²⁶⁰ Com efeito, os gregos não tinham sequer uma palavra para descrever o que hoje entendemos por homossexualidade e, como dito, não se interessavam se as pessoas com quem estavam copulando eram homens ou mulheres, mas sim quem assumia o papel ativo na relação.²⁶¹ Existia, igualmente, uma hierarquia na aceitação dos atos sexuais, sendo o mais aviltante o *cunnilingus* (pois significava uma submissão do homem à mulher), seguido de perto pela felação, pois ser penetrado na boca por um pênis era considerado degradante, tanto para o homem como para a mulher, sendo um ato que deveria ser praticado apenas por prostitutas e escravos.²⁶²

Para os gregos, a ligação entre pênis e poder (inclusive Estatal) era parte do imaginário coletivo, devendo ser celebrada. Kallixeinos de Rhodes chega mesmo a descrever um festival, em Alexandria, ocorrido em 275 a.C., em honra do Deus Dionísio, no qual um falo de aproximadamente 50 metros, com uma estrela dourada em cima, foi carregado pelas ruas da cidade, enquanto meio milhão de pessoas cantava em sua homenagem. Tal falo, que na posição vertical teria a altura de um prédio de quase vinte andares, era precedido de dez fileiras de avestruzes, montados por meninos vestidos de sátiros, e seguidos por mais de cinquenta mil soldados.²⁶³ Da mesma forma, todas as residências atenienses (em particular as mais abastadas) tinham na porta de entrada uma estatua do deus Hermes, com seu pênis ereto,

²⁵⁸ FRIEDMAN, David. M, *op. cit.*, p. 22.

²⁵⁹ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 09.

²⁶¹ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 24

²⁶² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 10.

²⁶³ FRIEDMAN, David. M, *op. cit.*, p. 20.

vez que as imagens eróticas, presentes em todos os lugares da vida cotidiana, eram consideradas uma cura para a virilidade declinante e usadas para afastar o mal.²⁶⁴

Assim, a nudez masculina não era considerada embaraçosa e,²⁶⁵ ao contrário, afirmava a posição do homem como guerreiro e cidadão (o que pode ser facilmente inferido pelas esculturas da época).²⁶⁶ A nudez masculina, em especial, era mais valorizada, porque se considerava ser a atratividade do homem (e não a da mulher) a responsável por produzir a faísca que acendia o fogo da paixão.²⁶⁷ A nudez também era a regra para a prática de esportes, tendo sido adotada depois que Orsippus, célebre atleta que competiu nos Jogos Olímpicos de 720 a.C, deixou cair suas vestes no meio de uma corrida que venceu (mesmo a palavra ginástica deriva do grego *gymnos*, que quer dizer nu).

A demonstração de afeto entre homens também era aceita como algo corriqueiro. Na Grécia Clássica, era normal, por exemplo, que um homem adulto tocasse os testículos de um garoto, uma espécie de cumprimento,²⁶⁸ sem que isso tivesse necessariamente qualquer conotação sexual. De fato, era algo tão comum que na peça “As Aves”, de Aristófanes, o personagem Pistêtero reclama com um interlocutor, duvidando de sua amizade, já que aquele havia encontrado com seu filho, que saía do ginásio, “sem sequer ter falado com ele ou lhe tocado os testículos”.²⁶⁹

Embora possa parecer inesperado, no contexto de uma cultura em que o pênis tinha uma importância simbólica tão fulcral, os gregos valorizavam os pênis pequenos (alguns especulam que esta tendência existia em decorrência da crença de que os homens com pênis maiores teriam mais chances de serem feridos em batalhas), de forma que uma maneira que os artistas gregos utilizavam para criticar ou zombar dos estrangeiros ou escravos, era desenhá-los com pênis exageradamente grandes.

²⁶⁴ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 07.

²⁶⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 42

²⁶⁶ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 18.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

²⁶⁹ ARISTÓFANES. *As Aves*, p. 08. Disponível em <http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/aristofanes-las-aves.pdf>. Acesso em 10.09.2011.

Mas grande ou pequeno, o certo é que o pênis era central para a filosofia educacional grega. Seja em Atenas ou Esparta, os gregos adotavam um sistema de crenças estéticas baseado na supremacia masculina, no militarismo e na idealização do corpo masculino nu, o qual se perpetuava por uma instituição única daquele povo: a pederastia.

Ao contrário do que poderíamos concluir, com base nos conceitos que adotamos na atualidade, a pederastia não se confunde com a idéia que hoje temos da homossexualidade, em especial porque ela era vista tão somente como um rito de passagem. Em verdade, os gregos, após viverem relações pederásticas em sua adolescência, casavam e formavam famílias, mantendo uma relação de respeito com seus antigos mentores.²⁷⁰ A pederastia era uma instituição sancionada pelos Deuses do Olimpo e heróis míticos: Zeus, Apolo, Poseidon e Hércules tiveram experiências pederásticas, assim como muitos gregos célebres da vida real, como Sólon, Pitágoras, Sócrates e Platão.²⁷¹

A pederastia tinha primordialmente uma função social, que era o encorajamento dos jovens adolescentes a participarem da vida política, por meio do estabelecimento de fortes laços com figuras públicas de renome, sendo o componente sexual tido como natural e conceitualizado, dentro deste contexto específico, como uma espécie de treinamento pedagógico e erótico, parte inerente da educação de um futuro cidadão.²⁷² FRIEDMAN chega a afirmar que, dentro da cultura falocrata da época, por meio da pederastia, os homens gregos enganavam a natureza, vez que, com seus pênis (e sem a participação das mulheres), produziam novos cidadãos.²⁷³

Os romanos, por sua vez, não tinham o instituto da pederastia. Para eles, ao contrário, a idéia de que as virtudes masculinas fossem transmitidas pela penetração anal, ainda que durante a adolescência, era algo impensável, vez que a masculinidade, igualmente medida pela dinâmica de poder durante o ato sexual (e não pelo objeto de desejo), não admitia exceções.

²⁷⁰ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 22.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

²⁷² MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 12.

²⁷³ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 24.

O cidadão Romano penetrava os outros (homens ou mulheres) com seu pênis, mas nunca poderia ser penetrado.²⁷⁴ O pênis era um instrumento de dominação e a sua comparação com uma arma era tão culturalmente arraigada, que a palavra latina *glans*, usada para descrever projéteis (i.e. pedras, flechas, etc.) era a mesma usada para se referir à ponta do pênis.

Embora os membros da elite romana também pudessem ver os filhos de seus pares como objeto de desejo, sabiam que eles não estavam disponíveis, pois os consideravam como *vir* (homens), ou mais exatamente, como pessoas passando pelo processo de se tornarem *viris*. Assim existia um forte tabu social para que esses garotos não fossem sexualmente penetrados por outros homens, motivo pelo qual se dava a cada um deles, durante a adolescência, um pendente com uma pequena caixinha que continha o *fascinium* (origem da palavra fascinante), pequena réplica de um pênis, que simbolizava seu status como cidadão romano e, portanto, fora dos limites de qualquer investida por parte de outros homens que quisessem assumir com eles o papel ativo na relação sexual. Tal preocupação era tão grande dentro da cultura romana, que foi a razão da edição, em 149.a.C., da *Lex Scantinia* (assim denominada em homenagem a Scantinius Capitolinus) que condenava a homossexualidade passiva e era aplicada aos romanos livres, garantindo a “superioridade sexual” daqueles cidadãos, que não poderiam se deixar penetrar por quaisquer outros homens, em decorrência de seu status social e político.²⁷⁵

Ainda mais do que na Grécia, o pênis romano era uma ferramenta do Estado. No auge do poder imperial, a expectativa de vida era de menos de vinte cinco anos e apenas quatro em cada cem homens chegava aos cinquenta. Nesse contexto de uma população que se diminuía pela alta mortandade, o Império obrigava seus cidadãos a produzir filhos legítimos, motivo pelo qual penalizava os solteiros e se premiava a paternidade, inclusive pela celebração da primeira ejaculação de cada filho, como parte do feriado chamado *Liberalia*.²⁷⁶

²⁷⁴ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 24.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 25.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 34.

Muito embora a civilização de Roma mantivesse muitos dos conceitos básicos da cultura grega, certamente era uma sociedade que tinha uma visão melhor da mulher.²⁷⁷ As mulheres romanas costumavam ter mais liberdade e poder dentro das relações sociais, tendo mesmo Catão dito, em tom de desabafo, que: “todas as nações controlam suas mulheres, mas nós, que controlamos todas as nações, somos controlados pelas nossas”.²⁷⁸

Em verdade, a participação da mulher romana no cotidiano dos homens, em contraste com os costumes gregos, parece ter sido de tal importância que Cícero, no alto de sua sabedoria, após ter se separado de sua mulher Terência, perguntado se voltaria a se casar, respondeu que “não conseguia lidar, ao mesmo tempo, com uma mulher e com a filosofia”.²⁷⁹

A família, por sua vez, estava estruturada com base na figura do *pater famílias*, cujo poder e autoridade eram incontestáveis, já que envolvidos pela aura do poder dos deuses, tendo direito de vida e morte, ao menos em teoria, sobre seus descendentes e agregados.²⁸⁰

O matrimônio romano, em especial nas classes mais altas, era orientado pela preocupação com a política e o poder.²⁸¹ Das mulheres casadas, por sua vez, se esperava a fidelidade. Em Roma, como na maior parte do mundo antigo, era permitido ao homem matar sua mulher caso ela fosse flagrada em adultério,²⁸² sendo este um crime contra a ordem pública, caso o marido não se ocupasse da persecução penal, qualquer cidadão poderia fazê-lo.²⁸³

Para os romanos, a adoção era bem mais usual e difundida do que na sociedade moderna, e não seria um grande exagero afirmar que as crianças eram virtualmente uma espécie de *commodity*. Era muito comum, por exemplo, que uma família colocasse seu

²⁷⁷ É interessante notar que a mulher ideal para os romanos era diferente do atual. Nada de loiras ou ruivas, mas sim uma mulher de pele clara, cabelos escuros e lustrosos, partes íntimas depiladas e um pouco gordinha.

²⁷⁸ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 23.

²⁷⁹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 111.

²⁸⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 10.

²⁸¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro *et al*, *op. cit.*, p. 11.

²⁸² TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 97.

²⁸³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 13.

segundo filho para adoção e, caso o primeiro morresse, viesse a adotar outro, para substituí-lo.²⁸⁴

Contudo, nem um milênio de tradição católica conseguiu apagar da história as provas cabais de um fato que pode parecer surpreendente, mas que é particularmente importante na atualidade, em que se discute o casamento homoafetivo, normalmente apresentado como algo inédito e/ou revolucionário. Em verdade, não é nem uma coisa nem outra: o casamento entre pessoas do mesmo sexo existia em Roma (ao menos entre homens).

Com efeito, o casamento entre homens existiu em Roma até ter sido formalmente banido por Constâncio II que, influenciado pela nova moralidade católica que se consolidava, o fez por meio de uma lei, datada de 342 d.C., que alterou o item 9.7.3. do Código de Teodosiano.²⁸⁵ É interessante observar que aparentemente a lei tinha efeitos retroativos, afetando inclusive os casamentos já realizados.

De fato, o casamento entre homens parece ter sido relativamente comum, sendo inexplicável que tenha sido “esquecido” pelos estudiosos, em especial na área do Direito, motivo pelo qual não sabemos atualmente detalhes sobre suas consequências jurídicas.

Juvenal, famoso até hoje pela expressão *panem et circenses*, por volta do século I d.C., leva a crer que naquela época o casamento entre homens era comum o suficiente para sequer chamar a atenção, por meio de um diálogo, constante em uma de suas obras, na qual

²⁸⁴ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 44.

²⁸⁵ A íntegra de tal texto legal, em latim, é transcrita a seguir: “*Constantius et Constans aa. ad populum. Cum vir nubuit in feminam, femina viros proiectione quid cupiat, ubi sexus perdidit locum, ubi scelus est id, quod non proficit scire, ubi venus mutatur in alteram formam, ubi amor quaeritur nec videtur, iubemus insurgere leges, armari iura gladio ultore, ut exquisitis poenis subdantur infames, qui sunt vel qui futuri sunt rei. Dat. prid. non. dec. Mediolano, proposita Romae XVII kal. ianuar. Constantio III et Constante II aa. cons. (342 dec. 4).*” A tradução da parte negritada é a seguinte: “Quando um homem se casa com outro, como se uma mulher fosse, o que estaria ele procurando, como se o sexo tivesse tomado uma forma diferente, aonde o amor é buscado mas não encontrado? Nós ordenamos que a Justiça se arme com a espada da vingança, de forma que as pessoas culpadas deste ato, agora ou anteriormente, sejam severamente castigadas.” Disponível em: <http://www.well.com/~aquarius/constantius.htm>. Acesso em 20.10.2011.

um personagem afirma: “Tenho uma cerimônia para comparecer, amanhã pela manhã, no vale do Quirinal (...). Um amigo que vai casar-se com o seu marido, nada de importante”.²⁸⁶

Também Marcial, na sua obra Epigramas, relata o casamento entre dois homens, como segue: “O barbado Callistratus foi desposado pelo lascivo Afer (...)”.²⁸⁷

Cícero, crítico de Marco Antônio, por sua vez, descreve a relação deste último, quando jovem, com um homem chamado Cúrio, como segue: “você assumiu o manto masculino, que logo transformou em feminino: inicialmente, como um prostituto, por um preço que não era barato, por sua lascívia. Mas logo Curio apareceu, tirando-o da prostituição e lhe outorgou um manto de esposa respeitável, por meio de um casamento sólido e duradouro”.²⁸⁸

Em verdade, dois imperadores romanos se casaram publicamente com outros homens.

O primeiro deles, Nero, conforme os registros de Suetônio, se casou com o escravo Sporus, com todas as cerimônias usuais, incluindo um dote e um véu de “noiva”, levando-o para a sua casa, seguido por uma grande multidão, e o tratou como esposa,²⁸⁹ o que levou aos críticos do imperador a afirmarem que o mundo seria bem melhor se o pai de Nero, Domício, tivesse se casado com alguém como Sporus...²⁹⁰

²⁸⁶ JUVENAL (Decimus Iunius Iuvenalis). *Satiras* (Item 2:132) Disponível em <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/juv-sat2eng.html>. Acesso em 20.11.2011.

²⁸⁷ MARCIAL (Marcus Valerius Martialis), *Epigramas*. (Livro XII, 42). No original, em latim: “*Barbatus rigido nupsit Callistratus* (...)” Observe-se que a expressão em latim usada é “nupsit”, é a mesma utilizada para denotar o casamento de um casal heterossexual, o que não deixa qualquer dúvida sobre o que ele estava descrevendo. Disponível em http://www.tertullian.org/fathers/martial_epigrams_book12.htm. Acesso em 20.11.2011.

²⁸⁸ CÍCERO (Marcus Tullius Cicero). *Philippicae*. (Livro II, 44). No original, em latim: “(...) *sed cito Curio intervenit, qui te a meretricio quaestu abduxit et, tamquam stolam dedisset, in matrimonio stabili et certo collocavit*.” Observe-se que, neste caso, a palavra usada é *matrimonio*, que sequer precisa de tradução para o português. Disponível em http://www.intratext.com/IXT/LAT0075/_P2.HTM#3EP. Acesso em 20.11.2011.

²⁸⁹ FRIEDMAN, David. M; *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁰ SUETÔNIO (Gaius Suetudinus Tranquillus). *De vita Caesarum* (VI, 28). Disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/Nero*.html. Acesso em 20.10.2011.

Heliogáballo, por sua vez, casou-se formalmente com Hierócles, um ex-escravo da região de Cária (atual Turquia) a quem ele outorgou o título “Marido do Imperador”. Cassius Dio descreve a relação dos dois, nos seguintes termos:

“Ele tinha, ademais, um marido, que queria transformar em César, exatamente por esta razão. Ele era um charreteiro, que usava sempre um uniforme verde (...), a quem ele foi dado como esposa, amante e rainha. (...). Seu marido era Hierócles, um escravo de Cária (...), que ganhou os favores do imperador por ter uma sorte digna de nota. Parece que, numa corrida, Hierócles caiu de sua biga, ao lado do imperador, perdendo seu capacete na queda e, por ter uma coroa de cabelos louros, chamou a atenção do imperador e foi levado imediatamente para o palácio aonde, por seus “feitos noturnos”, cativou-o ainda mais, se tornando extremamente poderoso. Em verdade, ele tinha mais influência que o próprio imperador (...) que gostava ter a reputação de cometer adultério (...) e ser pego no ato, motivo pelo qual era frequentemente agredido pelo seu marido e estava sempre com os olhos roxos. Seu amor pelo marido não era uma inclinação sutil, mas uma paixão ardente e estável, de forma que ele não se envergonhava desse tratamento violento mas, ao contrário, o amava ainda mais (...).”²⁹¹

Como na Grécia, a representação cultural do sexo era livre e estátuas representando o pênis existiam por toda parte, sendo tocadas por todos que passavam para garantir boa sorte.²⁹² A veneração a Priapo, divindade ligada à fertilidade, frequentemente representada com o pênis ereto, largamente era difundida em todo o mundo antigo.

A expressão da sexualidade, para os romanos, era normalmente aceita, tanto nas residências como nos ambientes públicos. Um dos mais famosos murais de Pompéia retrata um membro ereto com a inscrição *hic habitat felicitas* (aqui mora a felicidade).²⁹³ Tal liberalidade também era gozada, em alguns aspectos, pelas mulheres, tendo Sêneca chegado a

²⁹¹ CASSIUS DIO (Lucius Cassius Dio Cocceianus). *Epitome Ton Istorion* (80.14). Disponível em http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cassius_Dio/80*.html. Acesso em 20.11.2011.

²⁹² CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 28.

²⁹³ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 30.

afirmar que as roupas delas eram tão reveladoras, que não havia nada de novo para mostrar no quarto, aos seus amantes, que eles já não tivessem visto nas ruas.²⁹⁴

Quanto aos comportamentos sexuais, a sociedade era consideravelmente permissiva. A prostituição, tanto masculina como feminina, era extremamente comum.²⁹⁵ Por sorte, a erupção do Vesúvio, em 79 d.C., preservou pinturas nas paredes que denotam, de maneira irrefutável, que a sociedade pompeana exercia uma variedade de atividades sexuais, de forma aberta e ostensiva: práticas como a homossexualidade, o sexo grupal e mesmo a pedofilia eram tidas como comportamentos aceitáveis.

Entretanto, esta liberdade não era total. Para os romanos, o sexo oral receptivo era a maior de todas as humilhações.²⁹⁶ O sexo oral penetrativo, descrito pelo verbo *irrumare*, era inclusive usado como forma de humilhar os inimigos, após os mesmos terem seus dentes quebrados por um bom *dentifrangibus* (quebrador de dentes).²⁹⁷ Com efeito, prostitutas(as) que fizessem sexo oral eram extremamente bem pagos(as), vez que este era considerado o ato sexual mais depravado e degradante que existia.²⁹⁸

O desconhecimento dos aspectos científicos do sexo continuava a ser total. Para se ter uma idéia, Lactantius, tutor dos filhos do Imperador Constantino, no século IV d.C., acreditava que o que fazia com que o feto desenvolvesse o sexo masculino ou feminino, era a parte do útero onde as supostas “sementes” do homem caíam.²⁹⁹

Entretanto, a par de seu desconhecimento da biologia, por meio de um posicionamento mais realista que o que temos hoje em dia, os romanos aceitavam a existência da ambiguidade sexual e de gênero, havendo mesmo um termo latino (*cineadus*) usado para descrever homens considerados efeminados ou que não correspondiam às expectativas de um

²⁹⁴ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 54.

²⁹⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 44

²⁹⁶ *Autre temps autre moeurs*. É interessante notar que o sexo oral, que atualmente não é causa de qualquer polêmica, para a maior parte dos povos da Antiguidade, era um dos maiores tabus, considerado como algo depravado, indigno e repugnante.

²⁹⁷ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 19.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 24.

²⁹⁹ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 85.

comportamento tipicamente masculino. Com efeito, um dos primeiros casos bem documentados de possível transexualismo na história é o do imperador Heliogábalo, que solicitou aos seus médicos que fizessem uma incisão no seu corpo e o tornassem uma mulher.³⁰⁰

Em verdade, aceitos ou não, todos os comportamentos sexuais existentes hoje já faziam parte da vida dos romanos, como bem demonstrado pela vida sexual de seus imperadores, que fizeram absolutamente de tudo. É interessante notar, na maior parte das descrições de suas vidas, uma exagerada agressividade e violência, também observável nas atitudes das elites romanas, que denotavam um desrespeito enorme pelas pessoas consideradas inferiores, constantemente vítimas de abusos sexuais dos mais diversos.

Vamos citar alguns casos exemplificativos, para que possamos ilustrar exatamente ao que nos referimos.

Tibério, por exemplo, além de ter sido adepto da coprofilia, uma vez abusou sexualmente de dois garotos (irmãos), que protestaram veementemente. Ambos tiveram suas pernas quebradas.³⁰¹ Júlio César, por sua vez, era bissexual, e deixava claro suas preferências com ambos os sexos, o que levou ao Tribuno Gaius Scribonius Curios a defini-lo como “o marido de todas as mulheres e a esposa de todos os homens”.³⁰²

Vespasiano, por sua vez, adorava as mulheres e era o que chamaríamos hoje de um mulherengo inveterado. Adriano, ao contrário, gostava de rapazes e se apaixonou pelo jovem Antínoo, tendo ficado inconsolável quando este último se afogou no Nilo.

Domiciano, por sua vez, no mais puro exemplo da tradição “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”, tão comum ainda nos dias de hoje, declarou guerra contra o que considerava os vícios de Roma, muito embora privadamente os praticasse com o mesmo

³⁰⁰ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 195.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 67.

³⁰² *Ibid.*, p. 41.

fervor. Tinha ele, em especial, uma predileção pelo bizarro, sendo que mulheres corcundas, anões e pessoas portadoras das mais diversas deformidades faziam parte de seu *entourage*.

Calígula, contudo, mesmo para os padrões romanos, parece ter sido um caso a parte. Ele era orgulhoso do tamanho de seu pênis e costumava exibi-lo em público sempre que pudesse, inclusive para a multidão, no Coliseu, de forma que os imperadores que o sucederam sabiam que era importante se masturbar publicamente durante os espetáculos. Mantinha abertamente uma relação incestuosa com sua irmã Druzilla, que, os oráculos da época advertiam, poderia levar Roma à ruína. Quando ela morreu, ele sodomizou seu corpo uma última vez e declarou-a uma divindade. Duas de suas outras irmãs (Agrippina e Livilla) não gozavam, contudo, da confiança do imperador. Após uma discussão, ele ordenou que elas fossem colocadas à disposição da multidão, tendo sido abusadas sexualmente por cinco dias, por todos aqueles que se interessaram, inclusive leprosos, mendigos e aleijados.³⁰³

Um dia, embriagado, Calígula pediu a seu gladiador preferido, Superbus, que o sodomizasse, em plena arena do Coliseu, frente a dezenas de milhares de pessoas. No exato momento em que o gladiador atingia o orgasmo, outro decepou sua cabeça com uma cimitarra. Calígula, em sua peculiar lógica, achava que, se fosse simultaneamente banhando externamente pelo sangue do gladiador e internamente pelo seu sêmen, se tornaria ele também uma divindade.³⁰⁴

Mas este tipo de exagero, longe de ser limitado aos imperadores, parece ter sido parte da cultura sexual romana. Mesmo antes do fim da república, as orgias já eram moda, especialmente entre as classes mais abastadas, sendo que os muito ricos competiam entre si, em busca de organizar o evento mais lascivo e cheio de excessos.³⁰⁵

Entretanto, nada parece ter desencadeado, mesmo na época, uma mórbida mescla de libido e agressividade incontrolável, como os espetáculos no Coliseu.³⁰⁶

³⁰³ CAWTHORNE, Niguel M., *op. cit.*, p. 74 .

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 25.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 34 e ss.

Gritos de dor e de agonia daqueles que se feriam ou morriam na arena não eram menores que os gritos orgásticos da platéia. Os mais ricos, normalmente acompanhados por prostitutas de ambos os sexos, eram felados ali mesmo na arquibancada. Com efeito, algumas prostitutas preferiam se deixar penetrar por trás, para que, enquanto atendiam seus clientes, não perdessem o espetáculo. Os mais pobres, urravam, torcendo por seus gladiadores favoritos, não raro sentados no colo uns dos outros. Havia, inclusive, aqueles que achavam particularmente divertido se masturbar, ejaculando nas pessoas sentadas nas fileiras mais abaixo.

À noite, enquanto alguns escravos removiam da arena os corpos e os pedaços dos mortos que haviam sido decepados, em meio a poças de sangue misturado com areia, outros limpavam a urina, fezes, sêmen e outros fluídos corpóreos, deixados na arquibancada pelos espectadores.

Mas os excessos de Roma, com certeza, sempre encontraram vozes dissonantes, em especial naqueles que defendiam uma ética da moderação, como os estóicos, que mantinham uma visão severa e restrita do prazer sexual, ao qual atribuíam um valor insignificante. O sexo, para eles, pertencia à categoria dos desejos inferiores, sendo sua abstinência recomendada.³⁰⁷ Foi inicialmente com base nestes princípios de equilíbrio, inspirados no helenismo estóico, que os primeiros teóricos do cristianismo, no século I a.C., começaram a pregar uma nova moralidade sexual,³⁰⁸ que viria a se consolidar, cerca de quatro séculos depois, quando em 391 a.C., o Imperador Teodósio I proibiu o paganismo e proclamou o cristianismo a religião oficial do Império Romano.

Os primeiros séculos do cristianismo, uma das épocas mais obscuras e controversas da história humana, foram marcados pela expansão e consolidação da ideologia cristã no mundo ocidental. Talvez nunca viremos a entender completamente as razões pelas quais essa religião em particular conseguiu, em relativamente pouco tempo, tamanha

³⁰⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro *et al*; *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 12.

receptividade, mas isso denota que ela certamente tinha alguma espécie de forte apelo para a população da época.

No tocante, especificamente, às questões morais relacionadas ao sexo, o cristianismo alterou radicalmente os paradigmas existentes na Antiguidade, substituindo-os por outro, muito mais restritivo e repressor, com prontas consequências jurídicas. Nem tudo, entretanto, neste sentido, deve ser objeto de crítica. Ao pregar o respeito ao próximo e vincular cada um dos seres humanos diretamente a Deus (que os moldou à sua imagem e semelhança), a ideologia cristã lançou, ainda que embrionariamente, algumas das bases para o desenvolvimento do conceito de dignidade inerente a todos os seres humanos, certamente um avanço ético considerável que, com maior ou menor efetividade ao longo da história, também veio a ser aplicado nas questões morais relativas ao comportamento sexual. Um exemplo é o fato de o cristianismo ter democratizado o casamento, pois os escravos começaram a poder casar. Mas o que se dava com uma mão, em alguns casos era tirado com a outra, pois, em contrapartida, passou-se a proibir o divórcio...

Com a desintegração do Império Romano do Ocidente, a Europa se fragmenta politicamente, iniciando o sistema feudal, fundando na vassalagem, que logo substituiria, sob a tutela da Igreja Católica, a tradição escravocrata até então vigente, alterando, novamente, as condições básicas da infraestrutura socioeconômica da sociedade e gerando as condições que levariam à adoção de um novo paradigma sexual, o Paradigma Judaico-Cristão, que duraria por quase dois milênios, como bem explica TANNAHILL:

“Mas foi uma das linhas religiosas monoteístas que surgiu no oriente-médio que ao final prevaleceu, aquela dos hebreus, que não tinham nenhuma necessidade de fazer concessões entre a lei religiosa e a secular. O Pentateuco era uma mistura de costumes do oriente médio e regras vindas do Sinai, mas ambas tinham a autoridade de Iavé e, consequentemente, eram obrigatórias. Então as atitudes nascidas no neolítico foram preservadas e, quando a Igreja Católica, solidamente baseada nas fundações hebraicas, passou a dominar o ocidente como sucessora de Roma, as relações sociais e sexuais se fossilizaram no âmbar do antigo costume

hebraico. Aos preconceitos do oriente médio, os pais da Igreja Católica adicionaram os seus próprios. O sexo passou a ser considerado um pecado e a homossexualidade, uma ameaça ao Estado.³⁰⁹ O padrão geral de relações estabelecido no oriente-médio há mais de três mil anos atrás, persistiria, em consequência, não apenas na Europa, mas na Ásia, África e América, com apenas algumas alterações de menor importância, até a metade do século XX.³¹⁰

2.2.3. A IDADE MÉDIA (476. d.C. a 1453 d.C.)

O cristianismo levou cerca de mil anos para se estabelecer firmemente na Europa, num processo de crescente consolidação do poder religioso e político, sendo que entre 400 d.C e 1.000 d.C, a Igreja Católica sobreviveu e expandiu-se como a principal força coesiva em um mundo instável, provando-se a verdadeira sucessora da Roma Imperial, exercendo um controle com efeitos muitas vezes paralisantes sobre o pensamento ocidental.³¹¹

Como dito, inicialmente o cristianismo incorporou algumas das idéias de autocontrole já existente na Antiguidade, sendo que esta cultura da moderação e as primeiras influências cristãs mutuamente se influenciaram ao pregar formas de controle ou renúncia ao sexo.³¹²

Contudo, por fim a nova religião terminou indiscutivelmente por inovar, criando uma ética sexual radicalmente nova,³¹³ que denominamos o Paradigma Judaico-Cristão.

Sobre a criação desse novo sistema moral, novamente nos servimos da lição de TANNAHILL:

³⁰⁹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p.47.

³¹⁰ *Ibid.*, p.54.

³¹¹ *Ibid.*, p. 129.

³¹² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. p. 17.

³¹³ *Ibid.*, p. 18.

“Era uma moralidade advinda de basicamente três fontes, quais sejam: partes do Velho Testamento, todo o Novo Testamento e o pensamento dos primeiros pensadores cristãos, ou os pais da Igreja, no tocante a algumas áreas de dúvida relativamente aos textos fundamentais. Num período com altas taxas de alfabetização, suas conclusões seriam contestadas ou mesmo modificadas. Contudo, a alfabetização e o ensino foram duas das maiores vítimas da queda do mundo clássico. Como resultado, as conclusões dos primeiros pensadores cristãos não foram contestadas e, com o tempo, se tornaram incontestáveis. Suas deliberações, frequentemente produto de visões excessivamente pessoais e altamente preconceituosas sobre a vida e a sociedade, passaram a ter uma aura de verdade revelada e sua moralidade, totalmente relativa em suas origens, passou a ter caráter absoluto. Desta forma, o próprio conceito de pecado que chegou ao mundo moderno advém não dos ensinamentos de Cristo ou das tábuas do monte Sinai, mas das vicissitudes sexuais de uns poucos homens que viveram na época final do império romano”.³¹⁴

O Paradigma Judaico-Cristão de moralidade mostrou-se um modelo normativo altamente influente, baseado primordialmente em questões de índole sexual. Em verdade, dentre todas as aplicações da moralidade na vida humana, o cristianismo colocou o sexo como o mais importante, motivo pelo qual MOTTIER esclarece: “ao dar ao sexo um status tão especial, declarando-o “o” pecado original, o cristianismo colocou o sexo firmemente no centro da moralidade cristã”.³¹⁵

A visão teística abraçada pelo cristianismo entendia o sexo como uma parte da natureza animal do homem, separada de sua natureza divina, sendo aceito, na melhor das hipóteses, como um mal necessário à sobrevivência da espécie (e mesmo assim, alguns cristãos, no início do cristianismo, consideravam este um preço muito alto a pagar), sendo que o celibato e a virgindade eram tidos estados ainda mais santos.³¹⁶

³¹⁴ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 130.

³¹⁵ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 25.

³¹⁶ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 15.

Assim, ao elevar a virgindade e a castidade ao patamar de mais alto ideal espiritual, ao mesmo tempo em que dava ao sexo um significado cultural ligado ao trabalho demoníaco e algo que deve ser temido e evitado,³¹⁷ o novo paradigma sexual criou um *ethos* de animosidade com relação ao sexo virtualmente sem precedentes na história humana. Tal animosidade, que denominaremos negatividade sexual, adotando nomenclatura proposta por RUBIN, pode ser descrita nos seguintes termos: “A doutrina cristã concebe o sexo como inerentemente pecaminoso. Os genitais são considerados como uma parte inferior do corpo (...). O sexo é tratado com suspeita, considerado culpado até provado inocente e o exercício da sexualidade depende de pretextos que são desnecessários para a obtenção de outros prazeres como comer ou ler um bom livro”.³¹⁸

Neste momento, faz-se necessário questionar, de forma objetiva, qual seria a real profundidade da negatividade sexual que serviu de base ideológica de sustentação do Paradigma Judaico-Cristão.

Não precisamos ir muito longe para encontrarmos a resposta.

O cristianismo é intrinsecamente contrário ao sexo. Em verdade, nos registros da vida de Cristo, simplesmente não existem relatos referentes a atividades sexuais de qualquer espécie. Mesmo seu nascimento foi doutrinariamente desenvolvido para que não fosse fruto de uma relação sexual, motivo pelo qual afirma STEARS que “a animosidade do cristianismo ao sexo é evidente. Jesus nasceu de uma virgem e não é fruto de uma relação sexual, o que denota uma crença implícita de que sua divindade não é compatível com a cópula”.³¹⁹

O sexo e, mais especificamente, o desejo carnal, era visto como obstáculo para a salvação espiritual, vez que prendiam os homens aos seus instintos animais.³²⁰ Alguns pais do cristianismo, tais como Orígenes, levaram a luta contra o sexo tão a sério que chegaram

³¹⁷ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 24.

³¹⁸ RUBIN, Gayle. Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality. In: Pleasure and Danger. Exploring Female Sexuality. Carole Vance. Editor, 1984, p. 11-34. *Apud* ESKRIDGE JR. *et al*, *op. cit.*, p. 551.

³¹⁹ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 48.

³²⁰ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 18.

mesmo a se castrar, talvez inspirados pela Bíblia, que é clara ao reconhecer que “(...) há eunucos, que a si mesmos se fizeram eunucos, por amor do Reino dos Céus”.³²¹

Em verdade, o problema da castração voluntária como forma de expressão da castidade cristã alarmou suficientemente a Igreja para que ela fosse obrigada a condenar a prática como heresia.³²²

Grande influência teórica foi exercida por Santo Agostinho, um dos fundadores do cristianismo ocidental, que desenvolveu a doutrina do pecado original, que apresenta o sexo como a causa da expulsão de Adão e Eva do paraíso, colocando os desejos carnis como inimigos de Deus, e incrementando ainda mais uma concepção negativa a respeito do corpo e da sexualidade humana.

Em sua obra *A Cidade de Deus*, Agostinho é explícito quanto a magnitude do primeiro pecado, pelo qual a todos é devida a pena eterna, chegando a afirmar que “daí resulta que se tenha tornado em massa condenada (*massa damnata*) todo o gênero humano - porque o primeiro que esse crime cometeu, foi punido com a sua estirpe, que nele estava radicada, de maneira que ninguém é libertado deste justo e merecido castigo a não ser por uma graça misericordiosa e imerecida”.³²³

Defendia ele que o sêmen era o agente pelo qual o pecado original passava de uma geração à outra, tendo transformado esse simples agente biológico em um importante instrumento teológico de danação.³²⁴ O sexo, para ele, era pecaminoso, exatamente por causa do prazer que gerava,³²⁵ motivo pelo qual defendia fervorosamente a abstinência.³²⁶

A partir de então, a doutrina cristã incorpora a condenação do corpo e de tudo que se tornou matéria perecível em consequência do pecado original, sendo que a negatividade

³²¹ *Bíblia Sagrada*. Mateus, 19:12.

³²² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 21.

³²³ AGOSTINHO, *A Cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 2171.

³²⁴ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 80.

³²⁵ *Ibid.*, p. 43

³²⁶ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 18.

sexual estará presente, como um refrão obsessivo, mesmo em épocas que os costumes se abrandam, num crescendo até o Renascimento,³²⁷ de forma que, “quando finalmente o mundo ocidental emergiu da Idade das Trevas, o pecado tinha um papel mais importante e imediato na moralidade cristã que a própria redenção. E de todos os pecados abrangidos por essa moralidade, nenhum tinha uma aplicação mais ampla que o pecado do sexo. Por causa disso apenas a noção idealizada da castidade dos padres lhe dava autoridade moral. Conscientemente ou não, homens e mulheres com apetite sexual normal ficavam obcecados pela culpa. Sexo poderia ser seu único pecado, mas nos olhos da Igreja era o mais grave”.³²⁸

Com a alteração do centro de poder para a Igreja, a castidade e a pureza tornaram-se valorizadas, enquanto sexo e desejo se tornaram policiados, com o consequente aumento do vigor das penalidades aplicáveis aos comportamentos sexuais.³²⁹

Mas a mais fantástica novidade introduzida pela nova normatividade cristã (talvez criada em decorrência da inerente dificuldade de efetivo controle sobre a sexualidade das pessoas) tenha sido a de adicionar às punições terrenas, a idéia da punição divina no tocante ao comportamento sexual,³³⁰ por meio de um conceito revolucionário: o pecado.

Com efeito, a doutrina moral cristã era apoiada pela ameaça do fogo dos infernos, meio de intimidação mais efetivo, para a população da época, que qualquer outro que algum governo pudesse ter inventado.³³¹

E a Igreja foi particularmente hábil em usar as proibições sexuais, que ela própria havia criado, como instrumento para obter ainda maior autoridade religiosa e social, motivo pelo qual ensina RUFFIÉ:

“Não há duvida que, a partir de considerações teóricas ou doutrinárias, a Igreja – que também é um poder temporal que pretende ser obedecido – se aproveitava

³²⁷ RUFFIÉ, Jacques, *op. cit.*, p. 146.

³²⁸ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 153.

³²⁹ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 17.

³³⁰ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 44.

³³¹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 129.

da proibição sexual para exercer, através da confissão auditiva, um controle rigoroso sobre as suas ovelhas, numa época e em países onde o simples fato de se confessar descrente podia levar a fogueira.

Sem muita dificuldade, podemos nos abster de matar o vizinho ou de roubar-lhe as galinhas. É mais difícil não desejar a sua mulher, pelo menos mentalmente, quando ela é desejável. E é quase impossível escapar-lhe, se a dita mulher, compreendendo nosso sentimento, dele partilha e vem entregar-se. Na realidade cotidiana, poucos homens ou mulheres, um dia ou outro, terão tido vontade de cometer um homicídio ou um roubo. Mas todos, ou quase, terão sido solicitados para uma ou várias aventuras extraconjugais.

Encarregado do controle da sexualidade e trancando-a em limites estreitos, o cristianismo faz de todo homem um pecador, tendo-o à sua mercê, pois somente a Igreja, através do sacramento de penitência, possui a chave da redenção. E esse método é tão eficaz que o pecador reincidirá, quase que inelutavelmente”.³³²

Mas a Igreja, evidentemente, estava ciente de que, embora sua doutrina fosse contrária ao sexo, por óbvio, este não poderia desaparecer. Por esse motivo, foi obrigada a encontrar uma fórmula conciliatória que permitisse a compatibilização entre suas proibições sexuais e a procriação da espécie, o que feito pela adaptação da já existente instituição do casamento, incorporado por ela como uma concessão à fraqueza humana, caracterizada pela necessidade de companheirismo, sexo e filhos.³³³ O casamento, em consequência, passou a ser considerado uma espécie de compromisso aceitável com as necessidades do mundo material, colocando-se ainda mais ênfase em seu aspecto reprodutivo.³³⁴

Não deve se olvidar, contudo, que a idéia do casamento como algo aceitável, mais ainda assim inferior à castidade,³³⁵ consta expressamente na Bíblia, no momento em que São Paulo ordena aos fiéis: “Digo, porém, aos solteiros e às viúvas, que lhes é bom se ficarem

³³² RUFFIÉ, Jacques, *op. cit.*, p. 148.

³³³ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 137.

³³⁴ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 20.

³³⁵ Os padres, e até mesmos os bispos podiram se casar nos primórdios do cristianismo. Foi somente no século XI que se decretou a necessidade de castidade absoluta, restrição que perdura até hoje na Igreja Católica.

como eu. Mas, se não podem conter-se, casem-se. Porque é melhor casar do que abrasar-se”.³³⁶

O único comportamento sexual aceitável se tornou, portanto, o sexo entre pessoas casadas com a chancela da Igreja, com o único propósito da procriação, o que gerou profundas consequências no mundo jurídico.

A primeira delas é a condenação do adultério (desta feita tanto para os homens como para as mulheres), bem como dos filhos gerados fora do casamento, crianças estas que eram estigmatizadas, de forma a desencorajar o sexo não marital, sendo que, em alguns períodos, as crianças ilegítimas sequer tinham direito de pedir sustento de nenhum dos pais.³³⁷ A opinião expressa na Bíblia acerca dos filhos ilegítimos não poderia ser mais cândida ou sutil: “Nenhum bastardo entrará na assembléia do Senhor; nem ainda a sua décima geração entrará na assembléia do Senhor”.³³⁸

A segunda consequência foi o crescimento exponencial da condenação (e criminalização) de todas as formas de sexo não expressamente autorizadas. A fornicação (i.e. o sexo motivado pelo prazer), em especial, era considerada um pecado mortal.³³⁹

As relações homossexuais também foram particularmente afetadas. Com efeito, por volta do século VI d.C., qualquer evidência de atividades homossexuais virtualmente desapareceram. É claro que, por óbvio, elas não deixaram de existir, mas sua expressão passou a não mais ser socialmente aceita e a atividade começou a ser feita secretamente, ou “no armário”, conforme a expressão utilizada nos dias de hoje.³⁴⁰

Mesmo as questões relativas à identidade de gênero, toleradas em muitas culturas da Antiguidade, passaram a ser um tabu, desaparecendo também a aceitação de qualquer ambigüidade sexual, conforme também explicitado na Bíblia: “A mulher não usará roupa de

³³⁶ *Bíblia Sagrada*, Coríntios, 7:8.

³³⁷ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 262.

³³⁸ *Bíblia Sagrada*. Deuterônimo, 23:2.

³³⁹ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 45.

³⁴⁰ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 53.

homem, nem o homem, veste peculiar à mulher; porque qualquer que faz tais coisas é abominável ao senhor teu Deus”.³⁴¹

Era de se supor, contudo, que no contexto de uma religião mais igualitária, a situação da mulher na sociedade fosse ser objeto de substancial melhoria. Entretanto, isso não aconteceu, pois o cristianismo continuou a ser muito severo para com as mulheres, a começar pela interpretação do Antigo Testamento.

De fato, embora tenha sido a segunda na ordem da criação (Eva foi criada a partir de uma costela de Adão), torna-se logo a primeira na ordem da queda, pois é ela que tenta Adão, e os faz cair na condição humana, via pecado original, com todas as suas servidões e sofrimentos, motivo pelo qual continuará, também com base em fundamentos religiosos, subordinada ao homem, por determinação do próprio Deus, que se dirige à ela nos seguintes termos: “Multiplicarei grandemente a tua dor e a tua conceição; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será o de teu marido, e ele te dominará”.³⁴²

O criador, por sua vez, é representado como o Deus-pai e seu enviado à terra, Jesus Cristo, torna-se também um homem. Definitivamente, nesta religião, não havia espaço para uma deusa,³⁴³ assim como não há, na alta hierarquia católica, espaço para qualquer mulher ainda nos dias atuais.

Sendo o sexo considerado tão terrível e pecaminoso, por evidente que as referências à sexualidade deixaram de ser aceitas, bem como sua representação em qualquer forma de arte. A nudez, antes tão celebrada, em reverso à tradição estética do mundo clássico, torna-se um tabu, e o corpo humano objeto de vergonha,³⁴⁴ tendo mesmo o Papa Paulo IV mandado que Michelangelo pintasse panos sobre os órgãos sexuais das imagens da obra “O Juízo Final”, na Capela Sistina (é interessante notar que a obra foi recentemente restaurada, mas os panos pintados continuam lá).

³⁴¹ *Bíblia Sagrada*, Deuterônimo, 22:5.

³⁴² *Bíblia Sagrada*, Gênesis, 3:16.

³⁴³ TANNAHILL, Reay; *op. cit.*, p. 72.

³⁴⁴ FRIEDMAN, David. M; *op. cit.*, p. 43

Existiam, como sempre, vozes discordantes. Mas estas, se não eram caladas pela fogueira, encontravam pouco eco na sociedade. A Inquisição, nesse sentido, é a ilustração mais emblemática da maneira como se deveria tratar qualquer manifestação dissidente.

Contudo, se a ética sexual ensinada pelos teólogos católicos medievais era extremamente severa, a prática era muito diferente. Concubinação, prostituição, adultério, fornicção e homossexualidade floresceram (mesmo entre o clero), com pouca interferência do Estado ou da Igreja. Basta nos lembrarmos dos Bórgia...

2.2.4. A IDADE MODERNA (1476. d.C. a 1789 d.C.)

Durante todo o período da Idade Moderna não houve alteração na adoção do Paradigma Judaico-Cristão, que manteve sua ampla preponderância no mundo ocidental.

Entretanto, ocorreram neste período histórico uma série de alterações fundamentais que, se não representaram uma ameaça a tal paradigma de moralidade sexual, foram responsáveis por mudanças estruturais que começaram a transformar radicalmente as bases da infraestrutura socioeconômica na qual ele se fundava.

A Idade Moderna se inicia com o declínio do sistema feudal, com o princípio do Renascimento, movimento que exaltava a cultura clássica, com base em ideais humanistas e incluía o aparecimento, ainda que embrionário, de uma abordagem mais racional acerca do mundo que, mais tarde veio a ser ainda mais desenvolvida pelo Iluminismo.

Galileu é possivelmente o exemplo mais conhecido de como qualquer tentativa de abordagem científica da realidade não era particularmente bem vinda pela ideologia dominante que, por sua vez, continuava influenciar o desenvolvimento intelectual da época.

Leonardo da Vinci, talvez a personalidade símbolo do Renascimento, inadvertidamente demonstrou o impacto dos ensinamentos religiosos na ciência do século XV, por meio de uma série de estudos sobre a anatomia humana. Num desses desenhos, o pênis é mostrado com duas uretras, uma para a urina, outra para o sêmen. Esta absurda imprecisão refletia a preocupação dos anatomistas em estabelecer uma barreira entre a urina, considerada pela Igreja como algo poluído, e o sêmen, que embora carregasse consigo o pecado original, era visto também como fonte de uma nova vida.³⁴⁵

O Estado Moderno surge ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associando-se ao absolutismo. A autoridade dos monarcas, tanto em face da Igreja quanto dos senhores feudais, funda-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava.³⁴⁶ O tratado de Westfália, em 1648, consagra definitivamente o modelo do Estado Moderno, bem como o princípio de político *cujus régio eius et religio* (i.e. a cada reino, sua religião).³⁴⁷ É o início do fim da hegemonia política da Igreja Católica na Europa.

Observe-se, contudo, que os Estados ainda não são laicos, pois mantem uma religião oficial, mesmo quando deixam de ser politicamente subservientes ao Papa.

Aproximadamente na mesma época, a unidade dogmática do cristianismo sofre um duro golpe com a Reforma, que começa em 1517, capitaneada por Lutero.

Na seara econômica, desenvolve-se o capitalismo mercantil, ou o mercantilismo, caracterizado pelo incremento do comércio entre os povos, grandemente impulsionado pela “Era dos Descobrimentos”.

Com efeito, a partir de 1450, o mundo foi marcado por uma intensificação progressiva do comércio global e das trocas culturais entre as sociedades, o que ensejou que os europeus passassem a exportar suas visões sobre a sexualidade às outras regiões do globo,

³⁴⁵ FRIEDMAN, David. M; *op. cit.*, p. 58.

³⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 78.

³⁴⁷ HUACO, Maurício. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 34.

permitindo que o sexo fosse reavaliado pelos diversos povos e sociedades, que passaram a ter contado com costumes diferentes.³⁴⁸

Em verdade, o sexo sempre esteve presente nas trocas entre os povos, havendo sinais precursores da globalização no comércio de jovens escravas no Império Romano, ou mesmo nos intercâmbios sexuais ocorridos durante as explorações chinesas, árabes e européias. A vinda da sífilis para a Europa, após a descoberta do novo mundo, por Colombo, faz-nos lembrar que o contato sexual sempre vai de mãos dadas com outras formas de contatos interculturais, tendo sido parte integral da colonização e exploração de muitos povos.³⁴⁹

O aumento do contato entre as sociedades, por força da comunicação e comércio globais, inevitavelmente criou profundas tensões, à medida que diferentes moralidades sexuais colidiam, criando mudanças e padrões de reação àquelas.³⁵⁰

Particularmente importante foi exportação da idéia de família européia, contrastada com as organizações sociais existentes na Ásia e na África, que eram muito diferentes, com enormes implicações para a sexualidade.³⁵¹

Muito embora os descobrimentos além-mar pudessem ter encorajado uma reflexão, por parte dos Europeus, sobre suas próprias concepções, a reação mais comum sempre foi a de tentativa de imposição de seus próprios padrões culturais, processo sempre marcado por duas características principais: a primeira, o encorajamento, por parte dos europeus, de uma maior dominância dos homens sobre a vida sexual das mulheres, nos locais aonde ela não era tão forte. A segunda, por sua vez, foi a sistemática imposição dos exploradores às mulheres nativas, a força, sempre que necessário,³⁵² tornando a “conquista” também sexual e mesclando indelevelmente a experiência colonial à exploração sexual dos outros povos. A mesma lógica, no Brasil, foi aplicada com as escravas índias e negras, que foram sistematicamente estupradas, tendo a violência sexual sido usada como uma forma de

³⁴⁸ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 64.

³⁴⁹ ALTMAN, Dennis; *op. cit.*, p. 37.

³⁵⁰ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 03.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 67.

³⁵² *Ibid.*, p. 71.

demonstrar o poder do europeu branco sobre os negros e nativos, também como forma de controle por meio da humilhação e da intimidação.³⁵³

Os relatos da época descrevem as reações dos europeus a estas novas moralidades sexuais com as quais tiveram contato. Incomodava os descobridores a nudez dos nativos, vistos pelos europeus como bárbaros e lascivos. Mesmo Pero Vaz de Caminha parece ter se surpreendido com os índios brasileiros, aos descrevê-los nos seguintes termos:

“Andam nus, sem nenhuma cobertura. Nem estimam de cobrir ou de mostrar suas vergonhas. (...) também andavam, entre eles, quatro ou cinco mulheres moças, nuas como eles, que não pareciam mal. Entre elas andava uma com uma coxa, do joelho até o quadril, e a nádega, toda tinta daquela tintura preta; e o resto, tudo da sua própria cor. Outra trazia ambos os joelhos, com as curvas assim tintas, e também os colos dos pés; e suas vergonhas tão nuas e com tanta inocência descobertas, que nisso não havia nenhuma vergonha”.³⁵⁴

Mas os descobrimentos, na área sexual, não se limitaram à nudez. Um escritor espanhol, no século XVI, afirmou ter visto, na região que é hoje a Flórida, uma mulher casada com outra e afirmou, por meio de uma ilação teórica particularmente sofisticada, que aquilo era “uma coisa do demônio”, adiantando-se, em muitos séculos, a algumas pessoas ainda vivas.³⁵⁵ Em verdade, os exploradores descobriram que o sexo homossexual era praticado abertamente em muitas tribos indígenas, o que inclusive contribuiu para a racionalização do tratamento genocida adotado contra os povos do novo mundo.³⁵⁶ A inabilidade em respeitar as diferenças, tanto naquela época como agora, é uma lamentável consequência da adoção irrestrita de concepções fundamentalistas, mormente aquelas baseadas no etnocentrismo.

³⁵³ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 73.

³⁵⁴ CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil*. Disponível em <http://educacao.uol.com.br/historia-brasil/brasil-colonia-documentos-1-carta-de-achamento-do-brasil.jht>. Acesso em 05.05.2011.

³⁵⁵ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 70.

³⁵⁶ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 68.

E os costumes sexuais daqueles povos não poderiam ser mais variados ou diferentes daqueles dos europeus, ou mesmo entre si.

Os maias, por exemplo, adotavam uma organização social baseada na poligamia e estavam entre os povos que aceitavam a homossexualidade dos adolescentes, inclusive estimulando-a. Acredita-se que ela fosse considerada um “rito de passagem”, em claro paralelo com a idéia da pederastia existente na cultura grega clássica. Ademais, os jovens rapazes das classes mais altas, que ainda não estivessem em idade de se casar, “ganhavam” de seus pais um companheiro, em geral um escravo mais jovem, para suprir suas “necessidades”.³⁵⁷ Existiam também elaborados rituais públicos de masturbação (o que, teoricamente, ajudava a fertilizar a terra, então concebida como uma entidade feminina).

Já os astecas, contrariamente, condenavam os homossexuais (masculinos e femininos), bem como aquelas pessoas que se travestiam, à pena de morte.³⁵⁸ Os maridos traídos, por sua vez, poderiam arrancar, com mordidas, o nariz dos adúlteros, pois o adultério era tido como prática que causava desequilíbrio no “cosmos” (e, claro, briga com os vizinhos).³⁵⁹

Os incas mantinham o singular costume de manter sacerdotisas virgens, tão somente para a adoração do Deus Sol. Caso uma delas perdesse a virgindade (o que supomos não tenha sido muito raro), deveria ser punida com a pena de morte, a não ser que ela, sob juramento, afirmasse categoricamente que o pai da criança era o próprio “Deus Sol”.³⁶⁰ Certamente estas nativas não poderiam ser acusadas de falta de criatividade...

No campo das ciências biológicas, vale ressaltar ter ocorrido um importante avanço. Em 1677, o cientista holandês Antonie van Leeuwenhoek descobriu a existência dos espermatozóides. Não é simples para uma pessoa nascida atualmente entender a imensidão

³⁵⁷ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 284.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 286.

³⁵⁹ *Arqueólogos estudam práticas sexuais de astecas e maias*. Artigo veiculado pela BBC. Disponível em <http://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/arqueologos-estudam-praticas-sexuais-de-astecas-e-maias/n1237715038229.html>. Acesso em 20.10.11.

³⁶⁰ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 295.

desta descoberta. Nós estamos totalmente acostumados com a idéia da existência de microrganismos e de que a matéria inanimada é composta de trilhões de partículas invisíveis a olho nu. Mas nada disso era aparente antes de Leeuwenhoek que viu, por meio de seus microscópios, um universo totalmente novo, alterando em muito a visão que os homens tinham de si mesmos, de sua relação com Deus, com a natureza, com a reprodução e a sexualidade.³⁶¹

Mas, de todas as contribuições da Idade Moderna, nenhuma teve a importância do Iluminismo, movimento intelectual que revolucionou totalmente as bases do conhecimento no mundo ocidental em todas as áreas e, pela primeira vez, questionou os fundamentos filosóficos que serviam de sustentação ao arcabouço teórico religioso então dominante.

Baseado no valor da razão (motivo pelo qual também é chamado de “Era da Razão”), o Iluminismo se inicia no final do século XVII, tendo como palco vários países, mas em especial a França, a Inglaterra e os Estados Unidos.

Pensadores e cientistas da grandeza de Locke, Spinoza, Beccaria, Newton, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, e Franklin, dentre outros, acenderam uma chama que desde então guia e ilumina o conhecimento científico, fundando as bases necessárias para o desenvolvimento intelectual ocorrido na Idade Contemporânea.

Inspirados pelo primado da racionalidade, e com um claro viés de oposição ao obscurantismo, aos excessos da Igreja, e ao exercício imoderado do poder pelos monarcas absolutos, tais teóricos semearam idéias (e ideais) que abrangiam campos tão diversos como justificação e controle do poder estatal, passando pela secularização do conhecimento científico (o que envolvia explicar realidades tão complexas como a gravitação universal), e pela tentativa de condensá-los em uma única obra, denominada enciclopédia.

Os escritores e intelectuais responsáveis pela criação da espinha dorsal do Iluminismo, muitos dos quais eram considerados libertinos, defendiam, acima de tudo, o fim

³⁶¹ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 76.

do despotismo e do patrocínio da religião pelo Estado, incentivando a formação de governos democráticos, que respeitassem as liberdades individuais.³⁶² Com sua pretensão de universalidade, o Iluminismo ensejou a necessidade de garantia da convivência dos dissidentes e, para tanto, procurou critérios superiores às diferenças e opiniões religiosas.³⁶³

A irresistível força das idéias iluministas não tardou a desencadear consequências práticas.

Sob sua inspiração, em 1789, eclode a Revolução Francesa, um passo fundamental na direção da transferência definitiva do poder para a burguesia, do estabelecimento da laicidade estatal, do desenvolvimento dos primados capitalistas e, principalmente, do respeito à democracia e à liberdade. Em outras palavras, “foi na época de sua aparição um poder progressista e necessário à liberdade humana. Prognostica já o começo de um longínquo e irreprimível diálogo democrático que impulsionou o progresso político e social (...) que prossegue nos dias presentes”.³⁶⁴

Inicia-se uma nova era para a humanidade, novamente com consequências diretas para o direito, e também para o sexo.

2.2.5. A IDADE CONTEMPORÂNEA (1789 d.C. a 1945 d.C.)³⁶⁵

Durante a Idade Contemporânea, o desenvolvimento em todos os campos da atuação humana passou a ocorrer de forma mais acelerada e interdependente. É extremamente difícil, a partir de então, descrever a história como parte de uma narrativa única e linear, pois

³⁶² KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 204.

³⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 61.

³⁶⁴ BONAVIDES, Paulo; *Teoria do Estado*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001, p. 76.

³⁶⁵ Conforme esclarecemos no início deste capítulo, optamos por dividir o período contemporâneo em dois, usando a Segunda Guerra Mundial como marco entre ambos, permitindo a caracterização do período mais recente como intrinsecamente diverso do anterior, em virtude da alteração da infraestrutura socioeconômica da sociedade atual, marcada pela intensificação do processo de globalização, o advento da tecnologia da informação e do neocapitalismo, o qual denominaremos “Pós-Industrial”.

sucessivas revoluções acontecem simultaneamente, seja na política, na economia, no conhecimento científico ou no comportamento social.

As diferenças entre as diversas partes do mundo, talvez pelo maior contato existente entre os povos, se tornam cada vez mais evidentes, e a realidade muda com tanta rapidez, que mesmo algumas décadas podem ensejar alterações significativas nas condições de vida. Se até então, o ritmo de evolução da sociedade era lento, a partir da segunda metade do século XVIII a existência ininterrupta de mudanças passou a ser uma constante.

Devemos considerar que, se é verdade que a vida de um romano do século I d.C. não era significativamente diferente, na maior parte dos aspectos cotidianos, daquela vivida por seus descendentes dois ou três séculos depois, por sua vez, as condições da vida de um indivíduo nascido em 1880 na Inglaterra eram completamente diferentes das existentes, em 1920, quando ele mesmo completasse 40 anos.

Neste exemplo, em apenas quatro décadas, inúmeras ocorrências, de maior ou menor relevância, alteraram profundamente o dia a dia das pessoas, dentre elas a invenção do cinema, do rádio, da aviação, do aparelho de barbear, do aspirador de pó, da aspirina, e das palavras cruzadas. Foram concebidas as teorias da psicanálise e da relatividade universal, respectivamente, por Freud e Einstein. Iniciou-se a produção, em escala industrial, de máquinas de costura, automóveis e zíperes. Foram construídos os primeiros arranha-céus e a Torre Eiffel. Nijinsky revolucionou a dança, Monet, a pintura e Puccini, a música. A Coca-Cola e o papel higiênico se popularizaram. Os Jogos Olímpicos foram reintroduzidos, as mulheres passaram a votar, a população mundial ultrapassa a marca de 1,5 bilhões de habitantes, o governo russo é deposto pelos comunistas e a Primeira Guerra Mundial alterou, para sempre, o mapa do poder no mundo.

Contudo, mesmo diante de uma realidade tão complexa e em constante mutação, envidaremos nossos melhores esforços para tentar descrever, de forma analítica, os eventos que mais influenciaram a normatização do sexo e, para tanto, começaremos com aqueles que

consideramos serem os mais importantes, quais sejam, as alterações havidas na infraestrutura socioeconômica.

No final do século XVIII houve o aperfeiçoamento de uma das invenções que mais radicalmente alterou as condições da vida humana e, inadvertidamente, a evolução do comportamento sexual do homem contemporâneo: a máquina a vapor.

Com esta inovação tecnológica fundamental, o sistema capitalista mercantil existente na Inglaterra começa a se transformar, e inicia-se a Revolução Industrial.

A industrialização, que progressivamente se espalhou pelo mundo, consolida o sistema capitalista, que passa a se fundar na figura do industrial que, substituindo os métodos artesanais das antigas corporações de ofício, emprega o seu capital privado na criação de fábricas e, utilizando-se da conjunção entre mão de obra barata e novas tecnologias, passa a produzir, em escala industrial, os mais diversos tipos de bens de consumo.

Inicia-se então a rápida e profunda transição da sociedade baseada na economia agrária para a sociedade industrial.

A mecanização da agricultura, o desenvolvimento da metalurgia e o enorme aumento da produção sustentável de riquezas foram alguns dos fatores que mudaram radicalmente a história humana e a condição de vida das pessoas, que tiveram que adaptar às novas regras da infraestrutura socioeconômica ascendente, ensejando a necessidade de ajustamento dos comportamentos então existentes.

O primeiro grande efeito da revolução industrial no sexo foi de caráter puramente biológico.

Os maiores níveis de produtividade gerados pela mecanização da agricultura e a elevação do patamar econômico médio da sociedade fizeram com que os níveis de nutrição da população aumentassem, gerando uma queda na idade da puberdade tanto em homens

como mulheres. A partir do século XVIII, a idade na qual ocorria a puberdade, que até então era por volta dos 17 ou 18 anos, passou a ficar mais próxima do início da adolescência, tanto para homens como mulheres. Um curioso efeito desta mudança foi ter tornado mais difícil encontrar garotos para os coros das Igrejas, vez que as vozes começavam a mudar mais cedo.³⁶⁶

Como as fábricas precisavam de mão de obra em abundância, muitas pessoas que trabalhavam no campo tiveram que passar a morar perto delas, vinculando a industrialização a outro fenômeno muito relevante, que foi a crescente urbanização da população,³⁶⁷ motivo pelo qual afirma STEARNS que as forças conjuntas da urbanização, industrialização, do capitalismo e do consumo em massa, foram importantíssimas para as mudanças no tocante as atitudes relativamente à sexualidade e nos comportamentos sexuais.³⁶⁸

KUEFLER, por sua vez, faz um resumo particularmente feliz de como tais fenômenos afetaram a sexualidade humana, contextualizando-os:

“O crescimento do capitalismo na vida moderna é certamente um dos fatores mais significativos na formação da sexualidade moderna. O desenvolvimento contínuo de uma economia global fez com que um grande número de produtos, alimentos, matérias primas, e bens de consumo se tornassem disponíveis a um mercado cada vez maior de consumidores. A base agrícola de muitas das culturas mundiais, nas quais a riqueza era baseada na terra e o cultivo era a base de sustento da maior parte das pessoas, foi substituída por uma economia mercantil na qual os salários forneciam a renda e a maior parte dos empregos existe na produção, transporte e venda de bens de consumo. O impacto nos costumes sexuais foi tremendo. O trabalho assalariado significou menos necessidade do apoio da família, tanto para homens como mulheres, e como consequência, mais independência do controle familiar, com efeitos na escolha dos cônjuges, a idade do casamento, especialmente para os homens (frequentemente postergada diante

³⁶⁶ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 81.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 79.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 06.

da necessidade de esperar por uma herança), o uso de contraceptivos (famílias numerosas eram importantes para o trabalho agrícola, mas desvantajosas para os assalariados). Muitos doutrinadores recentemente delinearam o impacto multifacetado do capitalismo na sexualidade.

A urbanização, que é um efeito colateral do capitalismo, também impactou a sexualidade. A vida urbana permitiu uma maior liberdade do controle social, vez que as cidades permitiam uma anonimidade que normalmente não era possível em pequenos centros. Os indivíduos que trocavam as fazendas e vilarejos pela cidade grande gozavam de uma liberdade para experimentar sexualmente com menos medo das repercussões permanentes como a perda da reputação. A urbanização também ofereceu mais oportunidade para encontros sexuais, vez que as cidades dispunham de um grande número de pessoas. Assim, enquanto os indivíduos que ficavam nas fazendas e vilarejos dispunham de um número limitado de pessoas dentre as quais escolherem seus cônjuges ou parceiros sexuais, os habitantes das cidades tinham um vasto número, aumentando a importância da escolha pessoal e das oportunidades para a experimentação sexual. Estas novas realidades não apenas mudaram a forma de namorar e casar, mas também abriram novas oportunidades para encontros entre pessoas do mesmo sexo. Homens que queriam fazer sexo com outros homens aproveitaram estas oportunidades e começaram a formar subculturas de indivíduos com as mesmas tendências.

Os capitalistas não tardaram a encontrar novas oportunidades de lucro advindas de indivíduos que eram sexualmente mais livres, e o consumo ajudou a criar um ambiente cada vez mais sexualmente liberal. Os anunciantes perceberam que o sexo vende, ou seja, obtém a atenção de consumidores em potencial mais do que qualquer outra forma de propaganda. Os capitalistas também usaram as oportunidades sexuais para ganhos mais diretos. De parques de diversão a cinemas no século XIX, aos *drive-ins* e danceterias do século XX, foram inventadas maneiras para os indivíduos aproveitarem a companhia um dos outros enquanto gastavam dinheiro. Os padrões de namoro mostram as formas mais evidentes destas mudanças na mentalidade do consumidor. No século XIX os adolescentes conversavam baixinho na casa de suas famílias ou se encontravam em lugares

públicos; no século XX os adolescentes saíam para namorar fora de casa, sem a supervisão de adultos, ao menos nas regiões industrializadas, especialmente após a popularização do automóvel”.³⁶⁹

Com a industrialização, muitos jovens (homens e mulheres) se tornaram assalariados e não mais viviam de forma tão dependente dos resultados da agricultura, o que gerou uma maior independência e autonomia. Por viverem em cidades, eles ficaram mais distantes da esfera do controle social da sua família e das pequenas comunidades, ao mesmo tempo em que dispunham de um pouco mais de dinheiro. Tal conjugação de fatores proporcionou uma inédita independência, permitindo que alguns ousassem levar uma vida sexual diferente daquela imposta pelos costumes que até então se viam obrigados a respeitar. Em outras palavras, a capacidade dos pais e da comunidade de regular a atividade sexual decresceu muito com a mudança das condições sociais derivadas da relocação das pessoas do campo para a cidade.³⁷⁰

A substituição da agricultura, que se fundava na família como base econômica da sociedade, pela indústria, que não estava vinculada a nenhum tipo de unidade familiar específica, fez com que surgissem condições para que a própria estrutura familiar fosse repensada. Em outras palavras, a família deixou de ser a principal unidade economicamente auto-suficiente, incluindo-se também o indivíduo neste conceito.

D’EMILIO, um dos grandes expoentes da teoria econômica da sexualidade, focando na realidade norte-americana, faz uma síntese da nova realidade, em particular no tocante a sua vinculação com o florescimento de novas sexualidades:

“No período colonial, na Nova Inglaterra, a família era a unidade econômica por excelência, sendo que o trabalho dos filhos era necessário para a produção do sustento cotidiano, sendo a casa o lugar de trabalho das mulheres, que processavam alimentos para o consumo. Assim sendo, como vinculada e

³⁶⁹ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 267-268.

³⁷⁰ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 80.

necessária ao sistema de produção, a sexualidade nesta fase estava intimamente ligada à procriação. As mudanças trazidas pela evolução do capitalismo e a revolução industrial causaram profunda transformação na estrutura e funções da família e na ideologia da vida familiar, em consequência de sua destruição como unidade independente de produção.

Por meio do crescimento exponencial do trabalho assalariado e da produção em escala, a família tornou-se um lugar para a vida pessoal desconectada do mundo do trabalho e da produção, separando-se também o tradicional vínculo entre sexualidade e procriação. Assim, de forma inadvertida, o capitalismo criou as condições para que as pessoas organizassem sua vida pessoal em torno de suas preferências emocionais e eróticas, o que possibilitou a formação de comunidades gays e lésbicas. Apenas quando os indivíduos começaram a ganhar a vida por meio do trabalho assalariado, ao invés de serem partes de uma unidade familiar interdependente, foi possível ao desejo homossexual aglutinar-se numa identidade, formando comunidades nas grandes cidades. O mesmo capitalismo que materialmente enfraqueceu os laços que mantinham as famílias unidas, introduzindo as fundações econômicas que permitiram a eclosão de novas identidades sexuais, continuou a considerar a família como a principal fonte de amor, afeição e segurança emocional. Assim, com a crescente instabilidade das relações familiares, criou-se um paradoxo, já que gays, lésbicas e feministas, beneficiados inicialmente por tais alterações, se tornaram ao mesmo tempo bodes expiatórios da instabilidade deste novo sistema social e econômico”.³⁷¹

Tais alterações econômicas demonstraram cabalmente que as estruturas familiares, longe de serem fixas ou naturais como alguns ainda insistem, são profundamente dependentes das estruturas econômicas e sociais. As novas condições trazidas pelo capitalismo e a industrialização ensejaram, inadvertidamente, a diminuição de casamentos arranjados em função de questões político-econômicas, bem como declínio da influência da família em todas as áreas da vida, alterando em muito as bases estruturais que sustentavam a família dita

³⁷¹ D’EMILIO, John. Capitalism and Gay Identity. In: PARKER, Richard; Agleton, Peter (Ed.). *Culture, Society and Sexuality*. Nova York: Routledge, 2007, p. 250.

tradicional. A separação financeira do indivíduo de sua família e da comunidade tornou possível se desenvolvessem sexualidades distintas das demandas sociais.³⁷² Nas palavras de MOTTIER, “os processos conexos de industrialização, urbanização e secularização criaram enormes massas urbanas de indivíduos atomizados e expostos menos que nunca ao controle social e religioso existente nas comunidades pré-modernas”.³⁷³

Este novo estado de coisas não tardou em receber críticas. A escritora americana Jane Addams, primeira mulher daquele país a ser agraciada com um prêmio Nobel, por exemplo, era crítica feroz de algumas das alterações que estavam ocorrendo, tendo se manifestado no sentido de que “as relações sociais na cidade moderna são tão rápidas e superficiais que a opinião pública, instrumento de pressão social nas comunidades menores, colapsou. (...) Certamente apenas a cidade moderna ofereceu ao mesmo tempo todo tipo de estímulo para a natureza mais baixa, bem como oportunidades para vícios secretos.”³⁷⁴

E diante das novas oportunidades, realmente os indivíduos não perderam tempo na exploração de seus “vícios secretos”, tenham sido eles o desejo da operária em perder a virgindade antes do casamento ou ter dois namorados ao mesmo tempo, do metalúrgico em ter relações homossexuais ou frequentar mais vezes o bordel da cidade, da trabalhadora que queria ter um amante mais novo ou consumir literatura erótica, ou, ainda, do jovem industrial que objetivava fornicar com algumas das empregadas de sua fábrica.

As novas condições de vida também alteraram, como veremos em mais detalhes posteriormente, a condição de vida das mulheres, abrindo caminho para sua emancipação.

A liberdade, primeira palavra de ordem no lema da Revolução Francesa, passa, progressivamente, a ser aplicada em novos aspectos da vida das pessoas.

E o direito positivo, particularmente na França, não demorou a se adaptar.

³⁷² KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 19.

³⁷³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 27.

³⁷⁴ *Apud* KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 22.

O novo Código Penal, adotado em 03.09.1791, elaborado com base nos princípios humanistas desenvolvidos por Beccaria, aboliu o crime da sodomia (o que significou, na prática, a descriminalização de todos os comportamentos sexuais consentidos entre adultos, fossem eles heterossexuais ou não), desvinculando a disciplina penal do comportamento sexual de qualquer influência religiosa. Igualmente, em 20.09.1792, a Assembléia Legislativa Francesa aprovou uma lei autorizando o divórcio, num exemplo clássico de secularização da legislação civil.³⁷⁵

Assim, caracterização da liberdade sexual como consequência direta do capitalismo é inegável, permanecendo ambos, até os dias atuais, indissociavelmente atrelados.

Todos esses novos comportamentos e idéias levaram ao que podemos chamar de uma progressiva privatização do sexo, entendida como um respeito maior a autonomia dos indivíduos, que passaram a tomar suas decisões a sua vida íntima com base em seus desejos e inclinações, deixando-se cada vez menos influenciarem por pressões do grupo social ou do peso das tradições.

Tal fato gerou uma revolução paralela, desta feita no mundo das idéias, porque o sexo passou então, aos poucos, a ser compreendido como um dos elementos legítimos da satisfação pessoal. O casamento, antes imposto pela família com base em critérios econômicos ou políticos, passou a ser baseado no amor. Jovens começaram a se achar no direito de formar relacionamentos fundados principalmente na atração física e emocional, ao invés de aceitar os arranjos dependentes da aprovação da família.³⁷⁶

Seja por meio da promessa de um amor verdadeiro ou da liberação da inibição e da culpa, seja pela auto-descoberta por meio da identificação sexual, de várias formas o sexo passou a ser visto como parte da felicidade,³⁷⁷ um conceito inédito, como ensina MOTTIER:

³⁷⁵ TÉQUI, Pierre. La liberté sexuelle est-elle un droit fondamental? In: TÉQUI, Pierre (Ed.); *Le Sexe, la Sexualité et le Droit*. Paris: Éditions Pierre Téqui, 2002, p. 34

³⁷⁶ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 82.

³⁷⁷ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 369.

“Como foi que nós começamos a acreditar que o sexo é uma coisa tão importante para o que somos? Esta conexão entre a sexualidade, compreendida como a maneira pela qual as pessoas experimentam seus corpos, prazeres, desejos, emergiu apenas no curso dos séculos XVIII e XIX na Europa. Isso não quer dizer que as pessoas não praticassem todos os tipos de atividades sexuais antes da modernidade. Contudo, a maneira como as pessoas compreendiam as suas experiências eróticas era radicalmente diferente na nossa”.³⁷⁸

Em outras palavras, as pessoas começaram a conceber que tinham direito ao prazer e à uma vida sexual satisfatória, como parte de um ideal mais amplo de felicidade, idéia essa já consolidada hoje em dia.

Essa nova concepção, que atualmente parece óbvia, certamente não o era quando surgiu. Tradicionalmente, as pessoas (em particular as mulheres) eram ensinadas a não colocar sua satisfação afetiva ou sexual antes de outros interesses, sendo a regra que abdicassem de muito de seu prazer e/ou chances de felicidade pessoal ao se casarem por conveniência ou restringirem por demais o seu comportamento em virtude de convenções sociais, em particular de caráter religioso.

Mas, por evidente, as ansiedades sobre o sexo também se intensificavam em resposta a enormes mudanças sociais e políticas trazidas pela revolução industrial;³⁷⁹ como não poderia deixar de ser, alterações de natureza tão drástica não ocorreram sem a esperada reação dos setores mais conservadores da sociedade, motivados por interesses tão diversos como o medo do novo ou pela necessidade de reafirmar um paradigma moral que lhes garantia uma posição de poder.

Como a Inglaterra foi o primeiro país a vivenciar as consequências diretas da Revolução Industrial no comportamento sexual humano, foi exatamente lá que, no início do século XIX, iniciou-se um movimento ultraconservador, em reação a primeira grande

³⁷⁸ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 02.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 26.

revolução sexual contemporânea, com o objetivo de controlar as mudanças sociais e reafirmar a observância (ao menos nas aparências) dos cânones do Paradigma Judaico-Cristão. Tal movimento, que formulou o que hoje denominamos moral vitoriana, foi, a exemplo da contra-reforma, uma tentativa (frustrada, como veremos), de fazer com que as coisas voltassem ao *status quo ante*.

O excesso de pudor vitoriano que dominou a cultura anglo-saxã da época era encorajado pelo surgimento de uma literatura que denunciava o sexo como perigoso, com fulcro em supostas bases médico-científicas. Por exemplo, a sexualidade infantil, historicamente tida como objeto de humor e poucas preocupações no tocante ao desenvolvimento do indivíduo, passou a ser considerada como uma ameaça às crianças (surge então a idéia de que as crianças não deveriam ter acesso a qualquer material de cunho sexual como forma de proteger seu desenvolvimento).³⁸⁰ Em verdade, como explica POSNER, “na época vitoriana, pela primeira vez, foram feitos esforços para liminar o conhecimento das crianças (e mulheres) sobre sexo, deixando-as sem informação sobre seu potencial sexual”.³⁸¹ Ademais, as mulheres também eram muito protegidas pelos homens, inclusive no tocante a questões médicas, o que lhes impedia de aprenderem qualquer coisa sobre sua anatomia e fisiologia.³⁸²

O século XIX também testemunhou um aumento dramático da disponibilidade de materiais pornográficos em função das novas tecnologias de impressão (e distribuição), ensejando o florescimento da indústria pornográfica.³⁸³ Paralelamente, surgiu uma nova tendência, propiciada pelo aumento da alfabetização nas classes inferiores, relativa à criação de uma literatura de cunho erótico. Tais eventos levaram a uma maior preocupação com o impacto da pornografia e do erotismo sobre o comportamento sexual e os valores morais.

Os materiais pornográficos e eróticos, por sua própria natureza, questionavam a moralidade existente e, não raro, também o faziam relativamente ao *establishment* político e

³⁸⁰ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p.16.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

³⁸² TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 348.

³⁸³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 27.

religioso, o que popularizou a percepção pública (e de alguns setores mais conservadores da sociedade) de que todo o conteúdo erótico ou pornográfico estaria intrinsecamente ligado às tentativas de reforma social, um dos motivos pelos quais os regimes autoritários, ainda atualmente, continuam a ser refratários à manifestação livre da sexualidade bem como de sua representação literária ou artística.³⁸⁴⁻³⁸⁵

A moral vitoriana também teve suas peculiaridades, sendo a mais representativa o fato de que a masturbação (até então, amplamente ignorada), tornou-se o mais importante centro das atenções, passando a ser acusada de causar males tão diversos como a insanidade, morte prematura, cegueira, esterilidade ou mesmo aumento da criminalidade.³⁸⁶ Em verdade, o interesse obsessivo pela masturbação (tanto masculina como feminina) levou ao desenvolvimento de um comércio de produtos destinados à “cura” de tal comportamento, que envolviam até mesmo máquinas que davam choques elétricos como forma de desencorajar a prática. A retirada do clitóris, como último meio de “curar” mulheres que insistiam em se masturbar, chegou mesmo a ser recomendada pelos especialistas,³⁸⁷ num claro exemplo de uso da mutilação genital como forma de disciplinar a sexualidade feminina não conformante.³⁸⁸

A idéia de que o lugar da mulher era em casa não é uma idéia surgida na era vitoriana, e data de tempos imemoriais. O que aconteceu naquela época, entretanto, é que pela primeira vez houve a necessidade de se expressá-la em palavras, justificando-a ideologicamente, pois a mulher do século XIX estava começando um processo de

³⁸⁴ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 87.

³⁸⁵ É curiosa a maneira como, historicamente, os regimes autoritários vincularam o exercício e a expressão da sexualidade a tentativas de controle social sem, contudo, entender exatamente os processos históricos a eles subjacentes, gerando situações de absurda incoerência. Um exemplo, que chega a ser hilário, foram as iniciativas moralizadoras de Stálin, que tentou associar seu regime à moral sexual vitoriana. Na prática, isso significava a adoção, por um líder comunista, de um sistema de moralidade gerado em reação às condições criadas pelo capitalismo (que não existia na União Soviética), o qual objetivava, por sua vez, a reintrodução de um paradigma sexual vinculado ao feudalismo e fundado em uma ideologia religiosa, rejeitada pelo Estado Comunista. Em suma, tal posicionamento era desprovido de qualquer consistência lógica e apenas denota uma tentativa tacanha de controlar, por mais um meio disponível, a vida privada dos cidadãos.

³⁸⁶ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 28.

³⁸⁷ Algumas páginas atrás, descrevemos que o costume da retirada do clitóris como forma de controlar a sexualidade feminina foi introduzida no Neolítico. Repetimos, para que não haja dúvida: no Neolítico! É desolador observar a reticência da humanidade em evoluir.

³⁸⁸ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 256.

independência, que era impossível antes das novas possibilidades de auto-suficiência econômicas potencialmente permitidas pela revolução industrial.³⁸⁹

Uma última alteração digna de nota foi a radical mudança da percepção social das mulheres que, ante esta nova possibilidade de emancipação, tiveram sua tradicional imagem de passividade contestada, passando a ser consideradas como particularmente propensas ao pecado e agressivas, justificando-se mesmo a censura de quaisquer espécies de produtos ou serviços que se achava poderiam afetar seu comportamento sexual,³⁹⁰ bem como o aumento dos esforços governamentais para criar uma cultura pública com base na decência sexual, conforme entendida pelas autoridades da época.

A vontade de reprimir ainda mais o sexo, contudo, teve o paradoxal efeito de coloca-lo definitivamente no centro das atenções e os cânones vitorianos, que foram os primeiros que tentaram fazer o relógio da moralidade sexual humana andar para trás, por evidente não tiveram sucesso, sendo que não demorou muito e eles começaram a ser contestados e combatidos, não só pelos fatos mas, principalmente, pelas idéias.

E novas idéias surgiram, de forma rápida e incessante, novamente com profundas consequências no campo da normatização do sexo.

Em 1798, Thomas Robert Malthus publica a primeira versão de seu livro *Ensaio sobre o Princípio da População*, que seria reeditado, alguns anos depois, com importantes alterações. As idéias de Malthus, baseadas na premissa básica de que a população crescia em velocidade maior que a sua capacidade de produzir riquezas e recursos, gerando em consequência miséria e instabilidade, pela primeira vez trouxe a lume a discussão sobre a necessidade de restrições ao sexo procriativo como meio de controle demográfico, alertando sobre os riscos da superpopulação (em explícito confronto com o posicionamento adotado pelo Paradigma-Judaico Cristão, que ainda hoje não apoia o controle da natalidade).

³⁸⁹ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 350.

³⁹⁰ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 91.

Em 1859, por sua vez, Charles Darwin publica *A Origem das Espécies*, introduzindo a teoria da evolução, que se dá por meio da seleção natural, provavelmente a maior contribuição individual já feita sobre a compreensão do mundo biológico, uma obra que pode ser descrita como um verdadeiro divisor de águas no campo das ciências, cujas implicações, positivas e negativas, se fazem sentir em todos os momentos históricos a partir de então.

Dentre as idéias desenvolvidas por Darwin, com certeza a principal é que o progresso evolutivo está ligado ao aparecimento frequente de variações que serão mantidas ou eliminadas pela seleção natural, conforme sejam vantajosas ou desfavoráveis. A par desta, propõe Darwin a existência da seleção sexual, responsável pelas diferenças sexuais secundárias, que se distingue da seleção natural, pois enquanto a última seleciona as melhores aptidões para se adaptar ao ambiente, a primeira refere-se à aptidão para conseguir parceiros sexuais. Darwin identificava dois tipos de seleção sexual: a seleção intersexual, baseada na escolha dos parceiros pelas fêmeas (i.e. o poder de “impressionar” positivamente as parceiras), e a seleção intrasexual, baseada na competição entre machos (i.e. o poder de vencer outros machos na competição pelas fêmeas). Mesmo entre animais com poucas diferenças sexuais secundárias e pouco comportamento parental, os óvulos das fêmeas representam um investimento inicial maior que os espermatozóides dos machos. Portanto, para os machos, os óvulos são um recurso limitado, e o sucesso reprodutivo é determinado pelo número de óvulos que ele fertiliza, não pelo número de espermatozóides que ele produz.³⁹¹

A idéia revolucionária que a seleção sexual agia independentemente da seleção natural sugeria que o mais importante indicador de sucesso biológico poderia ser encontrado na reprodução, o que ajudou a criar um interesse científico na área do sexo, que passou a ser considerado como objeto das ciências naturais, e não somente da moral.³⁹²

Em 1854, cientistas observaram, em animais, pela primeira vez, a fusão de um espermatozóide com um óvulo. Em 1875 Oscar Hertwig demonstrou, em humanos, que a

³⁹¹ SYMONS, Donald, *op. cit.*, p. 22.

³⁹² CORRÊA, Sonia *et al*, *op. cit.*, p. 85

fertilização era a junção do óvulo com o esperma, tendo seu irmão Richard Hertwig, por sua vez, contribuído para a descrição do zigoto, enterrando, definitivamente, quaisquer idéias relativas a mistérios filosóficos ou científicos, porventura ainda existentes, no tocante à reprodução.³⁹³ Em suma, a ciência já podia, a partir de então, explicar satisfatoriamente todo o processo reprodutivo humano, independentemente da necessidade da complementação por quaisquer idéias religiosas.

Curiosamente, apesar do fato de se observar, por mais de 400 gerações, que as crianças geralmente se pareciam tanto com seu pai como sua mãe, sempre se acreditou que a contribuição da mulher para o processo reprodutivo era mínima.³⁹⁴ Inadvertidamente, esse conhecimento sobre o papel da mulher na reprodução trouxe um benefício inesperado, mesmo para os religiosos: se Deus determinou que a mulher tinha o direito de contribuir de forma igual ao homem na herança de sua prole, isso significava que ela não era inferior ao homem, como sempre se havia pensado.³⁹⁵ Por outro lado, restou diminuída a importância do orgasmo feminino, vez que ficou evidente que ele não era necessário à reprodução, como se acreditava.

Em consequência, muitas crenças e mitos das tradicionais teorias religiosas sobre a procriação, a evolução do mundo e a própria natureza humana, se tornaram insustentáveis diante do novo estágio do conhecimento científico.

Ainda no campo das idéias, a publicação, em 1905, de *Três Ensaio sobre a Teoria Sexual*, por Sigmund Freud, marca o início dos primeiros questionamentos acerca da existência de excessivas repressões sexuais.³⁹⁶ Freud desenvolve uma teoria psicanalítica baseada na existência da sexualidade desde a infância, que se desenvolve por meio de fases sequenciais, em função de impulsos inconscientes voltados à manifestação social da libido, tida como parte inata e constitutiva dos seres humanos.

³⁹³ FRIEDMAN, David. M, *op. cit.*, p. 77.

³⁹⁴ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 337.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 341.

³⁹⁶ STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 98.

Desde então, as teorias de Freud continuam a ser objeto louváveis elogios e inúmeras críticas. Contudo, mais importante do que estabelecer os limites de sua validade, é ter em mente que elas inseriram uma nova forma de abordagem na compreensão da sexualidade, ao considerar uma série de fatores sociais e psicológicos que antes eram ignorados tanto pelo modelo de pensamento moral religioso como puramente biológico. Passa a ficar cada vez mais evidente, a partir de então, a importância das normas culturais e a centralidade dos padrões existentes na regulação cultural da sexualidade, afastando para sempre qualquer forma de essencialismo simplista.³⁹⁷

As consequências, por evidente, foram importantíssimas para a valoração dos comportamentos sexuais (e, conseqüentemente, sua normatização): a histeria feminina, por exemplo, ao invés de uma doença, passou a ser considerada um sintoma de uma repressão não saudável dos instintos sexuais femininos.³⁹⁸

Com base nos estudos de Freud, psiquiatras e psicólogos iniciaram um amplo debate sobre o status do que seria normal ou anormal em matéria de sexo diante da natureza humana. Por sua vez, cientistas sociais e outros pesquisadores iniciaram estudos de observação e de pesquisas populacionais, centrados na obtenção de informações empíricas sobre a grande diversidade da experiência sexual humana nas diferentes culturas e populações.³⁹⁹ Nesse sentido, foi particularmente relevante o trabalho dos etnógrafos que trouxeram para a Europa relatos de costumes sexuais de outros povos, sendo instrumentais para colocar em cheque a cultura sexual ocidental, e lançando as bases para o reconhecimento de que as práticas sexuais são fundamentalmente diversas em todo o mundo.

É importante notar, igualmente, que as idéias de Freud encontram um ponto de intersecção com aquelas de Marx, outro influente pensador da época.

Em verdade, os dois teóricos partem da premissa comum de que aquilo que consideramos natural é, na verdade, uma construção humana (alicerçada em uma ideologia)

³⁹⁷ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 93.

³⁹⁸ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 46.

³⁹⁹ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 86.

que corresponde, para Marx, ao resultado histórico do relacionamento das forças socioeconômicas e, para Freud, à constante interação das regras sociais com o subconsciente das pessoas.⁴⁰⁰

O desenvolvimento de tais abordagens viria a ser a base para o desenvolvimento dos modelos construcionistas da sexualidade, que a concebem como fruto da interação entre o indivíduo e a sociedade na qual se insere, fazendo uma análise do sexo em contraposição as estruturas de poder nela existentes,⁴⁰¹ incluindo aspectos sociais, econômicos e políticos.⁴⁰²

Inicia-se, então, a dicotomia teórica, ainda longe de ser resolvida, entre as correntes essencialistas e construcionistas da sexualidade.

As forças de rejeição ao obscurantismo religioso iniciadas com o Iluminismo finalmente amadureceram de forma a criar, por volta da virada do século XX, as condições necessárias para que fosse o sexo considerado a luz da racionalidade. Torna-se ele, pela primeira vez na história, objeto de estudo científico, com o nascimento da sexologia.⁴⁰³

Com efeito, já nas décadas finais do século XIX, emergem as primeiras tentativas de estudo racional do comportamento sexual, em meio a essa profusão de novas idéias que estavam tomando forma e ganhando força em todos os campos do conhecimento. Era, em si, uma abordagem revolucionária por parte de um pequeno número de pesquisadores ocidentais, pertencentes a campos científicos tão dispares como a medicina, antropologia e sociologia, objetivando trazer a sexualidade para o domínio do que era compreendido como “ciência”, e influenciando profundamente sua teorização e pesquisa, bem como lançando as fundações para o desenvolvimento da sexologia.⁴⁰⁴

É neste momento que se consolidou uma das mais significativas alterações da história da sexualidade, qual seja, o início da adoção definitiva da ciência (em substituição à

⁴⁰⁰ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰¹ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p.109.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 120.

⁴⁰³ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰⁴ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 15.

religião) como a mais importante fonte de autoridade para a compreensão do sexo e do comportamento sexual (bem como de informações e conceitos a serem utilizados em sua normatização, desta feita pelo direito).

Algumas das bases filosóficas que davam sustentação à utilização da ideologia sexual presente no Paradigma Judaico-Cristão foram então progressivamente solapadas, à medida que a ciência tornava-se cada vez mais capaz de compreender a sexualidade, por meio da aplicação do método científico. Tal tendência foi progressivamente se consolidando, sendo característica do mundo atual que cada vez mais pessoas sejam influenciadas por idéias científicas e cada vez menos por idéias religiosas (em todas as áreas da vida), tornando a ciência cada vez mais influente e dominante no mundo hoje.⁴⁰⁵

É importante salientar, nesse sentido, que a influência da ciência, por sua vez, foi facilitada pelo exponencial aumento da leitura, graças às crescentes taxas de alfabetização, possíveis devido à imposição da educação universal das crianças em vários países no século XIX, bem como adoção de idéias científicas como base dos currículos escolares.⁴⁰⁶

Nesta época inicial, predominavam os modelos biológicos da sexualidade, que concebiam o comportamento sexual como a consequência de impulsos biológicos naturais, muito embora discordassem os estudiosos quanto ao fato de ser o impulso sexual uma força positiva, regulada por uma civilização negativa ou, ao contrário, uma força negativa, que demanda controle social. Em linhas gerais, o sexo era tido como uma força potencialmente incontrolável, que existe em oposição à cultura e à sociedade, motivo pelo qual os instintos sexuais deveriam ser refreados, seja por meio do controle moral, pela educação sexual ou pelo direito.⁴⁰⁷ Tal essencialismo, presente no projeto científico inicial, tinha como premissa a idéia de ser a sexualidade elemento definidor de quem somos como seres humanos, e continua até os dias atuais, como já dito, a influenciar considerável parte das investigações sobre o tema.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 265.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 266.

⁴⁰⁷ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 32.

⁴⁰⁸ CORRÊA, Sonia *et al*, *op. cit.*, p. 107.

A preferência pela adoção dos modelos biológicos de compreensão da sexualidade gerou como consequência a biologização das diferenças de gênero, alterando a versão de que o corpo das mulheres era apenas uma versão similar (mas inferior) do corpo masculino, sendo substituída pela idéia de uma clara diferenciação biológica, que não é parte de um mesmo contínuo hierárquico.⁴⁰⁹

Há de considerar, contudo, que independente do posicionamento dos pesquisadores, as práticas discursivas desta emergente ciência sexual não estavam completamente livres ou independentes das concepções anteriores, nem das questões relativas às estruturas de poder social existentes. Considere-se, ademais, que a nova ciência não era um campo homogêneo e unificado de pesquisas, e agrupava um grupo de cientistas com agendas institucionais e políticas absolutamente distintas.⁴¹⁰

Dentro deste contexto, em que a ciência começava a ter cada vez mais importância, uma parte da comunidade científica, seja tentando abocanhar parcela do poder da Igreja ou de outras instituições sociais (ou na tentativa voluntária de fornecer legitimidade científica aos tradicionalistas), começou a trazer para si a autoridade de determinar o que era certo ou errado em matéria de sexo, afirmando que os seus conselhos eram cruciais para a moralidade e a saúde sexual. Assim, esta medicalização progressiva do sexo⁴¹¹ se caracterizou, naquele momento inicial, pela improvável aliança entre religião, moral e medicina. Tal estado de coisas continuou a fazer, ainda por algumas décadas, com que a sexualidade permanecesse um lugar proibido, ao invés de um espaço de liberdade.

Nesse sentido, surgiu uma medicina que, na lição de FOUCAULT, se caracterizava por ser:

“(..) insistente e indiscreta, volúvel no proclamar suas repugnâncias, pronta a correr em socorro da lei e da opinião dominante, mais servil ante às potências da ordem do que dócil às exigências da verdade. Involuntariamente ingênua nos

⁴⁰⁹ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 232.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁴¹¹ STEARNS, Peter N.; *op. cit.*, p. 89.

melhores casos e, voluntariamente mentirosa, nos mais requentes, cúmplice do que denunciava, ativa e provocadora, essa medicina instaurou toda uma licenciosidade do mórbido, característica do final do século XIX, médicos como Garnier, Pouillet e Ladoucette foram, na França, seus escribas sem glória e Rolinat seu cantor. Mas, além desses dúbios prazeres, reivindicava outros poderes, arvorava-se em instância soberana dos imperativos da higiene, somando aos velhos medos do mal venéreo aos novos temas da assepsia, os grandes mitos evolucionistas às modernas instituições da saúde pública, pretendia assegurar o vigor físico e a pureza moral do corpo social, prometia eliminar os portadores de taras, os degenerados e as populações abastardadas. Em nome de uma urgência biológica e histórica, justificava os racismos oficiais, então iminentes. E os fundamentava como “verdade”.⁴¹²

Foi precisamente neste período que a maior parte das chamadas “perversões” foi articulada nos escritos dos pais fundadores da sexologia,⁴¹³ que as nomearam e classificaram, criando termos conceitos como fetichismo, sadomasoquismo, travestismo, necrofilia, dentre muitos outros,⁴¹⁴ sendo possível mesmo considerar que a medicina das perversões e os programas de eugenia foram, na tecnologia do sexo, as duas grandes inovações da segunda metade do século XIX.⁴¹⁵

Nesse sentido, se destaca a publicação, em 1886, da obra *Psychopathia Sexualis*, do alemão Kraft-Ebbing, um exemplo clássico de como os preconceitos da época estavam claramente refletidos nas pesquisas sobre sexualidade. Em verdade, considerando que a maioria dos filósofos eram homens, brancos e inseridos dentro de uma cultura européia, sua definição do que era “natural” ou “normal” no campo sexual, evidentemente, era previsível.⁴¹⁶ Assim, por exemplo, a representação das mulheres, em especial, variava conforme sua classe social ou raça, sendo as da classe operária representadas como mais disponíveis sexualmente,

⁴¹² FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 54.

⁴¹³ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹⁴ MOTTIER, Véronique; *op. cit.*, p. 32.

⁴¹⁵ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 112.

⁴¹⁶ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 330.

e as africanas, asiáticas ou judias consideradas particularmente voluptuosas, propensas a práticas sexuais degeneradas.⁴¹⁷

Durante tal período, no qual ciência e preconceito se mesclaram, alguns chegaram mesmo a defender idéias absurdas, como a de que os caucasianos tinham cérebros maiores, o que comprovava sua superioridade intelectual e status civilizatório, enquanto o suposto pênis maior do negro provava sua intelectualidade inferior e sua inata selvageria.⁴¹⁸

Data também desta fase uma importantíssima inovação conceitual, igualmente fundada no modelo biológico predominante, que conceituava as pessoas que adotassem práticas sexuais desviantes como fundamentalmente diferentes das outras, o que levou, inadvertidamente, a invenção do conceito do homossexual, termo criado em 1868 pelo jornalista Karl-Maria Kertbeny, em uma carta a Karl Heinrich Ulrichs, um alemão que foi um dos primeiros defensores das minorias sexuais.⁴¹⁹ Muito embora, como já afirmado, atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo sempre tivessem existido, antes do século XIX, considerava-se que qualquer pessoa poderia praticar tais atos. Contudo, emerge nesta época a idéia de uma identidade específica vinculada as inclinações resultantes de instintos biológicos tido como anormais, dando nascimento ao conceito da identidade homossexual.⁴²⁰ Nas palavras de FOUCAULT:

“A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual era uma espécie.

Como são espécies todos esses pequenos perversos que os psiquiatras do século XIX etnologizam atribuindo-lhes estranhos nomes de batismo: há os exibicionistas de Lasègue, os fetichistas de Binet, os zoófilos e zooerastas de Kraft-Ebing, os automonossexualistas de Roehler, haverá os mixocopófilos, os

⁴¹⁷ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 35.

⁴¹⁸ FRIEDMAN, David. M., *op. cit.*, p. 108.

⁴¹⁹ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 37.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 37.

geniecomasto, os presbiofilos, os invertidos sexoestéticos e as mulheres disparêunicas.”⁴²¹

Ademais, paralelamente à criação do conceito da identidade sexual homossexual, se dissemina na segunda metade do século XIX o conceito de inversão sexual, crença de que as pessoas que tinham desejo por pessoas do mesmo sexo sofriam de uma desordem de gênero (i.e. eram mulheres em corpos de homens ou vice-versa) ou mesmo um terceiro gênero, o que hoje se sabe, não tem o menor fundamento.

Paralelamente, a crescente urbanização permitiu aos homossexuais criarem, nos grandes centros urbanos, uma cultura própria, o que talvez tenha contribuído para a consolidação desta percepção da existência de pessoas com uma nova identidade (de caráter fixo) que, por sua vez, se contrapunha a do homem heterossexual.

Tal fato fez surgir uma preocupação, por parte dos pais, de que os filhos fossem ou se tornassem homossexuais, preocupação essa recentíssima, iniciada por volta da década de 1920⁴²² (por evidente que, antes disso, os pais poderiam não aprovar que os filhos praticassem atos homossexuais, mas não havia medo social de que eles fossem homossexuais, vez que não havia sido criada esta identidade, com seus elementos caracterizadores, de forma que era impossível se temer o que não se concebia).

Outro importante acontecimento ocorrido no século XIX foi o aumento da utilização de métodos anticoncepcionais, vez que, com o advento da borracha vulcanizada, em 1844, os preservativos (e, algumas décadas depois o diafragma) ficaram muito mais baratos e acessíveis⁴²³ (vale ressaltar que os preservativos, inicialmente, eram usados primordialmente para proteger os homens de doenças venéreas decorrentes do sexo com prostitutas).⁴²⁴

⁴²¹ FOUCAULT, Michel, *op. cit.*, p. 43.

⁴²² STEARNS, Peter N., *op. cit.*, p. 101.

⁴²³ *Ibid.*, p. 92.

⁴²⁴ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 26.

A popularização do uso de anticoncepcionais fez com que as taxas de natalidade em todos os países europeus e nos Estados Unidos caíssem drasticamente. Para ser ter um exemplo, neste último, a taxa de natalidade por mulher, que era de 7,4 em 1800, caiu para 4,24, em 1880 e, para 3,56, em 1900.⁴²⁵

Contudo, talvez a mais importante alteração existente no século XIX, que veio a afetar metade da população existente, foi o início da emancipação das mulheres.

Cavalheirismo, gentileza, delicadeza e ignorância conjuntamente contribuíram para que as mulheres da classe média ficassem presas as suas casas durante parte do período vitoriano, e nem a descoberta do papel da mulher na reprodução ajudou muito na igualdade entre os sexos, principalmente porque se tratava de uma igualdade biológica, aplicável apenas à mãe, e não à mulher.⁴²⁶

Mas estes acontecimentos não modificaram a questão mais fundamental que possibilitou a emancipação feminina, qual seja, a alteração da infraestrutura socioeconômica trazida pelo capitalismo.

Após a revolução industrial, as mulheres de classes abastadas começaram a ter empregados para fazer tudo por elas, pela primeira vez gerando uma classe de mulheres totalmente livres das responsabilidades dos trabalhos domésticos (que, consequentemente, poderiam assumir funções mais relevantes fora do lar e, ao mesmo tempo forneciam, por meio da terceirização desse mesmo serviço doméstico, a maior criação de uma grande quantidade de empregos para mulheres de menor renda, que passaram a ter um pouco mais de independência econômica).⁴²⁷ SMITH-ROSEMBERG resumidamente descreve como se iniciou este processo de emancipação nas nações industrializadas, bem como às reações mais imediatas ao mesmo:

428

⁴²⁵ TANNAHILL, Reay, *op. cit.*, p. 412.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 349.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 347.

⁴²⁸ SMITH-ROSEMBERG, Carroll. *Disorderly Conduct: Visions of Gender in Victorian America* 176, 180-181 (1985), *apud* ESKRIDGE; William N. *et al, op. cit.*, p. 480.

“A segunda metade do século XIX marcou o início da independência econômica e social das mulheres. Transformações sociais levaram a tendência de casamentos mais tardios para as mulheres burguesas, que, se beneficiando de sua situação afluyente, começaram a frequentar universidades e receber educação profissionalizante, iniciando um processo de emancipação que gerou reação imediata dos homens, que tentaram reassumir o controle, não através das idéias tradicionais, mas por meio de uma politização do corpo feminino, normatizando questões como aborto e contracepção, tentando impor às mulheres seus papéis tradicionais de mãe e esposa, mas usando de um novo vocabulário científico. Igualmente, ao punir comportamentos como a prostituição e o travestismo, uma sociedade ansiosa procurava reafirmar os rígidos limites que regulavam sexo e gênero.”

Vez que o direito natural não mais era considerado como justificativa suficiente para deter o progresso das mulheres, o discurso antifeminista atualizou-se, tendo sido criado um novo discurso médico como justificativa para controlar o comportamento feminino, em particular nos países de tradição anglo-saxã.

Mas a progressiva independência econômica feminina, como não poderia deixar de ser, mostrou-se uma força irresistível, que por fim iria impulsionar a independência em outros aspectos da vida, sendo ainda impressionante observar como as mudanças econômicas ainda continuam a provocar mudanças sociais, particularmente em termos de organização das famílias e nas relações entre os gêneros.⁴²⁹

Nos primórdios do movimento feminista, muitas participantes eram ligadas aos movimentos marxistas e sexualmente libertárias, denunciando a apropriação econômica e física das mulheres pelos homens,⁴³⁰ motivo pelo qual MACKINNON chegou a fazer um estudo comparativo entre o marxismo e o feminismo, concluindo que ambas são teorias que questionam a desigualdade e a distribuição de poder e que a compreensão da mulher como

⁴²⁹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 46.

⁴³⁰ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 53.

objeto sexual é a primeira parte no processo de sujeição das mulheres, sendo a sexualidade uma forma de poder que institucionaliza a dominação masculina.⁴³¹

E as alterações no poder vieram a ocorrer, seja no campo político e ou econômico, iniciadas com a luta pelo direito ao voto e a participação como cidadãs, até abranger uma série de outras questões que vão desde a proteção de sua integridade física e autonomia até a igualdade de remuneração e exercício de profissões que antes lhes eram negadas, processo este ainda em curso, que se consolidou tremendamente durante o século XX, mas que ainda está longe de estar completo.

Devemos considerar que outros fatores que influenciaram a sexualidade foram as migrações em massa ocorridas nesse período, que “significaram que pessoas com diferentes costumes e tradições ficassem lado a lado e fossem obrigadas a se adaptar umas as outras. Os Estados Unidos é o país mais familiarizado com estas migrações, mas certamente não é o único lugar que recebeu um grande número de imigrantes, e poucas nações no mundo moderno tem uma população culturalmente homogênea. A integração dos recém-chegados, incluindo por casamento, significou mais alterações nos padrões sexuais. Um padrão comum no século XIX era que os homens migrassem antes que as mulheres, encontrassem trabalho, e ganhassem dinheiro para casar ou para mandar para esposas e crianças que deixaram e que viviam com seus pais neste meio-tempo. Para os homens solteiros, o número crescente de prostitutas prestavam serviços sexuais”.⁴³²

Também há de se apontar como relevante o fato de que, na década de 1930, financiado com recursos da fundação Rockefeller, o pesquisador Alfred Kinsey iniciou extensas pesquisas sobre o comportamento sexual, partindo da concepção de que apenas informações obtidas de uma gama muito grande de pessoas poderiam diluir o caráter idiossincrático dos casos individuais.⁴³³

⁴³¹ MACKINON, Catharine. *Feminism, Marxism, Method, and the State: No agenda for Theory*. Apud ESKRIDGE JR, William N. *et al*, *op. cit.*, p. 446.

⁴³² KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 268.

⁴³³ CORRÊA, Sônia *et al*; *op. cit.*, p. 96.

Seus estudos, quando publicados, alguns anos depois, tiveram grande impacto e papel fundamental em termos de compreensão da sexualidade humana, confirmado a ocorrência da prática efetiva, pela população, de uma imensa variedade de comportamentos sexuais (muitos dos quais, evidentemente, não se ajustavam aos cânones do Paradigma Judaico-Cristão).⁴³⁴

Por exemplo, numa época em que a homossexualidade era ainda um tabu, se demonstrou que os comportamentos homossexuais eram bem mais comuns do que se acreditava, tendo sido criados novos conceitos, tais como sua famosa escala de zero a seis, que refletia o comportamento sexual de cada indivíduo, variando do exclusivamente heterossexual (zero) ao exclusivamente homossexual (6),⁴³⁵ o que denota que a orientação sexual fixa, como inventada algumas décadas antes, não corresponde à realidade sexual de grande parte das pessoas.

Sua contribuição mais importante, contudo, foi que suas descobertas comprovaram que o comportamento sexual das pessoas, na prática, não correspondia àquele esperado pelas normas sociais. Homens e mulheres reportaram fatos surpreendentes para a época como, por exemplo, que a masturbação era comum, muito embora ainda fosse bastante estigmatizada, que a existência de relações extraconjugais, igualmente, eram bem mais frequentes do que se supunha (sem necessariamente terem impacto negativo na preservação do casamento) e que o orgasmo feminino era uma experiência bastante difundida, numa época que muitos ainda supunham que as mulheres fossem predominantemente assexuadas.⁴³⁶

Por fim, mas não menos importante, há que se considerar que as diversas guerras do século XX, em particular as duas grandes guerras, romperam a ordem social e política, também ajudando a colocar as culturas sexuais em cheque. Em tempos de guerra, os padrões morais se relaxam, porque os indivíduos temem por sua vida e procuram aproveitar o máximo de experiências possíveis no curto tempo que acham que lhes resta.⁴³⁷

⁴³⁴ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 96.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 96

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 97.

⁴³⁷ KUEFLER, Mathew S., *op. cit.*, p. 298.

3.2.6. A IDADE PÓS-INDUSTRIAL (iniciada em 1945 d.C.)

Após o término da Segunda Guerra Mundial, o mundo vem experimentando um prolongado período de relativa estabilidade e de desenvolvimento econômico e tecnológico sem precedentes, que culminou com o advento, nos países mais desenvolvidos do globo, do que podemos chamar de sociedade pós-industrial, ou seja, aquela baseada em uma infraestrutura socioeconômica cujo foco principal é não mais a manufatura de bens, mas sim a criação e aplicação do conhecimento técnico-científico e a prestação de serviços.

Quanto à questão terminológica, ensina SIQUEIRA JR: “na atualidade, verificamos mudanças rápidas e contínuas no avanço tecnológico, sendo esses fenômenos denominados de revolução da informação, surgindo conceitos como “Era da Informação”, “Sociedade da Informação” (...). Indubitavelmente, verificamos uma nova estrutura social. Esse desenvolvimento é identificado por intermédio de várias denominações: sociedade pós-industrial, da informação, do conhecimento (...).”⁴³⁸

Quanto às suas características básicas dessa nova sociedade, afirma o mesmo autor: “a sociedade da informação tem como principal valor a informação, o conhecimento. Na era agrícola, a terra se configurava como fator primordial da geração de riquezas. Na era industrial a riqueza surge da máquina a vapor e da eletricidade. Na era do conhecimento, a informação e o conhecimento são os atores centrais da produção econômica”.⁴³⁹

Trata-se, em consequência, do estabelecimento de uma nova infraestrutura socioeconômica, baseada, nesta feita, no conhecimento, que está ensejando importantes alterações nas condições de vida de grande parte da humanidade, novamente influenciando profundamente na normatização do sexo.

⁴³⁸ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Habeas Data: remédio Jurídico da Sociedade de Informação*. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O Direito da Sociedade da Informação*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 254.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 255.

As principais questões relativas às consequências desta nova fase na sexualidade humana e em sua normatização já foram analisadas em mais detalhes no primeiro capítulo deste trabalho, oportunidade em que foram contextualizadas, motivo pelo qual é desnecessária sua repetição exaustiva, razão por que nos limitamos a elencá-los, sucintamente, nos itens abaixo, que descrevem os principais fatos e tendências que marcaram as últimas décadas:

(i) a evolução tecnológica (em especial na área da tecnologia da informação) permitiu a criação, nos países mais desenvolvidos, de uma economia fundada no conhecimento denominada “Sociedade da Informação” ou “Sociedade Pós-Industrial”;

(ii) as condições de vida na Sociedade da Informação aprofundam ainda mais as tendências iniciadas com a Revolução Industrial, em especial aquelas responsáveis pela reestruturação da vida social, aumentando a divisão entre o público e o privado,⁴⁴⁰ possibilitando aos indivíduos maior independência econômica, num contexto de crescente urbanização e criação de uma economia cada vez mais complexa e sofisticada. Tornam-se, em consequência, ainda mais ubíquas as condições necessárias para a emancipação das minorias sexuais, em particular com o auxílio dos meios de telecomunicação disponíveis, em particular da Internet, a partir da década de 1990, como veículo disseminador de informações e meio de mobilização para atuação social e política;

(iii) avanços no conhecimento científico levaram à ocorrência de contínuas rupturas epistemológicas que culminam com o desenvolvimento de complexas teorias acerca da compreensão do sexo, dentre as quais se destacam os trabalhos de Michel Foucault, que em 1976 publica o primeiro volume de sua obra *Histoire de la sexualité*, firmando-se como o maior expoente das teorias construcionistas da sexualidade, e de Richard Posner, que por meio de sua obra *Sex and Reason*, de 1992, produz a mais bem acabado estudo da sexualidade sob a perspectiva da análise econômica do direito;

⁴⁴⁰ BRUCE, Steve. *Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 67.

(iv) o colapso do Paradigma Judaico-Cristão de moralidade sexual na maior parte dos países ocidentais gera um vácuo na normatização do sexo e, em consequência, uma crescente politização e judicialização da sexualidade, que passou a ser progressivamente objeto de conflitos, inclusive com o surgimento de questões identitárias;

(v) a alteração dos comportamentos sexuais, que se intensificou com a revolução sexual ocorrida na década de 1960, levando a uma maior liberalidade no tocante à moralidade sexual com a crescente normalização de diversos comportamentos sexuais tidos como inaceitáveis e a concomitante emancipação de várias minorias sexuais de caráter identitário, ensejando o surgimento de um pluralismo moral na área da sexualidade, em busca do que denominou FOUCAULT o “direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade à satisfação das necessidades, o direito, acima de todas as opressões ou “alienações”, de encontrar o que se é e tudo que pode ser, esse direito tão incompreensível para o sistema jurídico clássico”;⁴⁴¹

(vi) o desmoronamento do Bloco Soviético e a consequente hegemonia mundial do sistema capitalista, entendido como aquele regido pelas forças de mercado, predomínio da livre iniciativa dos agentes econômicos e da propriedade privada dos fatores de produção e,⁴⁴² a partir da década de 1980, do neoliberalismo, tendo como pilares a defesa ultraliberal do papel do mercado na economia, a defesa intransigente da liberalização do comércio internacional, da garantia do livre fluxo de capitais, da desregulamentação, bem como o aumento da influência do setor privado nas decisões básicas de caráter político-econômico em todos os níveis de poder;

(vii) a intensificação do processo de globalização, em especial nos campos cultural e econômico, com o aprofundamento das contradições inerentes à atuação

⁴⁴¹ FOUCAULT, Michel., *op. cit.*, p. 136.

⁴⁴² VASCONCELLOS, Marco Antonio S.. GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 02.

das forças econômicas globais, dentre as quais a abissal desigualdade entre pessoas, países e regiões do globo;

(viii) evoluções científicas que alteraram significativamente o entendimento sobre a sexualidade e a reprodução humana, e incluíram a invenção de anticoncepcionais seguros e novos métodos de reprodução assistida, possibilitando a desvinculação entre sexo e reprodução;

(ix) a incapacidade de os Estados resolverem problemas globais, alguns dos quais diretamente relacionados à sexualidade humana, tais como o surgimento da pandemia da AIDS e a questão da superpopulação, que ameaça o crescimento sustentável do planeta;

(x) a progressiva secularização das sociedades ocidentais (e das respectivas legislações), bem como a concomitante exacerbação do extremismo religioso como reação às rápidas transformações econômicas e sociais;

(xi) a globalização do sexo, tanto nos aspectos físicos quanto culturais, resultando na emergência de um inédito discurso de direitos humanos, de abrangência global, tendo como fundamento os direitos sexuais.

2.2.7. A HISTÓRIA DO SEXO E DO DIREITO NO BRASIL

O Brasil foi descoberto em 1500, tendo sido colonizado pelos portugueses, que trouxeram para a colônia seu sistema legal, de forma que desde o início da colonização o Brasil adotou os padrões de moralidade sexual previstos no Paradigma Judaico-Cristão, inicialmente por meio das Ordenações Manuelinas (1521-1602) e, posteriormente, pelas

Ordenações Filipinas (1603-1824). Assim, eram previstas, dentre inúmeras outras disposições, a proibição do casamento com infiéis,⁴⁴³ do incesto,⁴⁴⁴ e do adultério.⁴⁴⁵

Em verdade, a imposição da ideologia católica (por meio do ordenamento jurídico), como forma de expandir a fé e o Império, não se restringia apenas às questões de ordem sexual, permeando toda a vida dos indivíduos, que, por exemplo, estavam expressamente proibidos de benzer cães ou gatos sem a autorização do rei ou dos prelados.⁴⁴⁶

Entretanto, as condições da vida na colônia, por evidente, não refletiam aquelas existentes na Europa, mormente vez que aqui se verificou, desde muito cedo, a interação sexual de brancos, índios e negros, cada um com uma bagagem cultural própria, o que tornou a sexualidade do povo brasileiro bastante singular, em especial no tocante à proliferação da miscigenação, como bem explica RUBIN: “o sexo livre dos índios e a serventia das negras misturados ao desejo de povoar dos portugueses moldaram a sexualidade nacional e estão na raiz da nossa miscigenação”.⁴⁴⁷

Em verdade, como logo ficou claro que era impossível aplicação dos estritos códigos morais à vida na colônia, o que foi resolvido pelo já popular costume de “dar um jeitinho”, o qual se refletiu nas mais diversas circunstâncias da vida erótica brasileira.⁴⁴⁸

⁴⁴³ “Qualquer Christão, que tiver ajuntamento carnal com uma Moura, ou com qualquer outra Infel, ou Christã com Mouro, ou Judeu, ou com qualquer outro Infiel, morra por isso e esta mesma pena haverá o Infiel.” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título XIV).

⁴⁴⁴ “Qualquer homem que dormir com sua filha, ou qualquer outra descendente, ou sua mãe ou qualquer outra ascendente, sejam queimados, e ella também, ambos feitos per fogo em pó” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título XVII).

⁴⁴⁵ “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade (...)” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título XXXVIII). É interessante notar que se o marido traído fosse um homem do povo e, o adúltero, um desembargador, ou pessoa de maior “qualidade”, não poderia ele matá-lo, numa espécie de regime jurídico especial para os adultérios cometidos por “autoridades”. Às vezes, temos a impressão que o país ainda não mudou tanto assim...

⁴⁴⁶ “Defendemos, que pessoa alguma não benza cães, ou bichos, nem outras alimárias, nem use disso, sem primeiro haver nossa auctoridade, ou dos Prelados, para o poder fazer. E o que o contrário fizer, seja publicamente açoutado, se for peão e pague mil réis para quem o accusar (...)” (Ordenações Filipinas, Livro V, Título IV).

⁴⁴⁷ RUBIN, Débora. *A origem da vida sexual dos brasileiros*. Revista ISTOÉ, Edição 2.125 (30.10.2010). Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/91900>. Acesso em 20.10.2011.

⁴⁴⁸ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. São Paulo: Record, 2007, p. 56.

Mas quais seriam as condições existentes neste novo território e que tanto influenciaram a sexualidade do nosso povo?

A enorme distância entre a colônia e a metrópole tornava o controle estatal da sexualidade inviável, o que era exacerbado pela ausência de uma sociedade estruturada, que pudesse agir como “freio” ao livre exercício dos instintos sexuais. Sem habitações adequadas e vivendo em grupos, o sexo na colônia era quase “público” e a falta de privacidade uma constante. Ademais, a relativa ausência de mulheres numa sociedade composta predominantemente por aventureiros, mercadores e criminosos degredados (inclusive por crimes sexuais),⁴⁴⁹ facilitava a existência de relações instáveis e precárias. Os casamentos eram raros (já que não poderia haver casamento entre brancos e índias ou negras) havendo uma pluralidade de uniões de fato (inclusive, não era raro que até membros da Igreja vivessem amancebados).

A sexualidade sem culpa dos nativos, desprovidos de conceitos negativos no tocante ao corpo e à vida sexual e, logo depois, a forçada submissão das negras, deram azo ao exercício de uma sexualidade livre e muitas vezes baseada na força.

Diante dessas especificidades, mesmo a Santa Inquisição, que visitou o Brasil (iniciando pela Bahia, em 1591), ainda que se deparando com um cenário de promiscuidade, lascívia e depravação “(...) foi obrigada a se abrandar em solo brasileiro. A amplidão territorial da colônia e a instabilidade social constantemente ameaçada por perigos naturais diminuía a pressão social e impunham um ambiente de maior tolerância.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Assim, os primeiros colonizadores portugueses atirados na América eram, geralmente, assassinos, ladrões, judeus foragidos e gente considerada devassa e desviante, por cometer libertinagem, sodomia, bestialidade, proxenetismo e “molici” – termo que se referia tanto aos “tocamentos” lascivos quanto à poluição fora do “vaso natural” feminino, utilizando ou não as mãos”. Como resultado, o Brasil tornou-se compulsoriamente um foco de liberalidade e promiscuidade no Reino, atraindo aventureiros e traficantes interessados tanto na riqueza fácil quanto nas índias nuas e outras delícias tropicais” (Cf. TREVISAN, João Silvério, *op. cit.*, p. 112).

⁴⁵⁰ TREVISAN, João Silvério, *op. cit.*, p. 137.

Tal estado de coisas viria a ter por emblema a célebre frase de Caspar Barlaeus, *ultra aequinotialem non peccavi* (“não existe pecado abaixo do equador”), celebrada em música, verso e prosa.⁴⁵¹

Esse quadro curioso e singular, de uma moralidade institucionalizada extremamente repressiva, sobreposta a uma realidade social bastante libertina, ajudou a formatar a moral sexual vigente até hoje no Brasil na qual, como magistralmente definiu RUBIN, culpa cristã e prazer se esbarram o tempo todo.⁴⁵²

Esta duplicidade moral, por sua vez, sempre foi especialmente aplicada aos homens, que dentro de uma sociedade fundamentalmente machista, continuavam livremente a praticar o sexo com escravas e prostitutas, mesmo em tempos posteriores, quando o casamento passou a ser mais comum na colônia, situação esta que ainda continua pervasiva em nossa cultura.

Vez que o Brasil é um país inserido dentro da tradição do direito europeu continental, seguindo o exemplo instituído pelo Código de Napoleão, já em 1830, no Código Criminal do Império, desaparece o crime de sodomia, estabelecendo-se a idéia de que os atos sexuais consentidos entre maiores não devem ser objeto de criminalização desnecessária por parte do Estado, num claro exemplo de secularização da legislação penal.⁴⁵³

Durante o século XIX, após a independência, a fé católica foi adotada como religião oficial do Império. Com efeito, a Constituição de 1824 determinava expressamente em seu artigo 5º que “A Religião Cathólica Apostólica Romana continuará a ser a constituição do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas (...).”

⁴⁵¹ Embora não estivesse se referindo especificamente às questões sexuais (mas sim aos abusos cometidos pelos holandeses na tentativa de colonização do nordeste brasileiro), tal frase, tem sido, desde então, constantemente utilizada para descrever a suposta ausência de moralidade sexual do povo brasileiro.

⁴⁵² RUBIN, Débora. *A origem da vida sexual dos brasileiros*. Revista Istoé, Edição 2.125 (30.10.2010). Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/91900>. Acesso em 20.10.2011.

⁴⁵³ LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 59.

Paradoxalmente, com o natural desenvolvimento da sociedade brasileira e o fortalecimento das instituições, a moralidade católica, em especial nas questões sexuais, começou a se impor com mais vigor durante o século XIX. O Brasil, que evidentemente não estava alheio ao que acontecia no mundo, foi palco, nessa época, de uma influente onda higienista, por meio da qual a classe médica constantemente referia-se ao sexo (não sem razão) como responsável por várias doenças, passando a ser ele, além de pecaminoso, a ser considerado sujo e infecto.

A separação entre o Estado e a Igreja no Brasil só acontece com proclamação da República. No entanto, a legislação brasileira guardou em seu âmago uma série de dispositivos que refletiam a moralidade sexual do Paradigma-Judaico Cristão, dos quais ainda hoje não nos livramos totalmente.

A Igreja Católica, ainda tremendamente influente, por exemplo, opôs-se ao casamento civil, por ocasião da constituição republicana, assim como o fez com relação ao divórcio, na década de 1970 (e contra o casamento homoafetivo, nesta década).

Mas a pressão da Igreja Católica, por evidente, nunca foi suficiente para que os brasileiros, enquanto coletividade, deixassem de adotar uma abordagem extremamente “relativista” (na ausência de termo melhor), no tocante as regras legais e morais atinentes à sexualidade.

Tudo denota que tais normas nunca foram levadas terrivelmente a sério pela maior parte de nosso povo que, de forma irreverente, continua, como sempre, a transformar em sucessos, tanto músicas religiosas, como a “dança do crêu”, sem qualquer pejo de parecer incoerente.

Um incidente engraçado, que ilustra bem a permissibilidade e as inconsistências da moralidade sexual brasileira ocorreu no ano 2000, no Rio de Janeiro (cidade que poderia se supor, pelo episódio, prima pelo recato extremado e não tem nenhuma tarefa mais importante para sua polícia), quando a 7ª Companhia Independente da Polícia Militar levou uma moça,

que fazia *topless* na praia, para a delegacia. Em resposta, o governo baiano, aproveitando-se da oportunidade de impulsionar o turismo, mandou publicar, nos principais jornais do país, um anúncio onde aparecia uma índia seminua, com o dizer: "*Topless* na Bahia: pode desde 1500".⁴⁵⁴

Mas a prova mais inequívoca de nossa dubiedade moral continua a ser o Carnaval, durante o qual, na descrição de TREVISAN, "é tal a ruptura com a sensatez, (...) que até a polícia brasileira, normalmente muito violenta, age com precaução, temerosa de revanches ou explosões em cadeia. No Carnaval, os instintos não pedem licença para passar, dança-se, canta-se, trepa-se, briga-se, rouba-se e se mata num único movimento tornado voragem, de modo que Freud talvez pudesse acrescentar dados preciosos à sua inacabada "metapsicologia" se tivesse conhecido o Carnaval Brasileiro".⁴⁵⁵

Mas nos permitimos divergir da conclusão. Com certeza, o Carnaval brasileiro, nem Freud explica...

⁴⁵⁴ PROPATO, Vália. *O verão do topless*. Revista ISTOÉ, Edição 1.582 (25.01.2000). Disponível em http://www.istoe.com.br/reportagens/31996_O+VERAO+DO+TOPLESS+. Acesso em 20.10.2011.

⁴⁵⁵ TREVISAN, João Silvério, *op. cit.*, p. 58.

III

DIREITOS SEXUAIS: TEORIAS, CONFLITOS E SOLUÇÕES

*Nuestras discordias tienen su origen en las dos más copiosas
fuentes de calamidad pública: la ignorancia y la debilidad.*

Simón Bolívar

*E aqueles que foram vistos dançando, foram julgados insanos
por aqueles que não podiam escutar a música.*

Friedrich Nietzsche

3.1. INTRODUÇÃO

Como vimos nos capítulos anteriores, em consequência do colapso da hegemonia do Paradigma Judaico-Cristão, não existe mais, em particular nas democracias ocidentais, um paradigma de moral sexual homogêneo, aceito como fonte de preceitos básicos à normatização do sexo.

O crescente questionamento das moralidades tradicionais ao redor do mundo e a mudança dos comportamentos sexuais, dentre outros fatores aos quais já nos referimos, contribuíram para afastar o consenso social que dava suporte aos paradigmas existentes, que cederam lugar a uma realidade plural, na qual discursos concomitantes concorrem entre si.

Essa inexistência de homogeneidade no tocante à moral sexual tem levando a um exponencial aumento de situações conflituosas, com a crescente politização e judicialização das questões relativas ao sexo, em particular aquelas atinentes às tensões geradas na luta pela

emancipação social, política, cultural e econômica das minorias sexuais, tanto em nível local como internacional.

Esta situação conflituosa, bem como as disputas a ela inerentes, tende a se perpetuar até que alcancemos consenso acerca de um novo paradigma de normatização do sexo.

O direito, como principal instrumento da regulação do comportamento humano e estabilizador das relações sociais, certamente tem uma função pacificadora que se consubstancia no objetivo de minimizar os conflitos dentro da sociedade. Não poderá, desta forma, ficar alheio a tal situação, que reclama soluções jurídicas que permitam a melhor forma de convivência ordenada entre os diversos grupos sociais portadores de idéias distintas sobre a questão.

Assim, cabe também aos estudiosos do direito contribuir para a criação de um arcabouço teórico que sirva de base a uma nova normatização do sexo ou, quando menos, para o aperfeiçoamento da interpretação das normas jurídicas já existentes, objetivando a construção de um novo paradigma, que deverá refletir os valores da sociedade contemporânea, em particular o primado da defesa da dignidade humana.

Entendemos que, embora não existam opções morais perfeitas, certamente o desenvolvimento dialético de idéias durante o curso da história permitiu a evolução da consciência ética da humanidade, de maneira que aquelas mais coerentes com os princípios éticos correspondentes ao nosso atual estágio civilizatório já se encontram positivadas pelas normas jurídicas relativas aos direitos humanos fundamentais (em particular aquelas objeto de declarações e tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas).

Consequentemente, adotamos o entendimento de que a normatização ótima do sexo deverá corresponder àquela que aplique, à sua regulamentação, os princípios éticos já adotados pelas normas internacionais de direitos humanos fundamentais, idéia fulcral do presente trabalho, e que objetivamos melhor desenvolver no presente capítulo.

Esta idéia pode ser articulada como segue: (i) existem direitos diretamente relacionados ao comportamento sexual e/ou às características sexuais humanas (i.e. os direitos sexuais); (ii) o respeito aos direitos sexuais, por sua natureza, é essencial à dignidade dos indivíduos; (iii) os direitos sexuais, em consequência, são direitos humanos fundamentais e; (iv) por serem direitos humanos fundamentais, deve ser aplicado aos direitos sexuais o mesmo regime jurídico a eles cabível, com todas as consequências daí decorrentes.

Trata-se, em suma, como denota o título desta obra, da efetiva incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, por meio do estabelecimento do que denominaremos um “novo paradigma de normatização do sexo”.

No entanto, embora tal proposição básica seja aparentemente simples, a realidade prática denota uma situação de extrema complexidade, que tem apresentado dificuldades de toda a ordem para a implementação desse objetivo, ainda longe de ser alcançado, diante da oposição contínua de poderosos movimentos de resistência, em vários níveis.

Nossa intenção, portanto, será a de envidarmos nossos melhores esforços no sentido de justificarmos racionalmente (com base em uma ótica predominantemente jurídica), as razões pelas quais entendemos ser a solução proposta a mais adequada para a normatização do sexo. Para tanto, iremos nos ater em cada uma das principais questões teóricas subjacentes ao processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, fundamentando, a cada passo, as motivações que nos levaram a adotar determinadas opções axiológicas e rejeitar outras, formando nosso convencimento acerca da melhor resposta às questões envolvidas.

3.2. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO SEXO PELO DIREITO

A primeira questão que se deve abordar, quando se estuda a normatização do sexo pelo direito é exatamente a sua pertinência e necessidade. Em outras palavras, deve o direito

se preocupar em regular as questões relativas ao sexo e o comportamento sexual? Tem o Estado interesse e legitimidade em interferir na vida sexual de seus cidadãos?

Entendemos que as respostas devem ser inequivocamente afirmativas, pois a ausência de quaisquer condicionantes sociais para o exercício da sexualidade implicaria necessariamente uma situação de caos, impedindo a convivência harmônica do grupo social.

Com efeito, diante da inerente tensão existente entre os interesses sexuais de cada um dos membros da coletividade - vez que os mesmos são, no mais das vezes, concorrentes e incompatíveis entre si - resta evidente a necessidade de sua regulamentação, para que se assegurem a estabilidade social, a relativa previsibilidade dos comportamentos, e a existência de regras para a solução de eventuais conflitos, motivo pelo qual já se afirmou que “a observação do comportamento humano, em todas as épocas e lugares, demonstra que, mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas, ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais”.⁴⁵⁶

A existência de regras aplicáveis ao comportamento sexual deriva da necessidade de controle de nossos instintos, em particular aqueles que acarretam consequências relevantes para a nossa interação com os outros, de forma a permitir a vida organizada em sociedade, vinculando e limitando nossa liberdade de ação ao direito de exercício de igual liberdade por parte dos demais indivíduos. Por essa razão, POMPPEDA preleciona que as sociedades humanas não podem dar livre curso aos seus instintos sexuais, porque o homem, diferentemente dos animais, não consegue regulá-los naturalmente, nem renunciá-los, sem por em risco sua própria existência e a estruturação da ordem social.⁴⁵⁷

Assim sendo, a necessidade de delimitar as liberdades sexuais – assim como quaisquer outras liberdades – é fundamental para que a expressão dos direitos sexuais de uma

⁴⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu; *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 42.

⁴⁵⁷ POMPPEDA, Cardeal Mario. La sexualité em Droit Canonique. In: TÉQUI, Pierre (Ed.); *Le Sexe, la Sexualité et le Droit*. Paris: Éditions Pierre Téqui, 2002, p. 112.

pessoa não se sobreponha à dos outros,⁴⁵⁸ sendo que a regulação do comportamento sexual pelo direito é, não apenas justificável, mas também *conditio sine qua non* à coexistência pacífica no seio da sociedade (muito embora, como veremos, encontre também limitações intrínsecas), constituindo-se, sem dúvida, um dever do Estado.

Entendemos existir outra razão igualmente relevante pela qual o direito deva abordar as questões de índole sexual, que é a necessidade da promoção da justiça e a consecução do bem comum, pois compartilhamos da concepção de que o direito deve ser visto como agente transformador da sociedade, verdadeiro instrumento para se atingir seus fins, motivo pelo qual afirma BITTAR que o direito pode ser dito um fenômeno sem sentido se divorciado da dimensão da justiça, fim e fundamento das expectativas sociais em torno dele.⁴⁵⁹

A lição de MONTORO, seguindo o mesmo entendimento, afirma que “o direito é uma ciência orientada permanentemente no sentido da realização da justiça e só se realiza plenamente na medida em que respeita seu caráter dinâmico, como elemento da ação transformadora do homem na história. O direito não é uma ciência natural, a estudar as manifestações da vida social e humana como se fossem “coisas” ou simples fenômenos físicos. O homem não é um “objeto” passivo, nem mero espectador da realidade. Dentro de certos limites, é ele que imprime ordem no mundo. E o direito é, de certa forma, instrumento dessa ação transformadora do homem”.⁴⁶⁰ Com efeito, como ensina LOPES, várias formas de estigmatização social já foram eficazmente combatidas pelo direito, que pode promover mudanças e remover injustiças historicamente consolidadas.⁴⁶¹

Também se manifestou REALE de forma inequívoca acerca da função do direito como promotor da justiça social, ao escrever que “o Direito tem como destino realizar a justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como o “valor franciscano”, cuja valia consiste em

⁴⁵⁸ ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 03.

⁴⁵⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia de Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 445.

⁴⁶⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 127.

⁴⁶¹ LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 31.

permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores”.⁴⁶²

O conceito de justiça, por sua vez, não é fixo, mas dinâmico, razão pela qual podemos afirmar ser perene a atualização do justo, implicando à justiça uma “constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”.⁴⁶³

E a justiça, também no campo sexual, é um valor que deve ser vigorosamente defendido, em particular porque tem sido, neste momento histórico, tão negada, desrespeitada e aviltada, razão pela qual se justifica plenamente a utilização do direito como instrumento para sua efetivação.

3.3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS - QUESTÕES PRELIMINARES

Uma segunda ordem de questões que se impõe, no tocante à incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, é a análise da possibilidade deste objetivo, que pressupõe a existência de identidade entre ambos, consubstanciada numa relação de continência. Em outros termos, significa perquirir a compatibilidade entre a natureza intrínseca dos direitos sexuais e os direitos humanos fundamentais, sendo os primeiros uma espécie dos segundos, o que ensejará relevantes consequências jurídicas.

Entretanto, a exemplo do que acontece com os estudos relativos à sexualidade, não existe consenso teórico acerca do embasamento filosófico dos direitos humanos fundamentais, o que torna a tentativa de justificar os direitos sexuais exponencialmente mais complexa, vez

⁴⁶² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 713.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 713.

que os dois componentes essenciais dessa realidade não se encontram ancorados em pressupostos teóricos firmes.

Explicamos: se não existe consenso teórico sobre o que é sexo e comportamento sexual e, ao mesmo tempo, não existe consenso teórico sobre o conceito de humanos fundamentais (ou sua fundamentação), não seria impossível, ou ao menos desarrazoada, a tentativa de tentar conceituar e fundamentar os direitos sexuais como pertencentes aos direitos humanos fundamentais?

Alguns doutrinadores entendem que sim, vez que, não obstante as inúmeras tentativas, a busca de um substrato teórico que justifique a existência dos direitos humanos fundamentais tem se mostrado elusiva (com efeito, BOBBIO, em manifestação já célebre, afirmou entender não se possa propor a busca do fundamento absoluto dos direitos do homem, sendo mais importante protegê-los do que fundamentá-los,⁴⁶⁴ reconhecendo a impossibilidade de uma fundamentação absoluta dos direitos humanos, tendo em vista que sua consecução tem como base valores que, última instância, não se justificam, sendo assumidos.⁴⁶⁵ Em verdade, importantes autores chegam mesmo a negar a possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor diante da impossibilidade de sua verificação empírica).⁴⁶⁶

Diante da ausência de conhecimento suficiente, poderíamos nos contentar em afirmar ser impossível chegarmos a conclusões satisfatórias.

Contudo, esta resposta não convence.

Em primeiro lugar porque implicaria a desistência, *ab initio*, de uma tentativa de solução teórica, por mais imperfeita que ela venha a ser e, em segundo, porque acarretaria ignorar-se a necessidade imediata de solução prática para uma série de questões envolvendo a justiça, no tocante às questões de sexo, que não podem esperar pelo lento desenvolvimento da teoria. Os conflitos que envolvem a normatização do sexo existem hoje e demandam prontas

⁴⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁶⁶ PECES-BARBA, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*, p. 329.

soluções, sendo certo que não podemos nos servir das inconsistências teóricas (ainda que relevantes) para justificar a ausência de soluções, adotando um posicionamento de perpétuo *non liquet*.⁴⁶⁷

Ao contrário, entendemos que as dificuldades de justificação satisfatória na adoção de opções axiológicas e valorações éticas não devem afastar as tentativas de obtê-la, principalmente porque, na maior parte das vezes, é através da argumentação - aqui entendida, *lato sensu*, como o raciocínio mediante o qual se intenta provar uma tese ou refutá-la, persuadindo ou convencendo alguém de sua verdade ou validade⁴⁶⁸ - que poderemos chegarmos a algum consenso, ainda parcial, como resultado da interação dialética de idéias.

E nem poderia ser diferente, vez que, conforme ensina REALE, “a dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores”,⁴⁶⁹ motivo pelo qual “a fundamentação é de importância capital quando motivada por dúvidas ou contestações”.⁴⁷⁰ Desta forma, quando a busca de uma fundamentação racional para a defesa de direitos encontra resistência, como tem sido o caso dos direitos sexuais, torna-se imperiosa, donde decorre “necessidade de alargar a compreensão sobre o tema por meio de aperfeiçoamento dos referenciais principiologicos que devem ser cada vez mais coerentes e sistematizados”.⁴⁷¹

Consequentemente, é certo que nossos objetivos incluem necessariamente a tomada de algumas posições, motivo pelo qual a nossa tentativa de justificação teórica para a incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais deve ser concebida e analisada com base naquilo que ela realmente é: um esforço de fundamentar determinadas opções axiológicas (o que implica a consequente adoção de determinados princípios ético-normativos), em detrimento de outras.

⁴⁶⁷ O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandi*, a todos os outros ramos do direito em que ainda existem relevantes conflitos teóricos.

⁴⁶⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas: 2003, p. 327.

⁴⁶⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 375.

⁴⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

⁴⁷¹ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 21.

Tal fato, por evidente, não a engrandece nem a diminui, vez que, em essência, esse é o objetivo dos esforços intelectuais de todos aqueles que se dedicam a estudar áreas do conhecimento que envolvam questões éticas, o que enseja um posicionamento predominantemente moralista, que compartilhamos com diversos autores, dentre os quais PECES-BARBA, para quem “a ética está no fundamento e na identificação das dimensões dos direitos fundamentais”.⁴⁷²

Assim sendo, necessárias algumas considerações iniciais, de cunho teórico, de forma a contextualizarmos as dificuldades inerentes a esse objetivo, em particular a luz da filosofia moral, bem como apresentar alguns conceitos básicos aos quais faremos referência no decorrer deste capítulo.

É certo que as questões de filosofia moral estão entre as mais complexas que existem, tendo muitas das mentes mais capazes da humanidade se dedicado a estudá-las sem que se tenha chegado a um consenso teórico, motivo pelo qual, também neste campo, somos obrigados a fazer opções axiológicas,⁴⁷³ que servirão de base para a adoção de determinados princípios éticos.⁴⁷⁴

Inicialmente, portanto, nos ateremos às questões objeto da metaética, ou epistemologia moral, ramo da ética que estuda e analisa a fundamentação lógica das

⁴⁷² PECES-BARBA, Gregório, *op. cit.*, p. 324.

⁴⁷³ Nesse sentido, antes de iniciarmos, cabe um esclarecimento sobre a terminologia adotada. Embora existam correntes que diferenciam ou igualam os conceitos de ética e moral, não é nosso objetivo aqui resolver esta querela, de forma que utilizaremos os termos no sentido que são comumente entendidos, i.e., a moral compreendida como um conjunto de valores que orientam o comportamento do homem em relação aos outros na sociedade em que vive, garantindo o bem-estar social, de caráter precipuamente prático e que encontra fundamento na ética (ou teoria moral), ramo da filosofia que tem como objeto o estudo da moralidade e das questões correlatas, de cunho eminentemente teórico e reflexivo”.

⁴⁷⁴ Por evidente, não temos a pretensão de contribuir, nesse singelo trabalho, com qualquer idéia nova ou relevante sobre teoria moral, mesmo porque estamos cientes de nossos modestos conhecimentos na área. Entretanto, entendemos ser desejável que o assunto seja enfocado, ainda que de forma breve, para que restem evidenciadas as linhas de raciocínio que nos levaram às conclusões ora defendidas. Muito embora grande parte dos estudos jurídicos evite estas questões (talvez diante de sua inerente complexidade e indeterminação), somos da opinião que esta tentativa de fundamentação filosófica, ainda que possa vir a ser criticada como incompleta ou superficial, é elemento útil para demonstrarmos nossos esforços na tentativa de realizarmos uma abordagem coerente do tema sob enfoque. Ademais, diante da impossibilidade de descrevermos ou analisarmos as principais idéias sobre ética constantes na literatura dos últimos séculos, entendemos que a melhor solução será fazer referência às principais linhas de pensamento importantes para o tema objeto deste trabalho.

proposições morais, com ênfase na possibilidade de sua justificação racional, na validade cognitiva de quaisquer pressupostos éticos, e na avaliação de teorias éticas concorrentes.⁴⁷⁵

Quanto à possibilidade de fundamentação de juízos morais, existem duas correntes teóricas opostas (cada qual com inúmeras variantes), mas que podem ser definidas por suas características básicas: a primeira, denominada de cognitivista, sustenta serem as proposições morais passíveis de análise no tocante à sua validade objetiva (i.e. se são verdadeiras ou falsas), e a segunda, denominada anticognitivista, que defende não serem as opções morais demonstráveis ou passíveis de fundamentação racional satisfatória.⁴⁷⁶

Dentre as teorias anticognitivistas, destacam-se o ceticismo moral (visão epistemológica que nega a própria possibilidade da existência do conhecimento moral), o niilismo (que assume uma postura metaética de que tudo é desprovido de significação moral, ou em outras palavras, a inexistência absoluta de referenciais morais).

Por sua vez, no que se refere à determinabilidade dos valores nos quais se baseiam os princípios éticos, dentre as teorias cognitivistas, se destacam o realismo moral, que defende a existência de valores morais objetivos e identificáveis, e o relativismo moral que, contrariamente, sustenta serem os juízos morais não mais que opiniões subjetivas, sustentando não existirem critérios satisfatórios para a hierarquização dos valores morais observáveis entre as diferentes pessoas ou culturas, o que implica reconhecer que todos são moralmente equivalentes.

Em linhas gerais, as teorias morais cognitivistas, no tocante a ética normativa (i.e. ramo da ética que classifica as ações como boas ou não, procurando determinar um código de conduta prática), se dividem em dois grandes grupos, denominados consequencialistas e anti-consequencialistas,⁴⁷⁷ o primeiro abrangendo as teorias éticas que se utilizam da avaliação das consequências ou resultados das condutas para aferir sua moralidade, e o segundo aquelas que,

⁴⁷⁵ SHAPIRO, Michael H.; SPECE JR, Roy G.; DRESSER, Rebecca; CLAYTON, Ellen Wright. *Bioethics and the Law*. Saint Paul: West Publishing Co., 2003, p. 120.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 110.

em oposição, entendem que a avaliação dos comportamentos humanos deve ser feita com base em referência a regras e princípios que não estão necessariamente ligados aos resultados.⁴⁷⁸

Como veremos, novamente não existe consenso e, nenhuma delas está isenta de críticas.

Dentre as teorias de ética normativa de viés consequencialista, aquelas que se destacam como paradigmáticas são as teorias utilitaristas que, de modo geral, entendem ser intrinsecamente bom aquilo que leva à satisfação e à felicidade, sendo uma ação moralmente justificável quando produz a maior quantidade de felicidade (ou prazer) e a menor quantidade de infelicidade (ou dor), se comparada com as demais alternativas, maximizando aquilo que é bom.⁴⁷⁹

As teorias utilitaristas, contudo, são alvos de algumas críticas contundentes, dentre as quais: (i) não levam em conta de forma satisfatória as idéias de igualdade e reciprocidade (e, em consequência, de justiça) vez que ignoram a separação das consciências individuais no cálculo agregado de maximização do bem-estar social;⁴⁸⁰ (ii) a impossibilidade de se avaliar, quantificar ou prever a natureza ou intensidade de prazeres e sofrimentos subjetivamente experimentados. Assim, com base nas teorias utilitaristas, seria possível concluir que a produção de grande quantidade de felicidade para uma maioria justificaria a imposição de sacrifícios a uma minoria, o que não é aceitável. Com efeito, se levado as últimas consequências, o utilitarismo poderia justificar situações absurdas, como denotado por um exemplo já clássico: imaginemos um hospital com quatro pacientes, a beira da morte, necessitando de transplantes (de rins, coração, fígado e pulmão), bem como outro, cujos tecidos são coincidentemente compatíveis com todos eles. Considerando-se unicamente a maximização da felicidade, poderia se sustentar, por essa teoria, fosse morto o doador, de

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁸⁰ RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 135.

forma a beneficiar as outras quatro pessoas o que, evidentemente, não pode vir a ser ser aceito.⁴⁸¹

No tocante às teorias anti-consequencialistas, se destacam como paradigmáticas as teorias deontológicas, em particular a de Kant. O vocábulo deontologia deriva do grego *déon*, que significa dever, vez que as teorias deontológicas julgam a moralidade das escolhas por critérios diversos de suas consequências, sendo que a moralidade de uma ação deverá ser auferida por meio de sua conformidade com normas de moral imperativas de caráter geral e estrutural, que estabelecem deveres e obrigações, de forma que o bom é entendido como aquilo que é devido (i.e. conforme o dever) e não necessariamente aquilo que traz o bem. Assim, atos contrários a tais normas imperativas que regulam a conduta ética, portanto, ainda que produzam o bem, não são moralmente justificáveis.

Entretanto, as teorias deontológicas também são alvos de críticas coerentes, dentre as quais: (i) a irracionalidade de permitir, com base nas regras imperativas, ações que produzam resultados negativos (e.g. dizer aonde se escondeu um fugitivo escravizado ilegalmente ao seu explorador, diante do imperativo de “não mentir”) o que significaria um excessivo formalismo, inconsistente com as próprias razões que justificam a existência de normas éticas e; (ii) a dificuldade de soluções em casos em que alguns deveres são incompatíveis entre si (ou com outros direitos), pela ausência de sobreprincípios que solucionem os conflitos advindos desses dilemas morais.⁴⁸²

Feitas estas breves considerações introdutórias sobre alguns aspectos conceituais da ética, somos forçados a concluir pela inexistência de uma teoria moral, perfeita e isenta de críticas, que permita fundamentar a escolha de valores que servirão de base para os princípios normativos relativos ao comportamento humano e para a solução de conflitos entre posições

⁴⁸¹ SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. Acesso em 10.10.2011.

⁴⁸² ALEXANDER, Larry; MOORE, Michael. Deontological Ethics. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. Acesso em 10.10.2011.

éticas incompatíveis entre si, motivo porque alguns autores chegam a afirmar que, “quando falamos em ética, estamos no domínio da preferência e da escolha”.⁴⁸³

Mas, como já afirmamos, a impossibilidade de justificação teórica perfeita não deve servir de impedimento para que façamos escolhas necessárias aos nossos objetivos e, vez que a incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais demanda um novo paradigma moral, uma solução cabível é justificá-los da melhor forma possível atualmente, explicitando as razões de nosso posicionamento relativamente a cada uma das principais questões envolvidas.

Nosso objetivo, portanto, é tentar sugerir, neste contexto de idéias concorrentes, as que entendemos poderiam melhor atender aos anseios sociais e à necessidade da normatização do sexo no mundo hodierno.

Nesse sentido, iniciamos por afastar, de plano, por uma questão de coerência lógica,⁴⁸⁴ as teorias não cognitivistas no tocante a fundamentação dos juízos morais, em especial o ceticismo e o niilismo, bem como, no tocante a determinabilidade dos valores, aquelas posições que defendem o relativismo moral absoluto, as quais, conforme posição da doutrina, com a qual concordamos, apresentam consequências práticas inaceitáveis:

“A posição cética quanto à possibilidade de respostas morais com base em argumentos racionais não é inócua e tem reflexos importantes. A posição da comunidade científica de tolerar as idéias do relativismo moral deram espaço a que a religião, como forma de justificação moral, permanecesse muito influente, o que gera situações absurdas, como resultado o público das sociedades mais poderosas do planeta ficam debatendo problemas como o casamento gay, enquanto deveriam estar focando em problemas como a evitar a proliferação nuclear, impedir genocídios, adquirir segurança energética e reduzir a pobreza e melhorar no nível do sistema educacional”.⁴⁸⁵

⁴⁸³ BLACKBURN, Simon. *Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.95.

⁴⁸⁴ SHAPIRO, Michael H. *et al, op. cit.*, p. 127.

⁴⁸⁵ HARRIS, Sam. *The Moral Landscape*. Nova York: Free Press, 2010, p. 191.

E, diante desse quadro, nossas críticas se baseiam em vários argumentos.

O primeiro deles é que não devemos concluir terminantemente pela impossibilidade de justificação dos valores morais, principalmente porque a evolução do conhecimento humano poderá alterar esta situação, motivo pelo qual devemos continuar nossos esforços na tentativa de obtê-la.

Nesse sentido, HARRIS dá um importante exemplo, ao comparar a inconsistência na abordagem de muitos diante das questões insolúveis da teoria moral: quando nos defrontamos com uma controvérsia científica, normalmente julgamos que ela seja um sinal de que mais pesquisa precisa ser feita para sua solução de posições díspares. Por que, então, alguns acreditam que a controvérsia moral, ao contrário, prova que não existe uma verdade moral?⁴⁸⁶ Acreditamos que o mesmo raciocínio se aplica a todos os ramos do conhecimento e que, futuramente, é provável que tenhamos melhores respostas para a justificação de nossos valores morais. Além do mais, ainda que isso não ocorra, nada justificaria a paralisia: com efeito, muito embora a ciência não possa cientificamente nos dizer a razão porque devemos considerar a saúde um valor, isso não impede que façamos sua promoção por meio da medicina.⁴⁸⁷

Uma segunda linha de argumentação parte da premissa de que, mesmo diante da pluralidade de valores morais e da impossibilidade de sua justificação última, temos plenamente condições de rejeitar as piores opções, com satisfatória lógica e razoabilidade. É possível rejeitar, a não ser por um ceticismo ou um niilismo que beira o cinismo, a idéia de que é melhor cuidar da saúde de uma criança, ao invés de deixá-la morrer por conta de maus-tratos e descuido? Ou então, podemos sustentar ser melhor o sistema político adotado pelo nazismo, com suas inerentes consequências genocidas, em contraposição a um sistema que privilegia a liberdade e a democracia?

⁴⁸⁶ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 37.

Assim, o fato de que não possamos exatamente saber como maximizar o bem estar humano não significa que não existam formas certas ou erradas de fazê-lo, ou que não possamos excluir algumas opções claramente péssimas.⁴⁸⁸ Por exemplo, tratar as mulheres de uma determinada sociedade com respeito e proporcionar a elas uma qualidade de vida igual àquela oferecida aos homens é evidentemente melhor do que tratá-las com violência e impedi-las ao acesso a direitos básicos como saúde e educação, como fazia o Talibã durante seu domínio no Afeganistão, ou barbaramente apedrejá-las pela prática de adultério, como ainda faz o Irã.

Alguns autores defendem ser a consciência o único domínio inteligível dos valores, motivo pelo qual a consciência é a base de todos os valores humanos e a moralidade não é totalmente arbitrária.⁴⁸⁹ Realmente, somos forçados a concordar que, quando um número grande de estudiosos de tradições diferentes chega a conclusões parecidas, é de se supor que eles não estejam tendo uma ilusão coletiva, mas sim tirando conclusões racionais a partir de um mundo real, independentemente de suas crenças pessoais, o que nos permite aspirar a fazer descobertas sobre o que esse mundo realmente é.⁴⁹⁰

Ademais, ainda que assim não fosse, diante da impossibilidade de chegarmos a uma fundamentação moral última, quer nos parecer interessante a solução proposta por POWERS, no sentido de se transferir o ônus da prova de que uma opção não seja moralmente justificável para quem a questiona.⁴⁹¹

A questão do relativismo moral, contudo, é bem mais delicada. Por evidente que reconhecemos a existência de idéias diversas e que o pluralismo, condição do multiculturalismo, é algo extremamente positivo para o desenvolvimento humano.

Contudo, o relativismo tem sido utilizado, no mais das vezes, para negar qualquer tentativa de efetividade à universalidade aos direitos humanos, em afronta à opção já constante

⁴⁸⁸ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁹⁰ BRUCE, Steve. *Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 96.

⁴⁹¹ POWERS, Madison; FADEN, Ruth. *Social Justice*. Nova York, Oxford University Press, 2006, p.42.

expressamente do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (que reconhecer ser “a dignidade inerente a todos os membros da família humana”) e reafirmada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos em Viena de 1993, que no Artigo 5º de sua Declaração e Programa de Ação reconheceu serem todos os direitos humanos “universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados”.⁴⁹²

Adotamos uma tendência moderadamente essencialista com fulcro na idéia de que nossa herança biológica comum, já comprovada de forma insofismável pelo Projeto Genoma, nos caracteriza como humanos e membros de uma mesma família e que, muito embora existam diferenças culturais, nossa natureza humana é o traço comum que nos une, motivo pelo qual concordamos com a afirmação feita pelo Papa João Paulo II no sentido de que devemos “certamente admitir que o homem sempre existe numa cultura particular, mas deve-se também admitir que o homem não é exaustivamente definido pela mesma cultura (...). O mesmo progresso de culturas demonstra que há algo no homem que transcende essas culturas. Esse algo é precisamente a natureza humana (...)”.⁴⁹³

E, no tocante ao relativismo, mais uma vez a existência de divergência de posicionamentos não impede que sejam excluídos aqueles que são verdadeiramente ruins, até porque, certamente, algumas sociedades se desenvolveram em alguns aspectos mais do que as outras. Nesse sentido, novamente nos socorremos das lições de HARRIS:

“Todas as sociedades existentes de alguma forma tiveram que canalizar ou combater certos aspectos da natureza humana, tais como a inveja, a violência territorial ou a preguiça, por meios de mecanismos e instituições. Seria um milagre se, independentemente do tamanho, localização geográfica ou o genoma de seus membros, todas tivessem chegado a resultados igualmente satisfatórios. No entanto, o relativismo cultural pressupõe que este milagre ocorreu não apenas uma vez, mas sempre.”⁴⁹⁴

⁴⁹² Declaração e Programa de Ação da II Conferência Internacional de Direitos Humanos, art. 5º.

⁴⁹³ JOÃO PAULO II, *Veritates Splendor*, 1993. Disponível em: http://www.vatican.va/hf_jp-ii_enc_veritatis-splendor_en.html. Acesso em 10.10.2011.

⁴⁹⁴ HARRIS, Sam. *op. cit.*, p. 21.

Por evidente, a par de sustentarmos que o melhor arcabouço conceitual para a proteção dos direitos sexuais sejam as opções éticas incorporadas pelos direitos humanos fundamentais, é interessante notar que, independente da complexidade da justificativa das opções axiológicas, a quase totalidade das questões que se apresentam no dia a dia das pessoas são muito mais simples e não demandam tamanho esforço de justificação ética.

Soluções satisfatórias podem ser facilmente encontradas, de maneira quase intuitiva, pois, na lição de BLACKBURN, as mesmas:

“(...) devem ser respondidas dentro de nossa própria perspectiva moral. Assim, por sorte, existe um sem número de pequenas e desprezíveis coisas que conhecemos com perfeita certeza. A felicidade é melhor que a infelicidade, a dignidade melhor que a humilhação. Se é ruim que as pessoas sofram, é ainda pior que o seu sofrimento seja ignorado. A morte é pior que a vida, e as tentativas de encontrarmos pontos de vista em comum é melhor que o desprezo manipulativo a elas”.⁴⁹⁵

Com efeito, a idéia básica da *golden rule* (i.e. tratar aos outros como desejamos que eles nos tratem), é, *per se*, suficiente para que cheguemos a conclusões satisfatórias sobre como agir. Há de se salientar, inclusive, sua universalidade, pois, muito embora justificável racionalmente, é princípio universal que se encontra presente em todas as mais importantes religiões existentes no mundo,⁴⁹⁶ e que na tradição cristã é expressa nos seguintes termos: “Assim como quereis que os homens vos façam, do mesmo modo lhes fazei vós também”.⁴⁹⁷

Dentro de uma perspectiva jurídica, PERELMAN é claro ao afirmar, com base no princípio da *golden rule*, que a aplicação das regras de justiça no campo da conduta determina que: (i) não faças a teu semelhante o que não desejaria que ele te fizesse; (ii) age para com teu

⁴⁹⁵ BLACKBURN, Simon, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁹⁶ ROOST, H. T. D. *The Golden Rule – A Universal Ethic*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 08.

⁴⁹⁷ *Bíblia Sagrada*, Lucas 6:31.

semelhante como desejarias que ele agisse para contigo; (iii) não exijas de teu semelhante senão o que tu mesmo estás disposto a realizar.⁴⁹⁸

Consequentemente, chega a ser quase uma obviedade a conclusão de que devemos tratar os outros com o mesmo respeito que entendemos nos ser devido, sendo que essa digressão acadêmica, embora parte necessária de um trabalho científico, tem sua importância mitigada na prática, pois, com base nesta premissa, as questões relativas aos direitos sexuais também podem ser assim facilmente resolvidas.

Em verdade, não é necessário grande esforço teórico ou intelectual para sabermos que não devemos xingar um travesti que vemos na rua, agredir homossexuais que expressam afeição em público, dar uma pedrada na vizinha porque ela se prostitui ou, ainda, praticar a violência doméstica.

Realmente é lamentável que, em pleno Século XXI, tenhamos que nos esforçar para combater atitudes tão atrasadas e tacanhas. Em trinta anos, ou a até menos, as próximas gerações certamente irão nos condenar severamente por nossa incapacidade coletiva quanto a uma rápida e satisfatória solução no tocante ao respeito aos direitos sexuais. O mundo enfrenta graves problemas que ameaçam a própria sobrevivência da humanidade, tais como a superpopulação, a crise ambiental, a proliferação de armas de destruição em massa e o aumento exponencial das desigualdades sociais. A questão dos direitos sexuais necessita ser rapidamente equacionada, em especial porque não existem razões justificáveis para que assim não o seja.

A decência e o respeito ao próximo denotam um senso interior de justiça que, embora infelizmente ausente nas ações de muitos indivíduos, pode ser facilmente aferível por meio de consulta à nossa razão e ao bom senso.

⁴⁹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 70.

3.4. A NATUREZA COMUM DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS SEXUAIS

O primeiro passo para se analisar a compatibilidade e a natureza comum dos direitos humanos fundamentais e dos direitos sexuais deverá ser, portanto, definir o que se entende por direitos humanos fundamentais e, nesse sentido, é cabível um aparte acerca da inexistência de uma uniformidade terminológica, sendo uma grande gama de expressões utilizadas, de forma quase sinônima, para referir-se à mesma realidade, razão pela qual BONAVIDES se referiu inclusive ao “uso promíscuo” de tais denominações na literatura jurídica⁴⁹⁹ e pela qual conclui BOBBIO que a linguagem de tais direitos permanece ambígua e pouco rigorosa.⁵⁰⁰

Optamos pelo uso da expressão “direitos humanos fundamentais” pelo fato de a considerarmos particularmente feliz, em primeiro lugar, porque faz referência, a um tempo, às duas principais características de tais direitos: a consagração do ser humano como seu fundamento e destinatário último, bem como seu caráter de absoluta essencialidade.

Ademais, a expressão direitos humanos fundamentais, em nosso entender, se contrapõe à dicotomia terminológica que propõe diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais (definindo os primeiros como aqueles positivados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pertencentes à ordem jurídica internacional, e os segundos como aqueles positivados nas Constituições e leis internas), que consideramos ultrapassada, motivo pelo qual usaremos as duas expressões indistintamente, com base na lição de RAMOS, para quem “eventual diferenciação entre ambos perde progressivamente a importância diante de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno nessa temática”.⁵⁰¹ Com efeito, os direitos humanos e os direitos fundamentais não se

⁴⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 514.

⁵⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 09.

⁵⁰¹ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 35.

constituem em esferas estanques, incomunicáveis entre si, havendo por decerto uma interação recíproca entre eles.⁵⁰²

No Brasil, em especial, a complementaridade intrínseca entre os dois sistemas, que já existia por força do parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal (que determina que os direitos e garantias nela expressos 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), restou ainda mais evidenciada com as introduções trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, para determinar que: “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”.

A definição dos direitos humanos fundamentais, por sua vez, tem se mostrado tarefa singularmente complexa, sendo que, dentre os inúmeros conceitos existentes, talvez nenhum deles seja suficientemente abrangente para expressar a totalidade de seu conteúdo. Na doutrina pátria, MORAES define-os como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana”.⁵⁰³ Na doutrina estrangeira, PERES LUÑO, por sua vez, os descreve como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”.⁵⁰⁴

É comum às definições mencionadas, ainda que implicitamente, a idéia de um grupo de direitos essenciais à consagração da dignidade inerente a todos os seres

⁵⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Govet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

⁵⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 39.

⁵⁰⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez, *op. cit.*, p. 48.

humanos⁵⁰⁵, sendo possível sustentar que seja ela o valor que dá unidade, coerência e racionalidade e sentido ao conjunto de todos os outros direitos fundamentais,⁵⁰⁶ ou mesmo que sejam eles pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.⁵⁰⁷

No entanto, o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, atualmente reconhecido como fonte e fim de todos os valores, também é fruto de um longo processo de construção histórica, de forma que a religião, a filosofia e, posteriormente, a ciência procuraram, cada qual à sua maneira, justificar a preeminência do ser humano e sua eminente posição no mundo.⁵⁰⁸ Assim, através dos séculos, foi se aperfeiçoando o conceito de pessoa humana, à qual foi imputada uma inerente dignidade, mediante processo que sofreu a influência de inúmeras correntes filosóficas, bem como de idéias vindas de diversos outros campos da ciência. Podemos afirmar, destarte, que o conceito de direitos humanos é parte do patrimônio intelectual da humanidade já que todas as civilizações interagiram e contribuíram, de alguma forma, para seu desenvolvimento.

Com base no até aqui exposto podemos concluir que os direitos humanos fundamentais são aqueles necessários à garantia da dignidade humana. Ocorre que tal afirmativa, repetida em incontáveis trabalhos jurídicos como conclusão suficiente para justificá-los, *per se*, não passa de uma platitude, de cunho altamente tautológico, se desvinculada de uma justificativa explanatória de seus pressupostos implícitos.

Com isso, queremos dizer que os termos “direitos humanos fundamentais” e “dignidade humana”, apenas passam a ter sentido se pudermos definí-los ou justificá-los satisfatoriamente, estando o conteúdo dessas expressões umbilicalmente vinculado às justificativas utilizadas para sua fundamentação.

⁵⁰⁵ Vale ressaltar, no entanto, que nem mesmo a utilização da idéia da dignidade humana como fonte de todos os valores é uma unanimidade. Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina norte-americana têm sido particularmente resistente à utilização do conceito, por entendê-lo demasiadamente amplo, amorfo e, consequentemente, desprovido de sentido objetivamente aferível.

⁵⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 31

⁵⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *et al*, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁰⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 01.

Diante dos desafios relativos ao seu embasamento, quer nos parecer particularmente feliz a colocação de MORAES ao afirmar que, diante de sua incomparável importância, os direitos humanos fundamentais não conseguem ser explicados por qualquer das teorias existentes, que se mostram insuficientes, devendo coexistir, por se completar,⁵⁰⁹ vez que pressupõem uma relação de complementaridade.

Destarte, há de se ter sempre em mente que “nenhuma teoria dos direitos fundamentais é dotada de validade autônoma, ou se impõe à margem do Direito Positivo, de forma que, em vista das críticas sofridas por todas as correntes doutrinárias, estas não são um fim em si próprias, apenas auxiliando a interpretação, a construção e a sistematização de uma compreensão constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. Neste sentido, as teorias jurídicas dos direitos fundamentais são instrumento de coerência, não sistemas acabados de decisão jurídica”.⁵¹⁰

Há de se compreender que a concepção dos direitos humanos fundamentais como um grupo de opções de cunho moral afasta, ao menos em parte, algumas tentativas tradicionalmente utilizadas para sua fundamentação racional, razão porque passamos a fazer uma breve análise crítica daquelas mais importantes.

A primeira, denominada como positivista, identifica o direito em geral (e, portanto, também os direitos humanos fundamentais) com a noção do direito positivo, negando a crença em normas objetivamente válidas anteriores à sua incorporação pelo ordenamento jurídico, por entenderem os positivistas “que nenhuma regra de conduta pode ser deduzida na natureza humana”.⁵¹¹

Tal opção não nos parece satisfatória porque os direitos humanos fundamentais têm como objeto direitos básicos e essenciais, que devem ser respeitados independentemente

⁵⁰⁹ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 24.

⁵¹⁰ MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: Editora LTR, 1997, p. 88.

⁵¹¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 58.

de seu reconhecimento pelo direito, consubstanciando-se em exigências éticas a serem contrapostas ao Estado ou a terceiros, especialmente no caso de seu não reconhecimento ou violação. A tentativa de vinculação dos direitos humanos fundamentais à sua positivação, em nosso entender, contaria sua própria finalidade.

Contra este argumento poderia se alegar que, se concebidos como exigências éticas, os direitos humanos fundamentais não seriam então uma realidade pertencente ao direito, *strictu sensu*, mas sim ao domínio da filosofia moral.

Não concordamos também com este argumento pela razão de que ele pressupõe, incorretamente, em nosso entender, que os direitos humanos fundamentais devam ser concebidos de forma a se encaixar necessariamente dentro dos limites de uma conceituação estritamente técnico-jurídica (i.e., definidos e fundamentados de acordo com os parâmetros teóricos utilizados pela ciência do direito). Tal pressuposto, em nosso entendimento, é um dos grandes problemas de todas tentativas exclusivamente jurídicas de fundamentação dos direitos humanos fundamentais, pois está presente em todas elas a idéia de que os juristas, de alguma forma, poderiam se “assenhorar” dessa definição, motivo pelo qual as doutrinas existentes se confundem, em grande parte, com as justificativas teóricas usadas para fundamentar o próprio direito!

Acompanhados por parte da doutrina, rejeitamos veementemente esta abordagem, pois entendemos que os direitos humanos, por sua natureza, devem ser objeto de um conceito necessariamente multidisciplinar, de forma que seu estudo deve ser realizado sob um prisma que englobe, simultaneamente, todas essas dimensões, motivo pelo qual a tentativa de uma abordagem exclusivamente jurídica resultará, inexoravelmente, em uma visão compartimentada e incompleta, a qual deve ser evitada.

Nesse sentido, é válida a crítica feita por FREEMAN, ao questionar o caráter excessivamente normativo herdado pelo conceito de direitos humanos fundamentais que,⁵¹² muito embora tenham uma função normativa, devem ser concebidos como pertencentes à

⁵¹² FREEMAN, Michael. *Human Rights*. Cambridge: Polity Press, 2010, p. 76.

interface entre o direito e outras ciências sociais, tendo ALEXY chegado a afirmar que não existe nenhuma disciplina no âmbito das ciências sociais que não esteja em condições de oferecer algo a eles, sob seu ponto de vista e com seus métodos,⁵¹³ razão pela qual entendemos que as tradicionais querelas precipuamente jurídicas devem ser mitigadas nas tentativas de sua conceituação ou justificação. Com efeito, a construção histórica dos direitos humanos teve caráter claramente multidisciplinar, tendo se desenvolvido com base em idéias, concepções e descobertas surgidas no campo das mais diversas ciências.

As teorias jusnaturalistas, por sua vez, contemplam o processo de positivação dos direitos humanos fundamentais como a consagração normativa de exigências prévias, faculdades que correspondem ao homem por sua própria natureza e, conforme respeitados doutrinadores, seriam as melhores teses argumentativas a justificar os direitos humanos fundamentais, de maneira que FERREIRA FILHO chega mesmo a afirmar que “fora do jusnaturalismo não parece haver fundamento sólido para a doutrina dos direitos fundamentais, e suas ilações habituais”.⁵¹⁴

Para os jusnaturalistas, o direito não coincide necessariamente com o direito positivo, razão pela qual defendem a existência de direitos naturais originários e inalienáveis. A positivação dos direitos humanos fundamentais sob esta ótica se apresenta como o reconhecimento formal por parte do Estado de exigências jurídicas prévias que encarnam as normas positivas.⁵¹⁵ Concordamos apenas em parte com a justificação jusnaturalista, na medida em que, muito embora estejamos de acordo com a idéia básica de que a própria natureza humana possa (e deva) ser utilizada como guia confiável à determinação dos direitos humanos fundamentais, quer nos parecer que a idéia de direito natural permanece incompleta, ao pressupor implicitamente opções axiológicas que, *per se*, não necessariamente podem ser consideradas evidentes ou decorrentes da natureza das coisas, razão pela qual entendemos que, considerada de forma isolada, não nos parece ser a teoria jusnaturalista suficiente para embasar os direitos humanos fundamentais.

⁵¹³ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madri: Centro de Studios Políticos y Constitucionales, p. 27.

⁵¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 283.

⁵¹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez, *op. cit.*, p. 48.

Exemplificando, muito embora a agressividade ou o egoísmo façam parte da natureza humana, não há como se defender o uso imoderado da violência, ou o desrespeito pelas normas básicas de solidariedade, sem a tomada de determinadas opções axiológicas, de modo que as modernas tentativas de defesa do jusnaturalismo com base na racionalidade, em nosso entender, pressupõem também uma valoração racional da conduta humana, o que levaria à sobreposição desta opção teórica, ao menos em parte, às teorias moralistas.

Outra questão que se levanta é a inconsistência de se assumir a existência, *a priori*, de determinados direitos determináveis, vez que isso implicaria terem os mesmos um caráter estático, o que nega o evidente caráter dinâmico que observamos em sua construção histórica.

Por seu turno, as teorias realistas vinculam os direitos humanos fundamentais às condições sociais efetivas de uma determinada sociedade (i.e., sua evolução cultural, econômica, tecnológica etc.), priorizando sua possibilidade de real efetivação, como produto de exigências sociais do homem histórico, levando em consideração, primordialmente, as condições econômicas e sociais que permitam o efetivo gozo desses direitos.⁵¹⁶ Ocorre que, embora estejamos de acordo que não é possível a negação das condições fáticas para a efetivação dos direitos humanos fundamentais, novamente há que se considerar que impossibilidade da efetivação de qualquer um deles não significa sua inexistência (e muito menos a ausência de legitimidade), em especial se levarmos em consideração que seu reconhecimento (ainda que teórico) pode ter grande influência em impulsionar alterações sociais que venham a possibilitar, em um momento posterior, sua implementação.

Já as teorias moralistas, dentre as quais destacamos as de PERELMAN, PECES-BARBA e DWORKIN, fundamentam os direitos humanos na experiência e consciência moral de um determinado povo, consubstanciadas em exigências éticas que alguns denominam “*espiritus racionales*”⁵¹⁷. Embora também não estejam imunes à críticas, parecem, em nosso entender, serem elas as mais convincentes, em especial por levarem em conta a dimensão ética destes direitos, considerados “como o principal ponto de contato entre a ética e o direito”,⁵¹⁸

⁵¹⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez, *op. cit.*, p. 59.

⁵¹⁷ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 34.

⁵¹⁸ PECES-BARBA, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*, p. 351.

tendo mesmo NALINI chegado a afirmar que “a solene dicção dos direitos e garantias fundamentais guarda verdadeira identidade com os preceitos éticos”.⁵¹⁹

Entendemos serem as teorias moralistas aquelas que melhor explicam a natureza dos direitos humanos fundamentais, porque elas sintetizam opções valorativas que evoluem continuamente e permitem a manutenção de seu dinamismo e constante renovação.

Por sua vez, a definição do conceito de dignidade humana, apontado como o fundamento de tais direitos, também apresenta desafios epistemológicos.

Mas, se existem discussões quanto ao seu conteúdo, certamente não há dúvida ser ele o valor fundante de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos fundamentais, consubstanciando-se, igualmente, na base axiológica na qual se ancoram as ordens normativas internas de diversos países.

A dignidade é expressamente reconhecida como inerente a todos os seres humanos (e fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo) pelo preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, a qual dispõe em seu Artigo I, que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Também, no plano internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,⁵²⁰ em seu preâmbulo, reconhece ser a dignidade seu valor fundante (chegando mesmo, em seu Artigo 10, a determinar que seu respeito é devido mesmo em relação aos indivíduos privados de sua liberdade). Por sua vez, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁵²¹ também em seu preâmbulo, reconhece que tais direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

⁵¹⁹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

⁵²⁰ Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 06.09.1992.

⁵²¹ Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06.09.1992.

A opção pela dignidade como valor supremo da ordem jurídica foi adotada por diversos países, tendo sido expressamente apontada como princípio fundamental da ordem jurídica nacional pela Constituição Portuguesa de 1976, que em seu Artigo 1º, estabelece que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Na Espanha, a Constituição de 1978, em seu Artigo 10, determina ser a dignidade da pessoa humana fundamento da ordem política e da paz social”.⁵²² Por sua vez, a Constituição Suíça de 2000, em seu Artigo 7, determina ser a dignidade humana “o princípio básico dos direitos fundamentais, não podendo ser limitada pelo Estado nem mesmo em condições excepcionais”.⁵²³

No direito pátrio, a Constituição Federal de 1988, em seu Título I (Dos Princípios Fundamentais), por meio do Artigo 1º, III, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil.⁵²⁴

Quanto à sua definição, é lícito afirmarmos que “a dignidade da pessoa humana tem várias dimensões, é conceito polissêmico, valor próprio que indica o ser humano como tal e, a cultura, através do tempo, conseguiu estabelecer contornos que, se não precisos, permitem ao menos concretizar seu conteúdo”.⁵²⁵

Desta forma, SARLET a conceitua como: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e

⁵²² No original: “*Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

⁵²³ No original: “*Art. 7: La dignité humaine est respectée et protégée en tant que principe de base des droits fondamentaux. Ce droit ne peut en aucun cas être limité par l'État, même sous conditions exceptionnelles*”.

⁵²⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (...). ”

⁵²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 18.

deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais”.⁵²⁶

A lição de MORAES, igualmente, é bastante esclarecedora:

“(…) a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

(…)

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

(…)

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da *dignidade da pessoa humana* apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido)”.⁵²⁷

⁵²⁶SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 37

⁵²⁷MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 48.

O substrato material da dignidade, conforme a melhor doutrina, pode ser desdobrado em quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”.⁵²⁸ De tal substrato material, conforme SARLET, decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais: “(i) igualdade; (ii) liberdade; (iii) integridade física e moral (prestações materiais que assegurem a vida com dignidade; (iv) solidariedade (promoção da coexistência humana em suas diversas manifestações”.⁵²⁹

No tocante as características, é certo ter a dignidade uma inerente dimensão social e intrasubjetiva, que se refere à dignidade do homem enquanto ser social e implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlatos, que correspondem a uma concepção aberta, complexa e heterogênea dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana em sociedade no Estado contemporâneo.⁵³⁰ Corretos GRECO e RASSI, portanto, ao afirmar que a dignidade humana existe na relação do homem com os demais indivíduos, no convívio social, como direito ao desenvolvimento das capacidades individuais e de coexistência, assumindo, paulatinamente, um caráter público e coletivo.⁵³¹

Por tal razão, é íntima a ligação entre dignidade e justiça, motivo pelo qual se afirma que “a dignidade impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado”.⁵³²

Sendo a dignidade o fundamento axiológico dos direitos humanos fundamentais, por evidente que o desenvolvimento de seu conceito veio a influenciar diretamente o desenvolvimento daqueles.

⁵²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axialógico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *op. cit.*, p. 119.

⁵²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 35.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁵³¹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro *et al*, *op. cit.*, p. 77.

⁵³² SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 25.

Assim, vez que dignidade é, por sua natureza, eminentemente inclusiva,⁵³³ é natural que os direitos humanos fundamentais se caracterizem por serem comuns a todos, sendo sua crescente universalização⁵³⁴ formal e material em todos os níveis, processo ainda em curso, uma tendência importante de seu processo evolutivo.

Vale salientar que, historicamente, escravos, mulheres, estrangeiros, homossexuais e crianças, dentre outros, em alguns períodos históricos, não foram considerados como titulares de direitos. Os antigos preceitos de igualdade se desenvolveram, com o passar dos séculos, para gradualmente incluir novos atores na sua concepção de humanidade,⁵³⁵ razão pela qual a garantia de sua aplicação a um número cada vez maior de pessoas até, por fim, abranger toda a humanidade, é um dos principais objetivos de todos os movimentos a favor dos direitos humanos fundamentais, em clara oposição à realidade histórica, felizmente já ultrapassada, na qual eles foram privilégios de apenas poucas pessoas pertencentes a determinados grupos sociais (*e.g.*, homens livres, aristocracia, brancos etc.).

Igualmente, por ter caráter claramente ampliativo no tocante aos direitos que se exercem no interior da sociedade,⁵³⁶ a dignidade é conceito com conteúdo aberto e dinâmico, motivo pelo qual é possível se afirmar que: “embora princípio absoluto, a dignidade não é conceito estático”,⁵³⁷ razão pela qual o conteúdo material dos direitos humanos fundamentais está em constante mutação, tendo MENDES chegado a afirmar que “a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”.⁵³⁸

⁵³³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Homossexualidade: uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 277.

⁵³⁴ PECES-BARBA refere-se a esta tendência utilizando-se da expressão *generalización*, que ensejaria não apenas aplicação do direito a todos indistintamente, mas o conteúdo igualitário das normas (cf. PECES-BARBA, Gregório, *op. cit.*, p. 162).

⁵³⁵ ISHAY, Michele. *The History of Human Rights*, Berkeley: University of California Press, 2004, p. 47.

⁵³⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 277.

⁵³⁷ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa human.. ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 142.

⁵³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira *et al*, *op.cit.*, p. 221.

Realmente, vez que as condições humanas (sociais, econômicas, políticas, científicas etc.) se alteram, nada mais lógico que tal mutação se reflita no âmbito dos direitos humanos fundamentais, o que se dá de duas formas principais: a primeira delas é a inclusão de novos direitos humanos àqueles considerados fundamentais e a outra é a alteração do campo de abrangência (ou conteúdo) de direitos já existentes, que passam a absorver novas características.

Vale dizer que referidas alterações podem ter caráter cumulativo e qualitativo e, portanto, não é de causar espécie, em consequência, que o desenvolvimento das condições sociais traga consigo a necessidade da criação de novos direitos humanos fundamentais, ou venha a modificar o conteúdo daqueles já existentes, na medida em que a abrangência destes experimenta movimento de dilatação”.⁵³⁹

Destarte, os direitos humanos estão pautados pela gramática da inclusão, estando sempre abertos ao novo que a história diuturnamente apresenta, somando às antigas, as recentes conquistas humanas,⁵⁴⁰ motivo pelo qual não se pode falar em uma realidade fixa ou mesmo acabada, vez que a justiça obtida em novos tempos e lugares, por novas gerações que dão àqueles direitos diferentes significados.⁵⁴¹

Tal processo de alteração dos direitos humanos fundamentais enseja, igualmente, uma tendência de sua especificação, “de forma a garantir direitos especialmente talhados a indivíduos ou grupos que se encontram em situações singulares ou diversas daquelas em que se encontram a maioria dos indivíduos, os quais, “se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e estar na sociedade. Essa tendência à especificação acarreta a

⁵³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.*, *op. cit.*, p. 244.

⁵⁴⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 23.

⁵⁴¹ CORRÊA, Sônia *et al.*, *op. cit.*, p. 162.

multiplicação dos direitos, adequados às particularidades dos seres humanos na vida social. Incrementam-se o quantitativo dos bens tidos como merecedores de proteção”,⁵⁴² o que é particularmente verdadeiro no tocante a proteção das minorias, inclusive sexuais.

E é exatamente dentro desta concepção dinâmica e evolutiva dos direitos humanos fundamentais que deve ser concebida a inclusão, aos mesmos, dos direitos sexuais.

Mas o que são os direitos sexuais, qual o seu conteúdo, e por que consideramos que eles são estreitamente vinculados à dignidade humana?

Assim como os próprios direitos humanos fundamentais, os direitos sexuais são uma categoria em construção, que correspondem, resumidamente, a um “conjunto em evolução de direitos relacionados à sexualidade, que contribui para a liberdade, igualdade e dignidade de todas as pessoas”.⁵⁴³

Quanto a seu conteúdo, durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, a Assembléia Geral da então Associação Mundial de Sexologia⁵⁴⁴ (doravante “WASH”) aprovou a Declaração de Direitos Sexuais (doravante “DDS-WASH”), decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia, em 1997, reconhecida como importante passo para o estabelecimento de um consenso internacional sobre os mesmos, declarando que eles incluem:

- (i) O Direito à Liberdade Sexual, que diz respeito à possibilidade dos indivíduos em expressar seu potencial sexual. No entanto, aqui se excluem

⁵⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, et al., *op. cit.*, p. 244.

⁵⁴³ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION. *Direitos Sexuais: uma declaração da IPPF*, 2008, p. 01. Disponível em: <http://www.ippf.org/NR/SexualRightsDeclarationPortuguese.pdf>. Acesso em 10.10.2011. (Cumpra esclarecer que este documento é um estudo produzido pela International Planned Parenthood Federation, organização não governamental, com atuação internacional, cujo objetivo é a promoção da saúde sexual em nível global, reconhecida, apoiada e parcialmente financiada pelos governos de diversos países e organizações internacionais, dentre as quais as Nações Unidas e a Comissão Européia, o que comprova a oficialidade de seu reconhecimento internacional como fonte de informações de caráter técnico sobre os direitos sexuais).

⁵⁴⁴ Posteriormente esta associação alterou seu nome para World Association for Sexual Health.

todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situações de vida;

(ii) o Direito à Autonomia Sexual, Integridade Sexual e à Segurança do Corpo Sexual, que envolve a habilidade de uma pessoa tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Também inclui o controle do prazer de nossos corpos livres de tortura, mutilação e violência de qualquer tipo;

(iii) Direito à Privacidade Sexual, relativo às decisões individuais e aos comportamentos sobre intimidade, desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros;

(iv) Direito à Igualdade Sexual, envolvendo a liberdade face a todas as formas de discriminação, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas;

(v) Direito ao Prazer Sexual, incluindo autoerotismo, como uma fonte de bem estar físico, psicológico, intelectual e espiritual;

(vi) Direito à Expressão Sexual, vez que a expressão é mais que um prazer erótico ou atos sexuais. Cada indivíduo tem o direito de expressar a sexualidade através da comunicação, toques, expressão emocional e amor;

(vii) Direito à Livre Associação Sexual, que significa a possibilidade de casamento ou não, de divórcio, e de estabelecimento de outros tipos de associações sexuais responsáveis;

(viii) Direito a Escolhas Reprodutivas Livres e Responsáveis, incluindo o direito em decidir ter ou não ter filhos, o número e tempo entre cada um, e o direito total aos métodos de regulação da fertilidade;

(ix) Direito à Informação Baseada no Conhecimento Científico, segundo o qual a informação sexual deve ser gerada através de um processo científico e ético, disseminado de formas apropriada a todos os níveis sociais;

(x) Direito à Educação Sexual Abrangente, processo que dura a vida toda, desde o nascimento, devendo envolver todas as instituições sociais;

(xi) Direito à Saúde Sexual, pois o cuidado com a saúde sexual deve estar disponível para a prevenção e tratamento de todos os problemas sexuais, precauções e desordens.⁵⁴⁵

Por sua vez, a International Planned Parenthood Federation (doravante “IPPF”), por meio de sua própria Declaração de Direitos Sexuais, entende estarem inclusos em seu conteúdo os seguintes direitos:⁵⁴⁶

“Artigo 1. Direito à igualdade, proteção igual perante a lei e liberdade de todas as formas de discriminação baseadas no sexo, sexualidade ou gênero.

Artigo 2. O direito de participação para todas as pessoas, independente do sexo, sexualidade ou gênero.

Artigo 3. Os direitos à vida, à liberdade, à segurança pessoal e à integridade física.

Artigo 4. Direito à privacidade.

Artigo 5. Direito à autonomia pessoal e reconhecimento perante a lei.

⁵⁴⁵ WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Declaração de Direitos Sexuais*. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/Declaration%20of%20Sexual%20Rights.pdf>. Acesso em 10.10.2011.

⁵⁴⁶ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION, *op. cit.*; p. 07.

Artigo 6. Direito à liberdade de pensamento, opinião e expressão; direito à associação.

Artigo 7. Direito à saúde e aos benefícios do progresso científico.

Artigo 8. Direito à educação e à informação.

Artigo 9. Direito de optar por casar ou não casar; constituir família; decidir ter ou não ter filhos, e como e quando tê-los.

Artigo 10. Direito de responsabilização e de reparação”.⁵⁴⁷

Sendo o sexo um imperativo fisiológico inerente à natureza humana e elemento central no desenvolvimento da identidade de uma pessoa,⁵⁴⁸ é evidente sua importância para o bem estar e felicidade dos indivíduos, motivo pelo qual o desrespeito aos direitos sexuais tem implicações diretas e relevantes na qualidade de vida e, portanto, na dignidade dos seres humanos.

Quanto à sua importância, a fundamentalidade das necessidades sexuais humanas foi formalmente evidenciada pela celebrada teoria psicológica de Abraham Maslow, desenvolvida em *Uma Teoria da Motivação Humana*.⁵⁴⁹ Em tal trabalho, que ganhou tanta repercussão que se tornou referência cultural obrigatória, propôs ele uma hierarquia das necessidades humanas (comumente representada por uma “pirâmide de necessidades”), sendo que, ordinariamente, os indivíduos procuram satisfazer, para sua auto-realização, as necessidades de nível mais baixo antes daquelas de nível mais alto.

A hierarquização das necessidades humanas proposta por Maslow dividiu-as em cinco grandes grupos: (i) necessidades fisiológicas básicas (tais como respirar, alimentar-

⁵⁴⁷ Uma análise mais elaborada dos direitos sexuais em espécie será objeto do próximo capítulo.

⁵⁴⁸ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 75

⁵⁴⁹ MASLOW, Abraham. *A Theory of Human Motivation* (originalmente publicada em 1943). Disponível em <http://psychclassics.yorku.ca/Maslow/motivation.htm>. Acesso em 102.102.2011.

se e dormir (dentre as quais se encontra o sexo); (ii) necessidades de segurança e proteção (que incluem necessidades relativas à segurança familiar, financeira, à propriedade privada, bem como à manutenção da saúde e do bem estar); (iii) necessidades de amor e afeto (que estão relacionadas ao desenvolvimento socioafetivo do indivíduo, dentre as quais estão as necessidades de associação, aceitação e participação, normalmente existente nas relações íntimas, sejam românticas, familiares ou de amizade); (iv) necessidades de estima (que incluem as necessidades autoestima, de respeito e reconhecimento social) e; (v) necessidades de auto-realização (que incluem as necessidades mais elevadas, relativas ao desenvolvimento pleno do potencial humano de cada indivíduo).

É possível perceber, portanto, que o sexo faz parte não apenas daquelas necessidades fisiológicas mais básicas, mas está presente, direta ou indiretamente como fator determinante quanto ao exercício de várias necessidades pertencentes aos demais grupos hierárquicos. Devido às implicações socioculturais do sexo, é grande a sua influência na capacidade efetiva de um indivíduo satisfazer suas necessidades, mesmo aquelas de nível mais alto. Por exemplo, uma mulher, dentro de uma sociedade que ainda apresenta desafios desproporcionalmente maiores para as pessoas do sexo feminino, pode ter mais dificuldade para realizar todo o seu potencial como ser humano, em alguns ambientes profissionais.

O mesmo pode acontecer com pessoas pertencentes a quaisquer minorias sexuais marginalizadas, afetando inclusive as necessidades de autoestima e aceitação. Imaginemos como deve ser difícil para uma criança intersexual, por exemplo, desenvolver um correto senso de autoestima dentro de um contexto social em que pessoas como ela são, por vezes, descritas pela mídia como nada mais do que aberrações? Ou como deve ser inaceitável a realidade de uma pessoa a quem é negado acesso ao mercado de trabalho formal por ser travesti ou transexual?

Ademais, uma série de outras questões subjacentes aos direitos sexuais apresentam vínculo estreito com importantes aspectos de nossas vidas, que vão desde problemas de natureza criminal, tais como o tráfico internacional de pessoas ou a exploração

sexual de crianças, até questões de saúde e bem estar, como o controle de doenças sexualmente transmissíveis e o acesso a meios de planejamento familiar.

Quando nos referimos aos direitos sexuais, há de se ter em mente que a sexualidade é parte integrante da personalidade de cada ser humano, um aspecto natural e precioso da vida, uma parte essencial e fundamental de nossa humanidade e,⁵⁵⁰ muito embora cada qual a experimente de variadas formas ao longo de suas vidas, permanece ela um aspecto central da vida social e humana que abrange as dimensões do corpo, mente, políticas, saúde e sociedade.⁵⁵¹

Dessa forma, os direitos sexuais guardam estreita vinculação com a dignidade humana, chegando a DDS-WASH a afirmar, no preâmbulo de sua declaração, que “a sexualidade é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social. Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres humanos”.

Destarte, os direitos sexuais têm como objeto e fundamento a proteção da dignidade humana especificamente no tocante às questões relacionadas com o sexo, entendido aqui em sentido amplo, para abranger todas as suas dimensões, da mesma forma que os direitos humanos fundamentais, razão pela qual é lícito afirmarmos que os direitos sexuais são uma espécie daqueles.

Assim, a maior parte da doutrina, nacional e estrangeira, reconhece que os direitos sexuais são apenas desdobramentos, no campo da sexualidade, de direitos humanos fundamentais já estabelecidos e positivados na ordem jurídica internacional e interna, tais como o direito à liberdade, igualdade, privacidade, saúde, educação, dentre outros.

⁵⁵⁰ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION, *op. cit.*, p. 07.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 12.

Nesse sentido, afirma a IPPF de forma expressa serem os direitos sexuais direitos humanos, visto que “compostos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas”⁵⁵² e caracterizam-se por ser “um componente integral dos direitos humanos básicos e por conseguinte são inalienáveis e universais”.⁵⁵³

Igualmente, Paul Hunt, relator especial da ONU sobre o Direito à Saúde (2002-2008) e internacionalmente reconhecido como uma dos maiores especialistas do mundo na área dos direitos humanos fundamentais, salientou que “a sexualidade é uma característica de todos os seres humanos. É um aspecto fundamental da identidade de um indivíduo. Ajuda a definir quem a pessoa é. Isso significa que os princípios e normas dos direitos humanos fundamentais devem incorporar o reconhecimento de que os direitos sexuais são direitos humanos (...)”.⁵⁵⁴

Mas se os direitos sexuais podem ser concebidos como a expressão de outros tradicionais direitos humanos fundamentais no tocante às questões relativas ao sexo, somos forçados a concluir que eles já são direitos humanos fundamentais e que seria uma impropriedade falar em sua “incorporação” por um grupo de direitos do qual eles já fazem parte, por sua natureza intrínseca.

A realidade, entretanto, está longe de ser tão simples, por uma série de razões.

A primeira delas é que, muito embora direitos humanos fundamentais já positivados, tais como o direito à liberdade, igualdade ou à saúde tenham, por evidente, implicações diretas no tocante às questões relativas ao sexo, a práxis denota que, efetivamente,

⁵⁵² INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁵³ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE; WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Salud Sexual Para El Milenio. Declaracion y Documento Técnico*, 2009, p.02. Disponível em: <http://www.worldsexualhealth.org/Salud%20Sexual%20para%20Milenio.pdf>. Acesso em 10.10.2011. Este documento foi produzido pela Organização Panamericana de Saúde, Organismo Internacional de Saúde Pública, que goza de reconhecimento como parte do sistema das Nações Unidas e é o Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial de Saúde, em cooperação com a Associação Mundial para a Saúde Sexual.

⁵⁵⁴ *Apud* CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 164.

em todos os níveis, o reconhecimento de sua aplicabilidade às questões de cunho sexual tem encontrado inúmeras dificuldades e resistências.

Do ponto de vista formal, muito embora os direitos humanos fundamentais, por meio de uma interpretação lógica e coerente com seu fundamento de proteção da dignidade humana, sejam aplicáveis, *tout court*, às questões relativas ao sexo, a verdade é que existe uma enorme lacuna legislativa, em todos os níveis, no tocante ao seu expresso reconhecimento.

Tal estado de coisas implica, inúmeras vezes, uma situação de insegurança jurídica, pois permite que, por meio da atividade interpretativa (incorreta, em nosso entender), seja afastada, na prática, a aplicação dos direitos humanos fundamentais às questões de sexo, gerando situações de frontal desrespeito aos direitos sexuais.

Da mesma forma, a legislação interna de diversos países, bem como sua interpretação pelos poderes constituídos (incluindo o Poder Judiciário), tem reiteradamente negado o reconhecimento de direitos sexuais aos seus cidadãos, afastando, por via oblíqua, a aplicação integral de direitos humanos fundamentais básicos.

Este desrespeito aos direitos sexuais se dá, primordialmente, de duas maneiras, quais sejam: pela recusa da interpretação da legislação (internacional e/ou local) de forma consistente com o respeito aos direitos sexuais já constantes do elenco dos tradicionais direitos humanos fundamentais positivados; ou pela existência de legislação frontalmente contrária, ou incompatível com o exercício dos direitos sexuais.

Vamos dar alguns exemplos, o primeiro deles relativos à situação das mulheres na Arábia Saudita, que têm uma série de direitos básicos negados, inclusive, ao menos até 2011, aquele de votar.⁵⁵⁵ Não é necessária uma capacidade de interpretação particularmente sofisticada para se concluir que tal estado de coisas contraria frontalmente as normas de

⁵⁵⁵ BBC News. *Women in Saudi Arabia to vote and run in elections*. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-15052030>. Acesso em 30.12.2011.

direitos humanos internacionais, tratando-se de uma inaceitável discriminação de cunho sexual, incompatível com o princípio da igualdade.

E não se pense que isso é um fenômeno circunscrito aos países de tradição islâmica. Na Suíça, considerado um país bastante desenvolvido em termos de respeito aos direitos humanos fundamentais, as mulheres adquiriram o direito a voto apenas em 1971, ou seja, 23 anos após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos!

Da mesma forma, os Estados Unidos, até 2003, inacreditavelmente, criminalizavam, em alguns estados, as relações sexuais homossexuais (e mesmo as relações sexuais orais e/ou anais entre casais heterossexuais!), em frontal desrespeito aos princípios da liberdade e da igualdade.⁵⁵⁶

O Brasil, por sua vez, só veio a reconhecer o direito de igualdade da mulher dentro do casamento com o advento da Constituição Federal de 1988 e o direito dos casais homoafetivos à união estável em 2010 (neste último caso, a negação, a uma parte da população, de direito tão básico, era de tal forma inconsistente com o princípio da dignidade humana, que não conseguiu encontrar sequer uma voz em sua defesa, no âmbito de nossa corte constitucional).

Em todos os casos mencionados, sem exceção, tais discriminações eram (ou ainda o são), *ictu oculi*, contrárias aos mais mezinhos princípios nos quais se fundam os direitos humanos fundamentais. Entretanto, por meio de justificativas plenamente insustentáveis diante de uma análise minimamente racional, como veremos adiante, se mantiveram, por muito tempo, em tais ordenamentos jurídicos.

São estas inconsistências legislativas e interpretativas, ainda adotadas e/ou defendidas nos mais diversos níveis, que tornam a proteção dos direitos sexuais extremamente complexa e difícil, situação esta que precisa ser corrigida por uma homogeneização (em nível

⁵⁵⁶ A Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu pela inconstitucionalidade de tais leis, em 2003, no caso *Lawrence v. Texas*.

global e local) legislativa e interpretativa, que leve em consideração os direitos humanos fundamentais, denotando expressamente sua aplicabilidade às questões de cunho sexual.

E é exatamente este processo de homogeneização normativa e interpretativa que garanta a efetiva proteção dos direitos sexuais que denominamos de “incorporação aos direitos humanos fundamentais”, posto que ainda é processo em curso e que encontra bastante resistência.

Nesse sentido, importante fazermos alguns esclarecimentos quanto à justificação teórica da incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais.

O primeiro deles é que os direitos sexuais devem se beneficiar do arcabouço político, jurídico e teórico existente para a defesa dos direitos humanos fundamentais, vez que são uma espécie daqueles, podendo servir de base para as demandas de justiça na área dos direitos sexuais,⁵⁵⁷ o que está ensejando um processo de alterações profundas, que “está mudando a forma e a estrutura dos direitos humanos”,⁵⁵⁸ em particular porque as questões de cunho sexual têm caráter extremamente sensível.

Ademais, estamos convencidos de que, na lição de CORRÊA, a abordagem fundada nos direitos humanos oferece as melhores justificativas teóricas e metodológicas para a efetiva defesa e garantia da dignidade humana,⁵⁵⁹ vez que dispõe da melhor arquitetura conceitual existente para que se prossiga a luta por um mundo onde a diversidade sexual e as liberdades possam ser protegidas e expandidas.⁵⁶⁰

Destarte, nesse sentido, concordamos com RIOS no sentido de ser imperioso o desenvolvimento de uma abordagem jurídica que leve a sério a perspectiva dos direitos

⁵⁵⁷ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁵⁸ *Ibid*, p. 03

⁵⁵⁹ *Ibid*, p. 04

⁵⁶⁰ *Ibid*, p. 10

humanos na seara da sexualidade, ou, em outras palavras, a aplicação dos princípios jurídicos fornecidos pelos direitos humanos às questões trazidas pelos direitos sexuais.⁵⁶¹

Um segundo esclarecimento cabível diz respeito à preocupação esposada por alguns doutrinadores, face à denominada “inflação” dos direitos humanos fundamentais, sobre a qual bem se manifestou FERREIRA FILHO:

“A doutrina tem se preocupado com esse inflacionamento dos direitos fundamentais. Philip Alston chama a atenção, em um interessante artigo, para isso. Assinala a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a direito, direitos “fundamentais”, sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais – direito ao turismo, direito ao desarmamento – afora já propostos -, direito ao sono, direito a não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à coexistência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos etc.

Lembra ele, por outro lado, que vários estudiosos já se insurgiram contra essa “inflação” de direitos fundamentais”. Alguns, mesmo, propuseram critérios para que um direito seja reconhecido como fundamental. É o caso de Maurice Cranston, para o qual “um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano.” A seu turno, F.G. Jacobs salienta três critérios relevantes: “1) O direito deve ser fundamental; 2) O direito deve ser universal, nos dois sentidos que é universal ou muito generalizadamente reconhecido e que é garantido a todos; e 3) o direito deve ser suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do estado e não apenas para estabelecer um padrão.”

⁵⁶¹ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 13.

O próprio Alston indica seis critérios, mais preocupado com a isenção de tais direitos no plano internacional em geral e no da ONU em particular. A seu ver, um direito para ser admitido dentre os human rights deve:

- “- refletir um valor social fundamentalmente importante;
 - ser relevante, inevitavelmente em grau variável, num mundo de diferentes sistemas de valor;
 - ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito;
 - ser consistente com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo;
 - ser capaz de alcançar um muito alto nível de consenso internacional;
 - ser compatível, ou ao menos não claramente incompatível, com a prática comum dos Estados, e
 - ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.”
- Fácil é deduzir que os critérios assinalados levariam a recusar a qualidade de direitos fundamentais a muitos dos direitos que enuncia a Carta brasileira”.⁵⁶²

Inicialmente, voltamos a esclarecer que esposamos o entendimento de que os direitos sexuais já são direitos humanos fundamentais existentes e reconhecidos por diversos países, no momento presente, motivo pelo que não há que se falar em sua adição ao elenco dos direitos fundamentais, mas tão somente no seu reconhecimento efetivo.

Ademais, ainda que concebêssemos os direitos sexuais como uma nova categoria de direitos fundamentais, o que se admite por amor ao argumento, é certo que eles mereceriam igualmente proteção, pois preenchem plenamente todos os requisitos para tanto, se considerarmos os critérios acima transcritos.

Com efeito, se as necessidades humanas são, como ensina RAMOS, razões justificatórias e argumentativas para que possa incidir o regramento jurídico especial dos

⁵⁶² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves; *op. cit.*, p. 285.

direito humanos,⁵⁶³ nada mais natural que eles incidam sobre questões relativas a um feixe de necessidades tão básico como aquelas relativas à nossa sexualidade, o que inclusive vem ao encontro à lição de PECES-BARBA, que sustenta o caráter de fundamentalidade desses direitos ao afirmar que têm primordial importância por se referirem “à satisfação de necessidades essenciais à condição humana”.⁵⁶⁴

É importante ainda salientar que uma das características básicas dos direitos humanos fundamentais é sua abertura, ou seja, a existência de uma cláusula aberta, ou mesmo um princípio de não tipicidade dos direitos humanos⁵⁶⁵, que permitam a evolução de seu conteúdo, de forma a possibilitar a proteção da dignidade de forma consentânea com as mudanças sociais, abrindo-se seu conteúdo para complementação e aperfeiçoamento, já que, como anteriormente dito, trata-se de conceito dinâmico e em constante evolução, sendo a história da positivação processo ainda imperfeito e inacabado.⁵⁶⁶

Em consequência há de se reconhecer, como preleciona PECES-BARBA, que “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos acontecimentos e dos interesses, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. (...). Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar”.⁵⁶⁷

3.5. OS DIREITOS SEXUAIS E SEUS DESCONTENTES

O processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, com sua consequente efetivação, não tem ocorrido sem conflitos.

⁵⁶³ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 46.

⁵⁶⁴ PECES-BARBA, Gregório, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 221.

⁵⁶⁶ *Ibid*, p. 43.

⁵⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 19.

Conforme já vimos anteriormente, a situação de ausência de um paradigma de moral sexual homogêneo e a existência de discursos concorrentes, em grande parte incompatíveis entre si, levaram a uma crescente politização e judicialização do sexo, por parte de uma série de grupos sociais.

São aqueles grupos ou indivíduos insatisfeitos com a situação atual relativa à normatização do sexo, que dominaremos os descontentes, que objetivam, com base em suas próprias concepções de mundo, exercer influência cultural e, não raro, impor suas idéias para o grupo social, inserindo-as no ordenamento jurídico vigente.

Tais descontentes, muito embora não formem uma frente uniforme ou mesmo coesa, são representativos de duas tendências básicas. O primeiro grupo, que denominaremos de Tradicionalistas, é formado por aquelas instituições (e/ou indivíduos) que se posicionam contra o reconhecimento e a efetivação dos direitos sexuais. Em sua maioria, em particular no ocidente, incluem aqueles que defendem o retorno da adoção normativa dos elementos básicos do Paradigma Judaico-Cristão de moralidade sexual (ou, alternativamente, outros paradigmas de moralidade sexual tradicional existentes ao redor do mundo). Em suma, sustentam o retorno (ou a manutenção), como base para a normatização do sexo, de paradigmas tradicionais de moralidade sexual. O segundo grupo, por sua vez, que dominaremos de Progressistas, é formado por aqueles que procuram a consolidação de um paradigma de moralidade sexual diferente do tradicional, que permita a emancipação daqueles que se consideram de alguma forma excluídos ou discriminados pelos paradigmas tradicionais.

Em linhas gerais, portanto, os Tradicionalistas posicionam-se contrariamente à incorporação dos direitos sexuais pelos direitos humanos fundamentais, e os Progressistas a defendem. O entendimento das razões que levam os respectivos grupos a sustentar um determinado posicionamento, bem como o estudo das bases teóricas que fundamentam os discursos adotados por cada um deles, é esclarecedora. Assim sendo, optamos por iniciar o desenvolvimento da nossa tentativa de justificação de um novo paradigma de normatização do sexo por meio da análise crítica dos argumentos e das bases teóricas que fundamentam as

opções éticas defendidas por cada um desses grupos que, neste período de transição, repleto de incertezas e rápidas mudanças, dominam o debate.

3.5.1. OS TRADICIONALISTAS

Dentre os que defendem visões tradicionalistas do sexo, ao menos em um sentido bastante amplo, muito embora seja impossível fazer esta quantificação, poderemos incluir significativa parte da população que apresenta reações de resistência às mudanças em geral, seja por puro desconhecimento ou mesmo comodismo intelectual.

Existem pessoas que, em geral, são tradicionalmente avessas a mudanças e exibem dificuldades de adaptação face ao que é novo, sendo natural que muitos acreditem que os preceitos trazidos pelo conhecimento tradicional devam ser aceitos, no mais das vezes, sem um questionamento racional de sua validade.

Nesse sentido, é comum encontrarmos pessoas que apresentem algum grau de resistência aos direitos sexuais, em particular por serem eles objeto de um discurso novo, com o qual não estão familiarizadas, e cuja compreensão demanda um desprendimento e esforço intelectual que não lhes interessa, já que, no mais das vezes, é trabalhoso revermos conceitos estabilizados em nossa psique, ainda que isso implique nosso possível desenvolvimento.

Assim, atualíssima a afirmação de MILL no sentido de que “há na presente orientação da opinião pública uma característica particularmente adequada a torná-la intolerante para com qualquer manifestação mais viva de individualidade. Os homens, em geral, não são moderados só de inteligência, mas ainda de inclinações. Não possuem gostos nem desejos suficientemente fortes para incliná-los a fazer o inusitado, e, em consequência, não compreendem os que os possuem, os quais classificam entre os extravagantes e imoderados a que costumam encarar com desprezo”.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ MILL, John Sutart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p. 110.

Destarte, a ignorância sem dúvida teve (e continua a ter) um grande papel na regulamentação do sexo pelo Estado, razão pela qual afirma POSNER que “muita da repulsa que sentimos sobre comportamentos sexuais diferentes dos nossos reflete uma ignorância sobre o sexo e suas consequências, sendo até compreensível diante do caráter de tabu com que o sexo é tratado em nossa sociedade. A história da perseguição é, em geral, uma história de ignorância”.⁵⁶⁹

Desta forma, o primeiro grande grupo de resistência aos direitos sexuais é formado por pessoas que são ignorantes sobre o assunto, sendo que cumpre esclarecer que estamos utilizando o termo não em um sentido pejorativo, mas tão somente para designar a ausência de conhecimento sobre o tema, que ordinariamente faria parte de uma formação cultural mais sólida.

Nossas visões morais estão normalmente relacionadas com outros fatores, tais como nacionalidade, religião, renda, educação, classe social, urbanização e nível de desenvolvimento.⁵⁷⁰ Com efeito, é estreita a relação entre o baixo desenvolvimento sócio-econômico e preconceito, no tocante ao sexo.

Em verdade, as pesquisas comprovam que quanto mais anos de estudo, maior é a aceitação do indivíduo em relação à diversidade sexual, e um exemplo flagrante é que, enquanto entre os que nunca frequentaram a escola, o índice de homofóbicos é 52%, entre os com nível superior é apenas 10%.⁵⁷¹

Os números comprovam, de forma insofismável, que a falta de conhecimento gerada pela baixa escolaridade é característica ubíqua entre aquelas sociedades que se

⁵⁶⁹ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 204

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁵⁷¹ CIEGLINSKI, Amanda. *Pesquisa mostra que escolaridade causa impacto em nível de preconceito contra homossexuais*. Agência Brasil de Comunicação. Brasília, 26.05.2011. Disponível em: <http://agenciabrasil.abc.com.br/noticia/2011-05-26/pesquisa-mostra-que-escolaridade-causa-impacto-em-nivel-de-preconceito-contra-homossexuais>. Acesso em 20.08.2011.

posicionam sistematicamente contra os direitos sexuais.⁵⁷² Tal fato é ainda exacerbado pela circunstância de que os pobres tendem a ser mais religiosos do que os ricos, dentro e entre as nações.⁵⁷³

Tomemos, como exemplo de fácil compreensão, o efetivo grau de respeito aos direitos das mulheres e dos homossexuais, as duas minorias sexuais mais numerosas.

Consideremos os seguintes dados estatísticos, relativos ao Índice de Educação (IE) e ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) - sendo que este último inclui em sua metodologia de cálculo informações relativas à porcentagem de alfabetizados e o nível de educação da população - ambos calculados pelas Nações Unidas: (i) os dez países com o mais alto IE são, pela ordem: Austrália, Finlândia, Dinamarca, Nova Zelândia, Cuba, Canadá, Noruega, Coreia do Sul, Irlanda e Holanda; (ii) os dez países com o maior IDH são: Noruega, Austrália, Holanda, Estados Unidos, Nova Zelândia, Canadá, Irlanda, Liechtenstein, Alemanha e Suécia; (iii) os dez países com menor IE são: Benim, República Centro-Africana, Senegal, Etiópia, Serra Leoa, Guiné, Afeganistão, Chade, Mali, Burkina Faso e Níger; (iv) os dez países com menor IDH são: Eritreia, Guiné, República Centro-Africana, Serra Leoa, Burkina Faso, Libéria, Chade, Moçambique, Burundi, Níger e República Democrática do Congo.⁵⁷⁴

Por sua vez, o Fórum Econômico Mundial classifica todos os países do mundo com base no grau da igualdade entre os sexos, sendo aqueles considerados com o maior nível de igualdade, pela ordem: Islândia, Noruega, Finlândia, Suécia, Nova Zelândia, Irlanda, Dinamarca, Lesoto, Filipinas e Suíça. Por sua vez, os dez últimos no quesito igualdade entre os sexos são: Nepal, Omã, Benin, Marrocos, Costa do Marfim, Arábia Saudita, Mali, Paquistão, Chade, Iêmen.⁵⁷⁵

⁵⁷² Nesse sentido, cumpre esclarecer estemos nos referindo a tendências gerais, quantificáveis por meio de pesquisas em grande escala. Por evidente que a análise de situações individualizadas denotará existirem pessoas que se opõem aos direitos sexuais e que, evidentemente, não têm baixa escolaridade (e vice-versa).

⁵⁷³ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 146.

⁵⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Human Development Report 2011*. Disponível em <http://hdr.undp.org/en/>. Acesso em 20.12.2011.

⁵⁷⁵ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *Gender Gap Report*. Disponível em <https://members.weforum.org/pdf/gendergap/report2010.pdf>. Acesso em 20.10.2011.

A simples comparação entre tais listas (completas) nos permite chegar a algumas conclusões impressionantes, dentre as quais: (i) quatro dos países com maior IE também estão entre aqueles com maior nível de igualdade entre os sexos (quais sejam, Finlândia, Nova Zelândia, Noruega e Irlanda); (ii) três dos países com maior IDH também estão entre aqueles com maior igualdade entre o sexo (Noruega, Nova Zelândia e Irlanda); (iii) todos os dez países melhores classificados na lista de igualdade entre os sexos, com exceção de Cuba, possuem um nível muito alto de IDH.⁵⁷⁶

Corroboram na comprovação da estreita correlação entre nível educacional e respeito aos direitos sexuais os seguintes fatos: (i) dentre os países com o mais baixo nível de igualdade entre os sexos, três deles também figuram na lista daqueles com menor IE (Benim, Chade e Mali); (ii) todos os demais países que figuram na lista daqueles com os piores níveis de igualdade, com exceção da Arábia Saudita e de Omã, estão entre os trinta países com os menores IE; (iii) sete dos países com menor igualdade entre os sexos estão entre aqueles com nível baixo IDH (Nepal, Benim, Costa do Marfim, Paquistão, Chade e Iêmen).

No tocante aos direitos dos homossexuais, é possível também chegarmos a conclusões idênticas, no tocante à estreita ligação entre alto nível educacional e respeito aos direitos sexuais, vez que: (i) todos os países com maior IE, com exceção de Cuba e a Coreia do Sul, reconhecem o casamento ou alguma forma de união civil homoafetiva e; (ii) todos os dez melhores classificados no tocante ao IDH, sem exceção, fazem o mesmo.⁵⁷⁷ Contrariamente, nenhum dos países classificados nas últimas posições, no tocante aos níveis de IE e IDH, reconhece o casamento ou alguma forma de união civil homoafetiva e alguns deles, como Serra Leoa, Senegal, Libéria e Eritreia, chegam mesmo a criminalizar as relações sexuais homossexuais, ainda que consentidas.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Human Development Report 2011*. Disponível em <http://hdr.undp.org/en/>. Acesso em 20.12.2011.

⁵⁷⁷ OPEN DIRECT PROJECT. *LGBT Marriage and Domestic Partnership*. Disponível em http://www.dmoz.org/Society/Gay,_Lesbian,_and_Bisexual/Law/Marriage_and_Domestic_Partnership/. Consulta em 21.11.2011.

⁵⁷⁸ AFRONEWS. *Legal Status of Homosexuality in Africa*. Disponível em http://www.afrol.com/html/Categories/Gay/backgr_legalstatus.htm. Consulta em 20.11.2011.

Devido ao caráter sociocultural do sexo e sua influência direta em questões relativas a estruturas de poder (inclusive econômico) dentro da sociedade, tem sido ele historicamente utilizado como elemento de hierarquização social por todas as culturas, razão pela qual também existe uma resistência à efetivação dos direitos sexuais por grupos ou indivíduos que, de alguma forma, beneficiam-se do *status quo* (ou mesmo do *status quo ante*), e que se sentem ameaçados por esses novos direitos.

Dentro deste segundo grupo de Tradicionalistas, é especialmente importante a resistência dos homens, consciente ou não, à emancipação feminina, visto que ela foi (e continua a ser) o movimento que introduziu as maiores e mais profundas consequências na estrutura de poder existente na sociedade. Embora a igualdade feminina esteja formalmente garantida do ponto de vista legal, sua efetivação continua, como veremos, a encontrar inúmeros obstáculos práticos, não raro impostos por um comportamento machista injustificável.

Por fim, um terceiro grupo identificável de Tradicionalistas, particularmente importante por ser responsável pelas maiores demonstrações de oposição institucionalizada aos direitos sexuais, é formado por grupos religiosos e seus apoiadores, que entendem estarem muitos dos direitos sexuais em conflito direto com suas convicções religiosas.

É importante salientar, contudo, que embora tenhamos feito uma classificação genérica dos principais grupos que esposam visões tradicionalistas, é interessante notarmos que, na prática, eles estão longe de serem homogêneos, vez que não existe, conforme poderia se supor, uma coerência ou consistência lógica entre os indivíduos ou grupos que os compõem (curiosamente, nem mesmo dentre aqueles pertencentes a uma mesma religião).

Assim, existem aqueles que defendem os direitos de algumas minorias, mas não de outras (como, por exemplo, homens que defendem os direitos das mulheres, mas se opõem à emancipação dos homossexuais, ou vice-versa). Um exemplo curioso ocorre no Irã, particularmente retrógrado no tocante ao respeito dos direitos sexuais de mulheres e homossexuais, mas que se mostra mais adiantado que muitos países no tocante aos direitos dos

transexuais, sendo que o Estado chega mesmo a se responsabilizar pelo custeio de cirurgias de transgenitalização.

Cabe, portanto, analisarmos criticamente as bases teóricas nas quais se apóiam o discurso dos Tradicionalistas, sendo útil ressaltar que, concordemos ou não com elas, é certo que elas já foram, por vários séculos, premissas adotadas pelo sistema legal de vários países, inclusive o Brasil.

A primeira questão fundamental que se coloca é que os Tradicionalistas, via de regra, partem do pressuposto de que é legítima a supressão (ou pelo menos a contenção) do pluralismo no tocante à moralidade sexual (e sua normatização). Defendem, portanto, a manutenção de uma moralidade sexual homogênea, em oposição à coexistência de várias moralidades sexuais distintas, como forma de evitar conflitos.

Em outras palavras, os Tradicionalistas não entendem como aceitável, ou ao menos desejável, a existência de desacordos morais no tocante às questões relativas ao sexo, o que pressupõe necessariamente a adoção de uma ética monista, por meio da qual um grupo de valores deve se sobrepor ou, quando menos, preponderar sobre os demais.

Discordamos desta idéia, porque nos parece evidente seu caráter pouco democrático, vez que conforme a lição de RAWLS, “(...) a adesão continuada a apenas uma doutrina abrangente só se mantém pelo uso opressivo do poder de Estado, com todos os seus crimes oficiais e as inevitáveis brutalidades e crueldades, seguidas da corrupção da religião, filosofia ou ciência”.⁵⁷⁹

Talvez por conta do caráter inerentemente antidemocrático daqueles que defendem posições fundamentalistas, sua argumentação seja sempre permeada pela agressividade, razão pela qual RAWLS diagnostica que “em boa parte dos debates político notam-se as marcas da beligerância. Elas consistem em alinhar tropas e intimidar o outro lado, que passa a ter de aumentar seus efetivos ou recuar. O pensamento que se encontra por trás disso é que ter

⁵⁷⁹ RAWLS, John; *Justiça como Equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

caráter é ter convicções firmes e estar pronto para proclamá-las de modo desafiador aos outros. Ser é confrontar-se. A idéia de razão pública revela que o que esse pensamento desconsidera são os grandes valores alcançados por uma sociedade que realiza em sua vida pública as virtudes políticas cooperativas da razoabilidade e do senso de equidade, o espírito de compromisso e a vontade de honrar o dever de civilidade pública”.⁵⁸⁰

Face à complexidade das questões envolvendo a sexualidade e ao insuficiente conhecimento que temos sobre a questão, adotar uma versão moderada de relativismo moral, vez que o respeito às idéias divergentes e a existência de um pluralismo moral - ainda que limitado pela exclusão de hipóteses evidentemente contrárias ao respeito à dignidade humana - se configura como a melhor solução aplicável às sociedades modernas, sendo imperioso reconhecer, conforme afirmação do mesmo autor, que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes nas sociedades modernas não é uma mera condição histórica que logo passará, mas aspecto permanente da cultura pública de uma democracia.⁵⁸¹

Assim, entendemos ser o pluralismo moral no tocante às questões de moralidade sexual, *per se*, um valor a ser defendido, muito embora, como veremos, não tenha ele caráter absoluto. É certo que as sociedades que contam com uma diversidade de concepções morais distintas têm maiores chances de desenvolvimento, por meio da evolução dialética das diversas idéias existentes em seu interior, que aquelas fundadas em um inescapável monismo ético. Nesse particular, encontram-se em evidente paralelo com a maior habilidade evolutiva dos organismos sexuais, por meio da criação de variadas configurações genéticas.

Outra ordem de questões fundamentais relativas às visões tradicionalistas é que partem elas do pressuposto de que, diante de um suposto monismo moral no tocante ao sexo, estaria o Estado justificadamente legitimado a impor, por meio do ordenamento jurídico, a moralidade sexual a todos os membros da sociedade, o que equivale a dizer que, diante da existência de uma moralidade homogênea (ou ao menos amplamente dominante), caberia aos poderes constituídos zelar pela manutenção de tal moralidade sexual.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 166.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 47.

Assim sendo, tais visões tradicionalistas implicitamente aceitam como válidos dois pressupostos que precisam ser avaliados: o primeiro é o posicionamento de que cabe ao Estado legislar sobre moralidade sexual; o segundo, que seria legítimo ao Estado fazer uma opção entre as diversas moralidades sexuais existentes.

No tocante à legitimidade do Estado para legislar sobre moralidade sexual, não nos cabe aqui tentar reinventar a roda, visto que a melhor resposta a esta questão, em nossa opinião, já foi obtida por ocasião de uma das mais célebres discussões jurídicas sobre direitos sexuais da história, que passaremos a descrever a seguir.

Em 1957, foi publicado, a pedido do governo do Reino Unido, um relatório de lavra de estudiosos notáveis, denominado Relatório Wolfeden, cujo objeto foi a análise de várias questões relativas à criminalização do comportamento sexual homossexual e da prostituição. De forma inesperada, e contrariando as visões morais predominantes à época, na cultura anglo-saxã, o relatório sugeriu fossem descriminalizados os atos sexuais homossexuais consentidos entre adultos (exatamente como já haviam feito os franceses, quase duzentos anos antes), o que veio a ser efetivado dez anos depois, por ato do parlamento.

As conclusões do Relatório Wolfeden foram objeto de uma acalorada discussão entre dois eminentes juristas ingleses, P.A. Devlin e H.A.L. Hart, cada qual com posições diametralmente opostas, por meio da qual discutiram, em última instância, a justificação teórica da imposição de normas morais por meio do direito ou, em outras palavras, se a mera imoralidade de um ato é ou não suficiente para justificar que o direito interfira em sua realização.⁵⁸²

Devlin defendia, em suma, que: (i) a coesão social depende necessariamente de um conjunto de crenças morais compartilhadas entre os membros da sociedade; (ii) a integridade da ordem social poderia ser afetada por comportamentos imorais; (iii) a sociedade tem o

⁵⁸² MALEM, Jorge. La relacion entre el Derecho y la Moral, La disputa Devlin-Hart. In: BLANCK-CEREIJIDO, Fanny. (Coord.) *Sexualidad y Derechos Ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, p. 83

direito de resguardar sua existência organizada, razão pela qual se justifica “a coerção da moralidade sexual como uma parte indispensável da atividade jurídica” e;⁵⁸³ (iv) a maioria teria o direito de seguir suas próprias convicções morais ao defender seu ambiente social de transformações que ela não aceita.⁵⁸⁴

Hart, por sua vez, em genial resposta que, como vimos, foi posteriormente adotada pelo direito positivo inglês, conseguiu, com sucesso, afastar as alegações de Devlin, ao sustentar que: (i) é necessário distinguir entre a defesa da moral, como um valor, da defesa de uma determinada moralidade conservadora, defendida pelo *status quo*;⁵⁸⁵ (ii) não se sustenta a alegação de que qualquer mudança na moral compartilhada represente uma ameaça à existência da sociedade;⁵⁸⁶ (iii) as mudanças morais podem se dar de forma harmônica e pacífica, com a preservação e desenvolvimento da sociedade; (iv) a sociedade deve adotar o princípio de moralidade crítica (o que inclui uma constante análise crítica de sua moralidade positiva);⁵⁸⁷ (v) em respeito à autonomia e liberdade das pessoas, deve-se preservar na esfera de moralidade privada tudo aquilo que é irrelevante para o direito.⁵⁸⁸

No tocante à legitimidade do Estado em fazer uma opção dentre as diversas moralidades sexuais existentes, quer nos parecer que a mesma deverá ser refutada vez que, muito embora já tenhamos defendido a legitimidade de o Estado regulamentar o sexo, tal normatização deverá necessariamente se ater tão somente àquelas questões absolutamente necessárias para permitir a convivência ordenada dos indivíduos em sociedade, de forma a garantir um mesmo nível de proteção recíproca aos direitos sexuais de cada membro do corpo social.

A tomada de posição, por parte do Estado, no tocante às diversas moralidades sexuais, em particular no que diz respeito àquelas questões que não apresentam qualquer interesse público, além de injustificada, fere frontalmente a autonomia moral dos indivíduos

⁵⁸³ HART, H. L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre, Segio Antonio Fabris Editor: 1987, p. 35.

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 374.

⁵⁸⁵ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 90.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁵⁸⁷ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 99.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 41.

que, na busca de sua felicidade e realização, são mais bem atendidos se dispuserem de um espaço de liberdade no que concerne a condutas pessoais (sejam ou não de índole sexual).

É interessante observar que, a exemplo de Devlin, comumente o discurso religioso utiliza-se da falácia argumentativa que se denomina em inglês de *slippery slope*, que parte do pressuposto de que pequenos eventos irão desencadear, em efeito dominó, uma série de outras circunstâncias, sem estabelecer ou justificar suas razões para tanto.

Em verdade, os fatos denotam que exatamente o contrário parece ser verdadeiro, já que pesquisas demonstram que é nas regiões mais conservadoras dos Estados Unidos que se encontram as maiores taxas de divórcio, gravidez na adolescência e consumo de pornografia.⁵⁸⁹

Alarmistas geralmente alegam temer que qualquer expansão dos direitos sexuais possa produzir uma situação de desordem, com aumento exponencial de incesto, estupro, assédio sexual, etc., como se a liberdade fosse necessariamente incluir abuso destes direitos, o que evidentemente é falso.⁵⁹⁰

Quanto a tal questão, RUBIN faz referência explícita à falácia da excessiva importância real do sexo na escala de valores que “defende que pequenas diferenças comportamentais relativas ao sexo são ameaças de proporções cósmicas. Embora as pessoas possam ser intolerantes ou indiferentes sobre o que constitui uma boa dieta, diferenças no *menu* não provocam o tipo de raiva, ansiedade e terror que acompanham as diferenças nas preferências eróticas, sendo dado aos atos sexuais uma importância excessiva”.⁵⁹¹

Possivelmente o medo excessivo de mudanças nesse campo é baseado nos medos inconscientes de uma sexualidade fora de controle,⁵⁹² que, em nossa opinião, refletem

⁵⁸⁹ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁹⁰ ABRAMSON, Paul R. *et al, op. cit.*, p. 18.

⁵⁹¹ RUBIN, Gayle, *op. cit.*, p. 452 e ss.

⁵⁹² ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 141.

frequentemente mais uma insegurança pessoal daqueles que não estão confortáveis com sua própria sexualidade, que uma real preocupação com a moralidade pública.

Primeiro, há que se considerar que tal tipo de preocupação não deveria ser expresso seletivamente tão somente quanto às questões de moralidade sexual. As economias capitalistas, por exemplo, são também sujeitas a abusos, tais como fraudes ou falsificações, dentre inúmeros outros. Contudo, nós não algemamos o capitalismo para evitar fraudes. Ao invés disso, criamos leis que estabelecem procedimentos para definir, detectar e desencorajar fraudes. A mesma lógica deve ser aplicada aos direitos sexuais.⁵⁹³

Devemos, nesse particular, ter em mente que, contrariamente ao afirmado por Devlin, o afrouxamento das regras morais sexuais não é o primeiro estágio da desintegração social. Ao contrário, a história poderia nos levar a concluir em sentido exatamente oposto, vez que foi exatamente pouco após a consolidação do cristianismo (e de sua moralidade sexual) que o Império Romano colapsou.⁵⁹⁴

Talvez tal linha de argumentação exista em virtude do fato de que o Paradigma Judaico-Cristão possa ser compreendido como um “pacote” no qual a ausência de alguns de seus componentes pode solapar gradativamente os outros, sendo como um edifício que depende de vários pilares para se sustentar. É possível que se tema que as pessoas que rejeitem a doutrina cristã no tocante ao sexo também o façam com relação a outros pontos da doutrina ou, ao contrário, que o enfraquecimento da fé religiosa tenha debilitado a moralidade a ela associada, embora essas duas possibilidades não sejam mutuamente exclusivas.⁵⁹⁵

Outro argumento utilizado pelos Tradicionalistas em oposição aos direitos sexuais é o de que devemos nos opor a eles sempre que forem contrários aos padrões tradicionalmente aceitos.

⁵⁹³ ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 19

⁵⁹⁴ HART, H. L. A., *op. cit.*, 73. Com efeito, Devlin não conseguiu oferecer nenhuma prova empírica que a modificação dos hábitos de moralidade sexual tenha trazido a desintegração de qualquer sociedade (cf. MALEM, Jorge. La relacion entre el Derecho y la Moral, La disputa Devlin-Hart. In: BLANCK-CEREJIDO, Fanny. (Coord.) *Sexualidad y Derechos Ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, p. 95.

⁵⁹⁵ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 178

Tal argumento, muito embora costume encontrar grande eco em alguns setores da sociedade, *data venia*, não resiste a qualquer análise racional.

Em primeiro, porque pressupõe que a sociedade deve permanecer estática, no tocante à moralidade sexual, o que vai contra qualquer possibilidade de desenvolvimento, o que é, *per se*, um disparate, mormente se nos conscientizarmos da precariedade de nossos conhecimentos relativamente ao sexo. Em segundo, porque perpetuaria uma série de situações injustas, que afetam a dignidade daqueles eventualmente são, de forma infundada, marginalizados por determinada moral sexual.

Se observarmos o argumento da tradição, sem qualquer outro critério adicional, poderíamos defender a continuidade da escravidão, instituição humana muito mais tradicional que qualquer paradigma de moralidade sexual, ou então a perpétua continuidade da submissão feminina, também existente, como já visto, desde períodos imemoriais.

A sociedade evolui e, com ela, nossas concepções acerca da moralidade sexual, que deve ser continuamente aperfeiçoada para refletir nosso desenvolvimento não só no tocante à ética, mas a todos os campos do conhecimento.

Não faz sentido, portanto, defender a existência de um padrão de moralidade sexual fixo e imutável, especialmente se o mesmo foi criado em períodos históricos nos quais as condições da vida humana eram totalmente diversas das que existem hodiernamente. Ao contrário, diante de uma realidade que muda rapidamente, e do crescente conhecimento que adquirimos no tocante à compreensão do sexo, é imperiosa a necessidade de revermos continuamente a moralidade sexual existente e, por evidente, atualizar o ordenamento jurídico de forma a refletir estes avanços, por meio da adoção da moralidade crítica proposta por HART, essencial para que abandonemos concepções que se tornaram ultrapassadas.

Claro que isso não quer dizer que não possamos aprender com a história, com os costumes e com a tradição. Muito pelo contrário. O conhecimento humano se acumula através

do tempo e nada impede que as razões primeiras que levaram à adoção de um determinado comportamento possam servir para justificá-lo ainda nos dias de hoje. Assim, a razão que levou o estupro a ser penalizado (i.e. o desrespeito à liberdade sexual de outras pessoas), continua a ser tão válida hoje como o era há vários séculos. Já as razões que levaram, no passado, à criminalização da “fornicação” (i.e. tentativa de restrição da atividade sexual somente às pessoas casadas, em cumprimento a preceitos religiosos) não mais se sustentam.

Portanto, jamais poderá ser a tradição considerada, isoladamente, fundamento suficiente para a defesa de qualquer aspecto da moralidade sexual, sem a análise crítica das razões últimas que influenciaram seu surgimento.

Outro argumento regularmente invocado pelos Tradicionalistas em oposição aos direitos sexuais é o de que a maioria teria o direito de impor sua visão de moralidade sexual ao restante da população.

Entendemos que este argumento, dito majoritário, também não se sustenta, por vários motivos.

Em primeiro porque, como já nos manifestamos, tal posicionamento implicaria na imposição de um monismo ético em flagrante detrimento dos interesses mais amplos da sociedade, que tem muito mais a ganhar com a coexistência de uma pluralidade de moralidades que permita o desenvolvimento e a aprimoração de seu senso ético.

Ademais, não se pode mais falar em absoluta maioria, quando nos referimos a praticamente qualquer assunto envolvendo a moralidade sexual, posto que o que caracteriza a sociedade atual é a pluralidade de concepções sobre o tema, sendo impossível ignorar as tensões internas e debates que são travados dentro dos diversos movimentos religiosos⁵⁹⁶

Entendemos que todos, religiosos ou não, devam ser sensatos, pois imaginar que retornaremos a uma hegemonia religiosa num mundo globalizado e tecnologicamente

⁵⁹⁶ CORRÊA, Sonia *et al*, *op. cit.*, p. 78

desenvolvido simplesmente não é realista, o que é muito positivo, pois como bem afirmou Voltaire, “se existir apenas uma religião, haverá o perigo do despotismo, se existirem duas, elas vão cortar uma o pescoço da outra, mas se houverem trinta, elas viverão em paz”.⁵⁹⁷

É comum, nos países ocidentais, incluindo o Brasil, que alguns Tradicionalistas invoquem algumas regras morais pertencentes ao Paradigma Judaico-Cristão como representativas da moralidade da maioria. Certamente, em grande parte dos casos, já não o são mais, como por exemplo, no tocante à proibição do sexo antes do casamento, à aceitação do divórcio ou à legitimação dos filhos tidos fora do vínculo matrimonial, como atesta o próprio direito positivo.

Destarte, absolutamente correto HART ao afirmar, já há décadas atrás, que “em nossos próprios dias, a “esmagadora maioria” se dividiu, ou se tornou hesitante, a propósito de muitos temas concernentes à moralidade sexual, vez que os principais catalisadores deixaram a matéria à livre discussão da moral sexual, à luz das descobertas da antropologia e da psicologia”.⁵⁹⁸

Uma terceira linha de raciocínio contrária ao argumento majoritário se baseia no fato de que a opinião da maioria da população não é necessariamente elemento confiável para a validade ética das normas, vez que não necessariamente reflete as opções mais justas e racionais, motivo pelo qual MILL há muito expressou posicionamento que continua atualíssimo: “a opinião da maioria, imposta como lei à minoria, em questões de conduta estritamente individual, tanto pode ser certa como errada. Nesses casos, a opinião pública, na melhor hipótese, significa a opinião de algumas pessoas sobre o que é bom ou mau para outras pessoas”.⁵⁹⁹

Portanto, a validade ética das normas deve ser aquilatada, na lição de HABBERMAS, por meio da exigência de fundamentação de tal forma justificável que “todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu consentimento, na qualidade de participantes de

⁵⁹⁷ Disponível em: <http://www.famous-quotes.com/topic.php?tid=792>. Acesso em 21.10.2011.

⁵⁹⁸ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 87.

⁵⁹⁹ MILL, John Sutart, *op. cit.*, p. 126.

discursos racionais”.⁶⁰⁰ Em outras palavras, as normas legais devem ter como fundamento a lógica e a racionalidade, vez que devemos estar cientes de que a opinião pública é volúvel e, não raro, incoerente, sendo certo que a legislação deve ser baseada na escolha das melhores idéias, e não nas mais populares, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, diante da volatilidade da opinião pública.

Por fim, não procede a alegação de que o argumento majoritário, considerado de maneira simplista, seria o corolário lógico de qualquer sistema democrático. Com efeito, por óbvio que a democracia não resulta de uma simples maioria aritmética, mas é processo complexo que, para se sustentar a longo prazo, necessita se pautar por uma visão conciliadora que respeite os direitos das minorias, permitindo a coexistência pacífica dos diversos grupos sociais, evitando o que se denomina a “ditadura da maioria”, vez que “uma maioria moral não pode impor a sua visão de moralidade a todos sem infringir os direitos legítimos de outros”.⁶⁰¹

A democracia tem como base a coexistência pacífica entre a maioria e as minorias, sendo que a primeira não deve jamais olvidar os anseios das segundas, sob pena de, em um futuro próximo, ver contra si unidas essas para a assunção do poder. Por esse motivo, é necessário um perpétuo diálogo com os grupos minoritários para a obtenção de um equilíbrio, eis que o regime democrático é absolutamente incompatível com a truculência necessária para a manutenção da vontade de grupos dominantes, por meio da intolerância e da força,⁶⁰² razão pela qual “a democracia não se confunde com o simples governo das majorias, pressupondo antes o respeito a uma série de direitos e procedimentos, que atuam para as minorias e asseguram a possibilidade de continuidade da empreitada democrática ao longo do tempo”,⁶⁰³ em especial por fundar-se não apenas na supremacia de um grupo, mas na supremacia daquilo que é justo.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁰¹ ABRAMSON, Paul R. et al, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁰² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 106.

⁶⁰³ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 197.

⁶⁰⁴ RAWLS, John, *op. cit.*, p. 261.

Ademais, é claro o caráter contramajoritário dos direitos humanos fundamentais;⁶⁰⁵ ignorar tal fato equivale a criar situações instáveis e potencialmente conflituosas, razão pela qual qualquer direito das minorias somente poderá ser suprimido se: (i) não se caracterizar como direito humano fundamental e; (ii) for absolutamente impossível qualquer forma de compatibilização entre aquele e os direitos da maioria (situação esta que, como veremos, não ocorre no tocante aos direitos sexuais).

Outra linha de argumentação contrária aos direitos sexuais, e a que tem se mostrado mais vocal e institucionalmente organizada nesse sentido, é aquela fundada em argumentos religiosos.

A liberdade religiosa é inerente a qualquer sociedade democrática, sendo um direito humano fundamental.

No plano internacional, foi ela expressamente reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu Artigo XVIII prevê que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

No Brasil, tal direito está protegido pelo Artigo 5º, VI, da Constituição Federal que determina ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

É igualmente legítimo que alguém que professe determinada fé opte, dentro dos limites legais, em seguir fielmente as regras relativas à moralidade sexual por ela preconizadas.

⁶⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 148.

Os problemas começam a existir quando um grupo intenciona utilizar argumentos religiosos para tentar determinar como outras pessoas devem pautar sua moralidade sexual, especialmente aqueles que não compartilham de sua fé, situação esta que infelizmente tem sido frequente, inclusive, em alguns casos, com participação de agentes públicos, os quais deveriam ter por função exatamente garantir a liberdade religiosa dentro do seio da sociedade.

Entretanto, como demonstraremos a seguir, a utilização de argumentos fundados em crenças religiosas como base para a normatização pública da sexualidade (ou mesmo sua interpretação) não se justifica.

A primeira razão pela qual os argumentos religiosos não se sustentam decorre diretamente da necessidade de respeito ao próprio princípio da liberdade religiosa.

Por ser a liberdade de crença um direito humano fundamental, é terminantemente proibida a busca da imposição de crenças a outras pessoas, inclusive por meio de tentativas de influenciar, direta ou indiretamente, a atividade estatal (em qualquer dos três poderes).

De fato, como ensina RAWLS, “numa sociedade democrática, a autoridade não-pública como, por exemplo, a autoridade das igrejas sobre seus membros, é livremente aceita. No caso da autoridade eclesiástica, uma vez que a apostasia e a heresia deixaram de ser delitos legais, os que não reconhecem mais a autoridade de uma igreja deixam de ser seus membros sem entrar em conflito com o poder estatal. Nossa adesão a qualquer visão religiosa, filosófica ou moral abrangente também é livremente aceita; politicamente falando, dada a liberdade de consciência e de pensamento, impomos qualquer uma dessas doutrinas a nós mesmos. Com isso, não estou dizendo que faremos isso por um ato de livre escolha independentemente de todas as lealdades e compromissos, vínculos e afinidades prévios. Quero dizer que, na qualidade de cidadãos livres e iguais, afirmamos ou não estas visões, o que é tido como parte de nossa competência política determinada pelos diretos constitucionais e liberdades básicos”.⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 131.

Assim, todas as pessoas têm o direito a seguir qualquer religião, ou mesmo criar uma nova, se por tal optarem. Também têm a liberdade de não seguirem religião alguma, se esta for sua intenção, pois o ateísmo e o agnosticismo também estão protegidos por este direito.

Já afirmava MILL, no Século XIX, que “se os cristãos querem ensinar os descrentes a serem justos como cristianismo, devem ser justos, por sua vez, com a descrença”,⁶⁰⁷ idéia esta que, *mutatis mutandi*, é aplicável a todas as religiões e que, se levada a sério, certamente reduziria diversos dos problemas que enfrentamos ainda hoje.

Outra impossibilidade da utilização de argumentos religiosos como fundamento para a moralidade pública é que o Brasil tem como característica ser um estado laico, sendo que a separação entre Estado e Igreja se deu com a República e, desde então, tem sido renovada em todas as cartas constitucionais.

A Constituição Federal, em seu Artigo 19, I, expressamente veda “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

O princípio da laicidade é conquista histórica que afastou a necessidade de legitimação religiosa para o exercício do poder por meio da adoção, como fonte de tal legitimidade, do respeito a valores éticos comuns a toda sociedade.⁶⁰⁸

No tocante ao princípio da laicidade, esclarecedora a lição de HUACO, ao afirmar que o mesmo:

⁶⁰⁷ MILL, John Sutart, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁰⁸ HUACO, Maurício. *A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito*. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.), *op. cit.*, p. 43.

“se distingue das liberdades de pensamento, consciência e religião e se situa em um plano superior a elas, incluindo os seguintes elementos: a) a separação orgânica e de funções, assim como a autonomia administrativa recíproca entre os agrupamentos religiosos e os Estados; b) o fundamento secular da legitimidade dos princípios e valores primordiais do Estado e do Governo; c) a inspiração secular das normas legais e políticas públicas estatais; d) a neutralidade, ou a imparcialidade frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas, e religiosas existentes na sociedade (neutralidade que não significa ausência de valores, mas sim imparcialidade perante as diferentes crenças), e e) a omissão do Estado em manifestações de fé ou convicção ideológica junto aos indivíduos”.⁶⁰⁹

Há de se esclarecer, entretanto, que o Estado laico “não deve ser entendido como uma instituição anti-religiosa e anticlerical. Muito pelo contrário! Na realidade, o Estado laico é a primeira organização política que garantiu as liberdades religiosas, sendo importante lembrar que a liberdade de crenças, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico e não como oposição a ele”.⁶¹⁰

Assim, dentro do contexto de uma sociedade plural e diversa, tão somente os princípios da laicidade e da liberdade religiosa, conjuntamente considerados, são aqueles que permitirão, a longo prazo, a existência e a convivência pacífica de todas as religiões, razão pela qual entendemos que sua defesa é de particular interesse àqueles movimentos religiosos sérios, que se preocupam com sua perpetuação.⁶¹¹

Destarte, para todos, religiosos ou não, fica evidente a superioridade da laicidade como princípio de convivência dentro do qual o gozo dos direitos humanos fundamentais pode alcançar maior extensão e profundidade, justamente por permitir a coexistência de diferentes formas de ver o mundo,⁶¹² razão pela qual CLITEUR afirma que apenas uma ética laica

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 42.

⁶¹⁰ BLANCARTE, Roberto. *O porquê de um Estado laico*. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.), op. cit., p. 29.

⁶¹¹ Curiosamente a própria Bíblia traz uma passagem por meio da qual se pode inferir a idéia da separação entre o poder estatal e o poder religioso, por meio da afirmação, feita por Jesus Cristo ao afirmar “Dai pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”. *Bíblia Sagrada*, Mateus, 22:21.

⁶¹² HUACO, Maurício, *op. cit.*, p. 45.

permite a longo prazo a convivência pacífica entre pessoas de distintas tradições religiosas em uma sociedade multicultural.⁶¹³

A tentativa de imposição de visões religiosas a parcelas da sociedade que não compartilham delas, além de ato antidemocrático e anticonstitucional, politicamente não se apresenta como uma atitude sábia, pois a própria existência das religiões está fundada no pluralismo de idéias.

Como se isso não bastasse, ela tem viés claramente autoritário, vez que “não existe maneira politicamente praticável de eliminar essa diversidade, exceto pelo uso opressivo do poder estatal para impor uma determinada doutrina abrangente e silenciar toda dissensão”.⁶¹⁴

É preciso esclarecer que a defesa de um posicionamento de monismo moral, infelizmente adotado por alguns líderes religiosos, ao contrário de fortalecer a liberdade religiosa, coloca em risco sua própria existência, como comprova a experiência comunista, que igualmente baseada em uma concepção de monismo ético de cunho autoritário chegou mesmo a suprimí-la, por completo, na maior parte dos países em que se verificou.

Em outras palavras, é importante deixar claro que, quando líderes de uma determinada visão religiosa tentam influenciar a atividade estatal, estão adotando um posicionamento que, além de inconstitucional, é arriscado, vez que tal visão antidemocrática parte do princípio que a supressão de idéias divergentes por meio da atuação estatal seria justificada, o que se caracteriza como uma faca de dois gumes, já que evidentemente poderá também ser utilizada contra eles, com base na mesma concepção autoritária.

Com efeito, a imposição de argumentos religiosos, até mesmo pela força, tem uma triste história, razão pela qual Mark Twain sagazmente afirmou que “O homem é um animal religioso. Aliás, ele é o único animal religioso. E é o único animal que tem uma religião

⁶¹³ CLITEUR, Paul. *Esperanto Moral*. Barcelona: Del Lince, 2009, p. 138.

⁶¹⁴ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 118.

verdadeira – várias delas. É o único animal que ama o próximo como a si mesmo e lhe corta a garganta se a sua teologia não for a correta”.⁶¹⁵

A fé, por sua própria natureza, tem um caráter subjetivo e, portanto, não pode ser imposta a quem quer que seja, razão pela qual uma das mais espirituosas argumentações em defesa da liberdade religiosa que já vimos é objeto de um adesivo para automóveis, popular nos Estados Unidos, com os seguintes dizeres: *“Religion is like a penis. It is fine to have one. It is fine to be proud of it. But please don’t whip it out in public and start waving it around, and please, don’t try to shove it down my children’s throats”*.

Evidentemente que não cabe ao Estado determinar qual o sistema de crenças é verdadeiro ou mais conveniente para a sociedade,⁶¹⁶ motivo pelo qual o princípio de laicidade “(...) informa o conjunto do ordenamento jurídico e as políticas públicas em geral. Por exemplo, o princípio de laicidade se manifesta ao se desenvolverem matérias de direito de família e de direito civil, como o princípio do matrimônio, o status jurídico das sociedades de convivência, os direitos hereditários e sociais dos casais homossexuais, o direito à identidade sexual do indivíduo, o divórcio, etc., as quais precisam basear-se em valores e princípios o mais desprovidos possível de condicionamentos religiosos (laico) uma vez que a norma jurídica está destinada a regular situações cujos sujeitos são diversificados quanto a crenças e convicções, e tem vocação de aplicação geral, dado que a norma faz abstração de crenças pessoais ao regular, modificar ou criar determinados reconhecimentos jurídicos”.⁶¹⁷

Com efeito, as opções legislativas devem ser feitas com base em princípios obtidos através da ponderação e da experiência concreta e que possam ser o ponto de encontro para os cidadãos de diversas crenças e também para aqueles que não crêem,⁶¹⁸ mesmo porque o Estado moderno tem a obrigação de preservar a liberdade de consciência frente a qualquer ameaça que atente contra sua liberdade, o que pressupõe a criação de normas morais e de

⁶¹⁵ Disponível <http://www.twainquotes.com/Religion.html>. Acesso em 10.10.2010.

⁶¹⁶ HUACO, Maurício, *op. cit.*, p. 45.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 44.

condutas aceitáveis por todos, alheias a uma doutrina religiosa específica, portanto seculares e laicas.⁶¹⁹

Caracteriza-se assim, como relevante risco para a democracia moderna, se confundir liderança política com liderança religiosa,⁶²⁰ o que tem sido feito, em maior ou menor grau, por organizações políticas que se socorrem de organizações religiosas ou do discurso religioso para buscar uma base de legitimidade.⁶²¹

Outra questão que impede o reconhecimento dos argumentos religiosos como fonte das normas relativas à moralidade (inclusive nas questões relacionadas com os direitos sexuais) é o fato de que os mesmos são baseados na fé que, por sua própria natureza, tem caráter subjetivo, não compartilhado com aqueles que não dividem as mesmas crenças.

O discurso religioso pode insular suas teorias de qualquer discordância racional, expressando-as de maneira que as mesmas não possam ser falseáveis (e.g. afirmando refletirem elas a “vontade divina”),⁶²² vez que evidentemente o detentor do preconceito não tem interesse em discutir os temas, nem em submetê-los ao crivo da racionalidade e ao debate científico.

Entretanto, tal posicionamento, ao invés de fortalecer tais argumentos, os torna impróprios para o debate racional vez que, como bem sumarizou o célebre escritor inglês Christofer Hitchens, “aquilo que é alegado sem o respaldo de provas, pode ser refutado da mesma forma”.⁶²³

Destarte, qualquer debate público, em particular sobre questões relativas à dignidade humana, necessariamente deve ser baseado em argumentos racionais e seculares, o que significa que qualquer argumento sustentado pela fé precisa, para ser aceito como objeto

⁶¹⁹ BLANCARTE, Roberto, *op. cit.*, p. 26.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 28.

⁶²² POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 221

⁶²³ “*What can be asserted without proof can be dismissed without proof*”. Disponível em http://en.wikiquote.org/wiki/Christopher_Hitchens. Acesso em 201.102.2011;

de um discurso compreensível para quem dela não compartilha, ser racionalmente convincente e baseado em argumentos falseáveis.

Isso quer dizer, em outras palavras, que existe a necessidade da comprovação racional da justificativa das normas, permitindo seja aferida sua legitimidade, pois “o Estado moderno tem a obrigação de preservar a liberdade de consciência frente a qualquer ameaça que atente contra sua liberdade, o que pressupõe a criação de normas morais e de condutas aceitáveis a todos, alheias a uma doutrina religiosa específica, portanto seculares e laicas”,⁶²⁴ motivo pelo qual exorta DALLARI a necessidade da “crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”, inerente ao constitucionalismo.⁶²⁵

Em verdade, “o grande mérito da filosofia, no Ocidente, foi o de ter feito da verdade e da razão instrumentos de emancipação do pensamento”,⁶²⁶ essenciais como ferramentas justificadoras diante da complexidade do mundo atual, pois como bem salienta HARRIS, “neste século XXI apenas a compreensão racional do bem estar humano permitirá que bilhões coexistam pacificamente, convergindo para os mesmos objetivos sociais, políticos, econômicos e ambientais”.⁶²⁷

Evidentemente que, refletindo sua falta de argumentação racional, via de regra os fundamentalistas não têm interesse em discutir os tema, nem submetê-los à razão ou argumentos contrários, porque, no mais das vezes, caso ceda a argumentos racionais, lógicos, evidente e plausíveis, corre “o risco de perder seus status social e decair de sua condição de chefe, de presidente, de dirigente, seja que denominação tenha”.⁶²⁸

Assim, inaceitáveis em um diálogo racional as opiniões de caráter metafísico (i.e. proposições sobre verdades primeiras, logo não demonstráveis, apenas opináveis) ou religiosas (i.e., de caráter absoluto, vez que derivadas de revelação, logo também não demonstráveis),⁶²⁹

⁶²⁴ BLANCARTE, Roberto, *op. cit.*, p. 26.

⁶²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 199.

⁶²⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 407.

⁶²⁷ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 07.

⁶²⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 234.

⁶²⁹ LOPES, José Reinal de Lima, *op. cit.*, p. 62.

vez que, numa democracia que respeita a pluralidade, a legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas porque estas não são compartilhadas por todos e não podem ser impostas.

Por tal razão dependem as normas jurídicas da existência de razões públicas que as justifiquem e que possam ser racionalmente compreendidas e aceitas por todos os seus destinatários, motivo pelo qual HABBERMAS afirma que “a positividade do direito pós-metafísico também significa que as ordens jurídicas só se podem ser construídas e desenvolvidas à luz de princípios justificados racionalmente, portanto universalistas”.⁶³⁰

Já afirmou PERELMAN que “admitir como fundamento da justiça as revelações proféticas é reconhecer a incapacidade de nossas faculdades racionais” e,⁶³¹ embora alguns concordem em fazer isso, não é legítimo impor este posicionamento a todos. Algumas pessoas podem ter a inspiração para seus juízos morais no horóscopo, em fenômenos naturais como o clima, ou inúmeras outras coisas. Mas isso não significa que possam justificar seus atos ante os demais de uma forma convincente apelando para a astrologia ou para o sol.⁶³² Assim, somos forçados a concordar com BUGLIONE ao afirmar que “as definições e informações trazidas pela ciência são um dos melhores exemplos de significação compartilhada no âmbito da razão pública”.⁶³³

No mesmo sentido, nos socorremos novamente das conclusões de PERELMAN, ao apontar a proposta de ética deontológica de Kant como um salto evolutivo, que abre espaço para o aperfeiçoamento moral, pela substituição da religião pela consciência, nos seguintes termos:

“A vantagem dessa passagem do transcendente para o imanente, das prescrições religiosas para o imperativo da razão prática, resulta da autonomia moral assim

⁶³⁰ HABBERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 101.

⁶³¹ PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 83.

⁶³² CLITEUR, Paul., *op. cit.*, p. 73.

⁶³³ BUGLIONE, Samatha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica, um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 105.

realizada. Com efeito, enquanto as nossas concepções do justo dependiam de nossa fé religiosa, revelada pelos profetas que falam em nome do Absoluto, bastava abalar-nos a fé para retirar todo fundamento da moralidade: se Deus não existe, tudo fica permitido. Mas não se dá o mesmo se a nossa consciência que constitui o critério capital na questão (...) mas ela não se identifica com um modelo imutável do qual se poderia desde agora codificar *ne varietur* todos os ensinamentos. Importa reconhecer à consciência do justo uma possibilidade indefinida de aperfeiçoamento moral”.⁶³⁴

Ademais, diante de várias religiões, muitas das quais com doutrinas incompatíveis entre si, é uma impossibilidade lógica imaginar que todas estejam igualmente corretas,⁶³⁵ razão pela qual a coexistência pacífica entre elas se tornaria impossível se cada grupo religioso tentasse impor suas visões ao restante da sociedade.

Destarte, plenamente justificável a limitação dos direitos religiosos por regras que permitam a coexistência pacífica dentro do grupo social, mormente porque, como todos os outros direitos humanos fundamentais, estes também não gozam de caráter absoluto ou irrestrito.

Consideremos, por exemplo, a questão da utilização dos métodos de controle de natalidade, em relação aos quais a grande maioria das religiões impõe algum tipo de restrição.⁶³⁶ Está se tornando progressivamente impossível a adoção de tal postura, vez que em 2011 a humanidade atingiu o marco de 7 bilhões de habitantes, o que traz evidentes perigos à nossa sobrevivência coletiva, diante de uma pressão insustentável sobre o planeta e seus recursos.

Outro argumento contrário à utilização de princípios religiosos é que, por não serem não falseáveis, podem ser utilizados, através de uma interpretação deturpada, para defender posições absolutamente indefensáveis. A história demonstra que sua “interpretação

⁶³⁴ PERELMAN, Chaïm., *op. cit.*, p. 81.

⁶³⁵ HARRIS, Sam, *op. cit.*, p. 78.

⁶³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Justiça e Laicidade*. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.), *op. cit.*, p. 140.

pode atender aos interesses mais variados, serve de dócil instrumento em mãos daquele que busca dominar os outros. (...) a interpretação de trechos que qualquer livro, tido ou não por sagrado, atenda aos interesses daqueles que buscam afastar outros do convívio social. Atende a algum interesse, declarado ou oculto, mas sempre constituí em razão conveniente para quem manipula determinados conceitos”.⁶³⁷

Assim, as pessoas que apoiavam a segregação racial não o faziam procurando justificar suas preferências racionalmente, assim como fariam se estivessem discutindo se deveriam destinar verbas públicas para construir um estádio ou um teatro. Eles pensavam que a segregação era vontade de Deus, ou que todo mundo tinha o direito de viver com as pessoas que quisessem.⁶³⁸

Para exemplificar exatamente sobre o que estamos falando, iremos transcrever abaixo as palavras textuais do pastor norte-americano Thornton Stringfellow, que em 1856 publicou uma obra intitulada *Visões Bíblicas e Estatísticas em Favor da Escravidão*, na qual tecia os seguintes comentários:⁶³⁹

“Espera-se que, numa questão de vital importância como esta, é para a paz e a segurança do nosso país, bem como para o bem estar da Igreja que devemos ser fiéis às inspiradas páginas da Bíblia quando decidimos sobre esta questão. Com os homens no norte, observei por diversos anos a sua palpável ignorância da vontade divina no tocante à instituição da escravidão. Eu vi uns poucos que fizeram da Bíblia objeto de seu estudo e que obtiveram o conhecimento que ela revela sobre este assunto. Suas denúncias da escravidão como um pecado são estridentes e longas.

⁶³⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *op. cit.*, p. 146.

⁶³⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 387.

⁶³⁹ STRINGFELLOW, Thornton. *Scriptural and statistical views in favor of slavery*. Clemmitt: Richmond, 1856, p. 6. Disponível em <http://docsouth.unc.edu/church/string/string.html>. Acesso em 20.12.2011.

Eu proponho, portanto, examinar o volume sagrado brevemente e, se não estiver gravemente equivocado, eu conseguirei provar que a instituição da escravidão recebeu, em primeiro lugar,

- 1º. A sanção do Todo Poderoso na época patriarcal;
- 2º. Foi incorporada na Constituição Nacional que emana de Deus;
- 3º. Teve sua legalidade reconhecida e suas obrigações reguladas por Jesus Cristo em seu reino; e
- 4º. É repleta de misericórdia”.

É fato que também no Brasil a escravidão não foi propriamente condenada pela Igreja, durante muito tempo, vez que a Bíblia não a condena e, ao contrário, determina que “quanto a teu escravo ou a tua escrava que tiveres, serão das nações que estão ao redor de vós; deles comprareis escravos e escravas”.⁶⁴⁰

Isso mostra como o discurso religioso pode ser utilizado para defender instituições terríveis e o preconceito mais abjeto, motivo pelo qual deve ser afastado sempre que for utilizado para diminuir a dignidade de quem quer que seja, principalmente porque não temos como saber quem serão as próximas vítimas.

Neste sentido, quer nos parecer inacreditavelmente estúpido que alguns líderes religiosos afro-descendentes, numa situação que atesta inequivocamente a sua ignorância acerca dos temas (sexo, história e religião!), se utilizem do mesmo discurso usado contra seus antepassados (i.e. interpretação religiosa como fundamento de tratamento discriminatório), num período histórico ainda tão recente, para defender visões preconceituosas sobre algumas minorias sexuais. Observe-se, nesse particular, que os argumentos bíblicos a favor da escravidão, apesar de não mais utilizados, ainda causam efeitos: na época de preparo desta obra, tínhamos apenas um negro como Ministro do Superior Tribunal Federal.

O mesmo argumento pode ser feito no tocante às mulheres que ainda defendem interpretações religiosas discriminatórias e preconceituosas contra outras minorias sexuais,

⁶⁴⁰ *Bíblia Sagrada*, Levítico, 25:44.

ignorando que, por séculos, os mesmos argumentos religiosos foram utilizados contra o gênero a que pertencem, forçando sua submissão aos homens, que ainda encontra reflexo na realidade hodierna.

Outra questão que se levanta contra alguns discursos religiosos tem sido sua falta de coerência. Com efeito, está ocorrendo um uso seletivo do discurso religioso, de forma absolutamente irracional, o que evidentemente enfraquece sua legitimidade para aqueles que se dão ao trabalho de analisá-lo, mesmo que superficialmente.

Como se isso não bastasse, algumas religiões têm escolhido algumas passagens bíblicas que ainda encontram eco na visão preconceituosa de parcela da população para defender suas visões de mundo, ignorando outras que já não são aceitas, que simplesmente passam a ficar “esquecidas”, denotando uma indisfarçável seletividade que não é logicamente sustentável.

Assim, aqueles que comem camarão ou lagosta cometem um ato abominável, conforme os ensinamentos bíblicos, já que “todo o que não tem barbatanas, nem escamas, nos mares e nos rios, todo o réptil das águas, e todo o ser vivente que há nas águas, estes serão para vós abominação”.⁶⁴¹ Perceba-se que os atos homossexuais - muito embora existam, como veremos, interpretações divergentes sobre o significado desta afirmação - também são descritos como uma abominação.⁶⁴² Dentre dois pecados de igual gravidade (e sendo o camarão e a lagosta iguarias tão apreciadas), é interessante notar que nenhum religioso gasta tempo e recursos condenando a prática de comer tais animais. O mesmo poderia ser dito com relação ao uso de anticoncepcionais.

Fica evidente, portanto, que é exatamente por saberem que não encontrarão apoio relativamente a alguns mandamentos bíblicos que tais indivíduos escolhem especificamente, dentre as instruções bíblicas, aquelas que inflam os preconceitos mais primitivos das pessoas, numa argumentação seletiva que beira o desonesto.

⁶⁴¹ *Bíblia Sagrada*, Levítico, 11:10.

⁶⁴² *Bíblia Sagrada*, Levítico, 18:22.

Ademais, há de se considerar que a latitude interpretativa a que se prestam os escritos religiosos permite conclusões tão diversas que a religião tem sido usada tanto para defender como para atacar os direitos sexuais, existindo mesmo uma série de organizações religiosas formadas especificamente para atender à demanda das minorias sexuais, como a Igreja da Comunidade Metropolitana, comunidade religiosa mundial, receptiva às minorias sexuais, que no Brasil tem igrejas em várias das principais capitais do país, dentre as quais São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte etc.⁶⁴³

Com efeito, mesmo dentro de uma determinada religião existem dissidências, sendo que o discurso religioso não é uniforme ou coeso.

Mesmo dentre as pessoas que afirmam seguir determinada religião, a observância de suas regras de moralidade sexual é frequentemente mitigada e/ou substituída por comportamentos, denotando um evidente descompasso entre a doutrina oficial e a prática efetiva por parte da população. Tomando-se como exemplo o caso brasileiro, dados recentes apontam que 96% dos católicos afirmam que se pode utilizar preservativos nas relações sexuais e continuar sendo um bom católico, tornando-se bastante questionável a efetiva existência de um sistema moral unificado.⁶⁴⁴

Tais fatos denotam, de forma insofismável, que a falta de coerência de muitos dos que adotam fundamentos religiosos não tem sido apenas teórica, ensejando graves efeitos práticos. Neste particular, os escândalos sexuais envolvendo religiosos, ou ícones civis do conservadorismo religioso, contribuíram sobremaneira para solapar a autoridade moral desse discurso ao redor do mundo.

Simplemente, devido à Internet e a ubiquidade das informações geradas pelo desenvolvimento tecnológico, não mais é possível a algumas instituições religiosas contar com

⁶⁴³ IGREJAS DA COMUNIDADE METROPOLITANA. Disponível em: <http://www.icmbrasil.com/novoportal/index.php/quemsomos.html>. Acesso em 201.10.2010.

⁶⁴⁴ LOREA, Roberto Arriada; KNAUTH, Daniela Riva. *Cidadania Sexual e Laicidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 34.

a condescendência dos seus adeptos (ou da população em geral) em face de comportamentos cabalmente hipócritas, quando não criminosos.

Os casos de pedofilia envolvendo membros do clero católico são apenas os mais visíveis, no contexto de inúmeros escândalos que hoje fazem parte do conhecimento público e povoam o noticiário, assim como o imaginário popular.

Para que se tenha uma idéia da dimensão política e econômica daquilo a que nos referimos, a Arquidiocese de Los Angeles, individualmente, foi obrigada a pagar às vítimas de pedofilia o montante de 660 milhões de dólares, e outras arquidioceses norte-americanas chegaram a pedir falência, como as de Wilmington e Tucson, dentre outras.⁶⁴⁵

E o escândalo espalhou-se mundo afora, ganhando um perfil institucional diante da tépida resposta das autoridades eclesiásticas. Nem mesmo o então Monsenhor de Arapiraca, em Alagoas, escapou das acusações, tendo sido recentemente condenado, em primeiro grau de jurisdição. Sim, trata-se do mesmo religioso o qual os coroinhas, durante a cobertura do escândalo, transmitida em cadeia nacional pelos noticiários televisivos, chamavam carinhosamente de “Mamãe Ursa”. Seria cômico, não fosse tão trágico.⁶⁴⁶

Por sua vez, o comportamento individual de muitos líderes religiosos também não tem sido exatamente exemplar. Um dos mais eminentes deles, o pastor evangélico Ted Haggard, líder da Associação Nacional dos Evangélicos dos Estados Unidos (i.e., o evangélico mais influente dos Estados Unidos à época dos fatos), foi obrigado a renunciar à sua posição, depois que o garoto de programa Mike Jones revelou à imprensa o relacionamento existente entre ambos, com direito a muito sexo e drogas (metanfetamina).⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ ASSOCIATED PRESS. *LA archdiocese sells \$31-M property for sex abuse settlement*. 23.01.2008. Disponível em: <http://www.gmanetwork.com/news/story/77749/lifestyle/la-archdiocese-sells-31-m-property-for-sex-abuse-settlement>. Acesso em 20.11.2011.

⁶⁴⁶ TUDONAHORA. *Padres de Arapiraca são condenados à prisão por pedofilia*. 19.12.2011. Disponível em <http://tudonahora.uol.com.br/noticia/policia/2011/12/19/166757/padres-de-arapiraca-sao-condenados-a-prisao-por-pedofilia>. Acesso em 20.12.2011.

⁶⁴⁷ ABC NEWS. *Haggard Admits Buying Meth*. <http://abcnews.go.com/GMA/story?id=2626067>. Acesso em 20.10.20010.

Da mesma forma, os líderes políticos que sustentam posições conservadoras de cunho religioso têm pago um alto preço, vez que a vida atual torna a privacidade algo mais difícil de proteger, tornando impossível uma vida dupla, hipocrisia que, no mais das vezes tem custado a carreira de vários políticos, dentre os quais o arquiconservador senador norte-americano Larry Craig, ícone do movimento conservador, que não se recandidatou ao cargo após ter sido flagrado solicitando sexo oral, a um policial a paisana, no aeroporto de Minneapolis, ou então o pré-candidato do partido republicano à presidência Herman Cain, que muito embora defensor intransigente da moral sexual cristã, se viu obrigado a deixar o pleito em meio a inúmeras denúncias de assédio sexual.

E os escândalos não se limitam a um determinado país.

Iris Robinson, primeira-dama da Irlanda do Norte, condenava fervorosamente todas as espécies de “pecado” em seus inflamados discursos públicos pela moralidade, ao mesmo tempo em que mantinha um *affair* com o adolescente Kirk McCambley, “apenas” trinta anos mais novo do que ela, o que foi revelado em grande estilo pela BBC, para todo o mundo.

Contudo, a maior incongruência existente nos discursos tradicionalistas, diretamente ligada à argumentação religiosa, é o fato de que, de forma totalmente ilógica, os movimentos denominados conservadores do ponto de vista econômico, incluindo aqueles defensores do neoliberalismo econômico, caracterizado pela internacionalização do comércio, da indústria e das finanças e a desregulamentação da economia, têm se unido politicamente a movimentos religiosos contrários aos direitos sexuais, tentando vincular essas duas correntes.

É possível que a situação do mundo atual, com sua excessiva complexidade e constantes mudanças tenha gerado em alguns a necessidade de retorno das tendências religiosas, refletindo a necessidade das pessoas comuns de encontrarem formas simples de dar sentido e direção à existência humana.⁶⁴⁸ É possível, por outro lado, que o aumento do número dos medos sociais, decorrentes do aumento dos riscos gerados por uma sensação de

⁶⁴⁸ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 73

insegurança e perda de referencial na sociedade moderna,⁶⁴⁹ tenha criado uma tendência nostálgica em face de um mundo que parecia ser mais simples e mais seguro.

Contudo, de forma hipócrita, alguns movimentos políticos têm sido rápidos em explorar tais tendências, espertamente tentando se esconder atrás de máscara de valores morais tradicionais para imprimir seus interesses e políticas que muitas vezes são extremamente deletérias a sociedade,⁶⁵⁰ especialmente quando tais apelos à religião e à tradição cultural ensejam muitas das piores formas de subordinação e barbarismo institucionalizados.⁶⁵¹

Ocorre que as tentativas de união dos discursos do neoliberalismo econômico e da moralidade sexual tradicional não têm a menor lógica, como veremos, razão pela qual têm encontrado sucesso cada vez mais limitado. Os motivos para tanto são óbvios. Como já vimos ao analisar a história entre o sexo e o direito, foram exatamente as condições surgidas com o capitalismo aquelas que deram ensejo às condições que permitiram o surgimento dos direitos sexuais. Por sua vez, a ideologia religiosa adotada por eles, de matriz cristã, espelha, se interpretada de forma conservadora, os valores existentes na sociedade fundamentalmente agrária, enormemente diversos da realidade atual.

Como se isso não bastasse, os cânones econômicos do neoliberalismo, como já visto, são exatamente aqueles que intensificaram muitas das condições necessárias para o exercício dos direitos sexuais no mundo atual.

Portanto, há uma inerente contradição lógica nos movimentos conservadores que procuram unir os valores do neocapitalismo e do moralismo sexual cristão, pois ambos, como demonstra a evolução histórica do sexo, são mutuamente excludentes, vez que, quanto mais o capitalismo se desenvolve, mais se solidificam as condições sociais que propiciam a emergência dos direitos sexuais, que são subproduto daquele sistema.

⁶⁴⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro et al, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵⁰ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 164.

Em outras palavras, é incoerente a defesa da total autonomia na esfera econômica e ao mesmo tempo da anulação da autonomia moral na esfera do comportamento sexual. Ou se é a favor da autonomia como valor (defendendo-a em todos os aspectos da vida), ou se é contra ela. Tentar garanti-la em determinados aspectos da vida e não em outros, não faz sentido, e quer nos parecer que muitos dos que defendem tal posicionamento parecem não estar plenamente cientes dessa incongruência.

Nada poderia representar mais figurativamente tais fatos do que a filha de Sarah Palin, governadora do Alaska - que defendia, em uma só toada, a abstinência sexual até o casamento e o neoliberalismo – que compareceu, grávida, solteira, aos 17 anos, na convenção republicana que aclamou sua mãe como companheira de chapa de John McCain pela disputa da presidência norte-americana, provocando risos amarelos em toda a platéia.

Quanto às suas bases jusfilosóficas, as visões teísticas do sexo adotam argumentos de teoria sexual pré-moderna, baseados na idéia do direito natural fundado em crenças religiosas. Entendem, em outras palavras que a verdadeira natureza do sexo reflete aquela exposta em determinada concepção religiosa, que deve ser seguida, em detrimento de qualquer possibilidade de discordância por meio de decisões morais autônomas.

Em linhas gerais, conforme a lição de ESKRIDGE e HUNTER, as teorias da sexualidade com base no direito natural fundado em concepções religiosas propõem que os seres humanos compartilham de determinadas necessidades naturais e universais, concebendo que existem determinados bens que as atendem da melhor forma.⁶⁵²

Sua linha argumentativa pode ser, então, resumida como segue: (i) a ordem natural (natureza humana, de qualquer forma que for conceituada pela religião) é vinculada a determinados bens; (ii) determinada prática sexual é inconsistente com (ou prejudica) tal bem; (iii) em consequência aquela prática é antinatural e, portanto, moralmente reprovável. Num exemplo prático: (i) a vida humana é um valor; (ii) a utilização de contraceptivos nas relações sexuais impede a criação de novas vidas; (iii) consequentemente o uso de contraceptivos é

⁶⁵² ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 411.

moralmente reprovável. Este é, por exemplo, o posicionamento oficial da Igreja Católica, que entende ser o sexo procriativo entre cônjuges a única forma de sexo moralmente aceitável.

Renomados juristas, dentre os quais se destaca JOHN FINNIS, realizaram tentativas de defender uma teoria da sexualidade que seja ao mesmo tempo consistente com os princípios cristãos, mas que se sustente de forma independente, denominada “nova teoria do direito natural”.

Entendem tais filósofos que o sexo apenas é aceitável quando os parceiros estão participando de um bem básico, o casamento, definido como a comunhão formada por um homem e uma mulher que publicamente consentem em dividir suas vidas, num relacionamento orientado a gerar, criar e educar filhos em conjunto.⁶⁵³

Nesse sentido, a lição do próprio FINNIS: “O intercuro genital entre cônjuges permite a eles realizar e experimentar (e nesse sentido expressar) seu casamento como uma realidade única com duas benções (crianças e afeição mútua). O intercuro não marital, especialmente, mas não somente aquele homossexual, não tem esta finalidade e, portanto, é inaceitável. (...) Em suma, atos sexuais não expressam comunhão no seu significado ao menos que eles sejam maritais (realizando a unidade em todos os níveis do casamento) e (considerando que o bem comum do casamento tem dois aspectos) eles não são maritais ao menos que contenham, não apenas a generosidade dos atos de amizade, mas também o significado procriativo (...).⁶⁵⁴

Apesar de sua tentativa de argumentação supostamente racional, o posicionamento de FINNIS não convence, posto que, como bem aponta LEIVAS, o mesmo “carece de verdades empíricas e suas premissas normativas não podem ser impostas a cidadãos que não compartilham de suas concepções metafísicas”.⁶⁵⁵

⁶⁵³ *Ibid*, p. 414.

⁶⁵⁴ FINNIS, John. *Law, Morality and Sexual Orientation*. Notre Dame Law Review nº 1049, 1994, p 1063-1069.

⁶⁵⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *op. cit.*, p. 87.

É interessante observar que as idéias de FINNIS partem do pressuposto que o sexo conjugal é a única forma válida de sexo e que é imoral tratar o prazer sexual como um fim em si⁶⁵⁶, um raciocínio baseado em premissas que são compartilhadas por muitos, mas impossíveis de serem demonstradas ou comprovadas para quem nelas não acredita.

Neste sentido, vale lembrar que KANT já tinha afirmado seu entendimento similar, no sentido de que (i) a masturbação, a sodomia e outras formas de sexo não vaginal seriam imorais, já que os animais nunca praticam tais atos e que a única função do sexo é a procriação e; (ii) o mero uso sexual de uma pessoa é imoral, sendo que a única forma de tornar tal ato eticamente válido seria dar a esta pessoa o mesmo direito sobre o outro, por meio do casamento.⁶⁵⁷ Ocorre que, como depois se verificou cientificamente, os animais fazem sexo não procriativo (tal como masturbação, sodomia, etc.) e, portanto, o raciocínio de KANT partia de uma premissa factual incorreta e é só por isso que ela está em coerência com o resto de sua filosofia ética.⁶⁵⁸ Da mesma forma, não há justificativa lógica em se requerer que a reciprocidade que permita a atividade sexual deva durar a vida toda. Por que não apenas 5 anos?⁶⁵⁹ Ou quem sabe 5 minutos? Se Kant tivesse enfatizando a natureza voluntária do contrato sexual, teria focado no contrato em si e não em seu conteúdo. Esse enfoque é aquele defendido mais modernamente por pensadores mais liberais em raciocínio muito mais lógico: é a existência de um consentimento livre e informado que conta como justificativa moral para o sexo entre duas pessoas, sendo que o conteúdo do contrato (quem vai fazer o que com quem) diz respeito apenas aos contratantes. De acordo com essa ética, o consentimento e a ausência de danos a terceiros são necessários e suficientes para a atividade sexual ser moralmente justificável, assim como ocorre em quaisquer outras atividades humanas.⁶⁶⁰

Por fim, mas não menos importante, cumpre esclarecer que nossa discordância com os argumentos esposados pelos Tradicionalistas, em particular aqueles de caráter religioso, não quer significar, no contexto desta obra, necessariamente, um posicionamento antirreligioso.

⁶⁵⁶ ESKRIDGE JR., William N., *op. cit.*, p. 509.

⁶⁵⁷ SOBLE, Alan, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁵⁸ POSNER, Richard A. *op. cit.*, p. 223

⁶⁵⁹ SOBLE, Alan, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 99.

Nossa intenção, tão somente, foi de alertar contra o uso impróprio da religião, por meio de interpretações que pervertam o seu conteúdo para aviltar a dignidade de quem quer que seja, pois, dentro da própria tradição cristã, a Bíblia é clara ao determinar que não se deve seguir a multidão para fazer o mal, nem inclinar-se para a maioria, para torcer o direito.⁶⁶¹

Jesus Cristo nunca se pronunciou explicitamente sobre as minorias sexuais. Ao contrário, pregou o amor e o respeito recíproco entre as pessoas, idéia esta que, mais de dois mil anos após seu nascimento, continua igualmente atual, revolucionária e lamentavelmente pouco praticada. É estarrecedor que, diante de uma mensagem tão clara, tenham existido igrejas institucionalizadas que falharam de forma tão grave, em inúmeras ocasiões históricas, em aplicar este princípio. O posicionamento contra as minorias sexuais é apenas o mais recente destes equívocos, que necessariamente precisa ser corrigido, para o bem de todos, religiosos ou não.

Nascidos em um país com forte tradição católica, não ignoramos, e nem olvidamos, que os próprios cristãos foram agredidos e perseguidos em Roma, quando da emergência do catolicismo, o que torna injustificável e amargo assistir que séculos depois, venham a fazer algo similar com aqueles que deles discordam.

Talvez estejamos sendo por demais otimistas, mas nunca é demais expressar nosso sincero desejo no sentido de que as religiões superem essas questões e que realmente venham a ser, cada vez mais, um fator de convergência entre os homens, estimulando não a divisão ou a desconfiança, mas sim o respeito mútuo entre as pessoas.

Na lição de ROOST, “a religião deve aumentar a capacidade da humanidade de amar, de viver em uma sociedade harmoniosa e mais unida, de forma que as diferenças e os estranhamentos sejam reduzidos, defender o princípio da justiça, libertar dos preconceitos

⁶⁶¹ *Bíblia Sagrada*, Êxodo, 23:2.

religiosos, patrióticos, nacionalistas de intolerância ideológica, do fanatismo, controlar o egoísmo, a matança, a crueldade e o engodo, libertar-se da guerra e da opressão”.⁶⁶²

Certamente o respeito aos direitos sexuais de todos, **sem exceção**, passa por este caminho.

Um último argumento utilizado face aos direitos sexuais e que, muito embora possa ser encontrado localmente, via de regra, assume proporções maiores dentro do contexto internacional é aquele da defesa do relativismo cultural.

Alegam os defensores do relativismo cultural, especificamente no tocante aos direitos sexuais, que estes devem respeitar necessariamente as tradições culturais existentes nas culturas nas quais estão inseridos, por entenderem que todas as culturas são moralmente equivalentes e merecem igual respeito e que os direitos humanos fundamentais refletem uma visão excessivamente ocidentalizada de mundo, representando uma imposição de valores por elas não compartilhados.

Entendemos, entretanto, que tal discurso carece de fundamento.

Realmente, a história da evolução humana, com povos espalhados por diversos continentes, criou tradições culturais diversas e muitas vezes antagônicas. Com efeito, durante milênios, devido à ausência de condições tecnológicas que permitissem um maior intercâmbio cultural, diversas civilizações se desenvolveram com limitado contato umas com as outras, estado de coisas que mudou radicalmente com o início das grandes explorações marítimas, feitas pelos europeus a partir do Século XV, e que culmina, atualmente, com a rápida aceleração do processo de globalização.

Contudo, os direitos humanos fundamentais, como parte da realidade cultural humana, já foram criados (fazemos referência ao sistema de proteção instituído pela ONU)

⁶⁶² ROOST, H. T. D.; *op. cit.*, p. 108.

dentro de um estágio relativamente avançado do processo de globalização, e não refletem, em nosso entender, uma visão exclusivamente ocidental do mundo.

Primeiro, há de se considerar que sua criação contou com a participação de pessoas vindas de tradições culturais diversas, que aderiram a esse consenso sobre direitos humanos sem grandes dificuldades, o que denota seu claro apelo a um enorme número de culturas. Buda, Zoroastro e Confúcio há muito se manifestaram sobre temas que coincidem com as exigências inerentes à dignidade humana: como tolerância, respeito, honestidade, generosidade e conduta reta dos indivíduos, sejam governantes ou governados,⁶⁶³ de forma que é possível encontrarmos referências a princípios similares em outras tradições culturais.⁶⁶⁴

Um segundo argumento é que as opções axiológicas contidas nas regras de direitos humanos têm como base opções éticas racionalmente justificáveis e de validade universal.

Com efeito, como já dito, a universalidade dos direitos humanos foi reafirmada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, em 1993, que em sua declaração e programa de ação (Art. 5º) proclamou que “todos os direitos humanos são universais, indisíveis, interdependentes e interrelacionados”. Por sua vez, quanto às peculiaridades de cada cultura, o mesmo artigo determina que, embora as particularidades históricas, culturais e religiosas devam ser levadas em consideração, os Estados têm o dever de promover e de proteger os direitos humanos, independentemente de seus respectivos sistemas políticos, econômicos e culturais.

Há de se entender, igualmente, que os direitos humanos fundamentais devem ser compreendidos como uma realidade dinâmica, na qual a influência de todas as culturas pode ser sentida tanto por meio da interpretação evolutiva daquelas regras como por meio da adoção de novos tratados que eventualmente venham a reconhecer direitos não abrangidos pelos instrumentos já existentes. Em verdade, conforme a lição de RAMOS, a proteção dos direitos

⁶⁶³ D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos: do princípio da liberdade à cidadania. In: LEAO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, 119.

⁶⁶⁴ CLAMHAM, Andrew. *Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 05.

humanos, quer nas primeiras revoluções liberais, quer nos dias atuais, continua sendo uma conquista, não pertencendo a determinada tradição cultural, mas sim objeto de permanente disputa.⁶⁶⁵

O processo de evolução cultural não se dá de forma uniforme e homogênea em todos os países ou regiões do mundo, de maneira que um país pode ter avançado em algumas questões relativas aos direitos humanos e estar atrasado em outras. Os exemplos são inúmeros e causam espécie. Por exemplo, o direito das mulheres ao voto, no Brasil, foi garantido em 1932, enquanto na Suíça, apenas em 1971! Atualmente, a Itália não reconhece o casamento homoafetivo que, no entanto, desde 2002 é reconhecido na África do Sul. Os Estados Unidos, por sua vez, apesar de evoluídos em inúmeros aspectos, até a década de sessenta ainda tinham em vigor legislação discriminatória contra os negros, e mesmo atualmente o direito universal à saúde ainda é tema de acalorados debates.

No mundo atual, a influência recíproca entre as culturas tem efeitos imediatos, sendo que as melhores idéias podem ser facilmente difundidas, criando um mercado global de idéias e práticas, de forma que as experiências sociais que melhor protejam determinado direito humano fundamental tendem a se tornar paradigmas de excelência.

Assim, por exemplo, a situação da igualdade entre os sexos pode ter como paradigma a Islândia e, no tocante à proteção do direito à saúde, a Suécia.

Devemos entender os direitos humanos não como um estágio final, mas sim um consenso mínimo inicial que servirá para a maximização dos direitos, alavancados por um consenso dinâmico e transcultural. Nesse sentido, nosso entendimento coincide com o de FLORES, para quem “é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos (...). O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de

⁶⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 193.

confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo. (...). Falamos de entrecruzamento e não uma mera superposição de propostas”.⁶⁶⁶

No atual contexto global, no qual a interpenetração entre as culturas é enorme, não podemos falar mais em desenvolvimento cultural independente e o universalismo deve ser considerado como um elemento enriquecedor do multiculturalismo e da diversidade cultural.

Ademais, como já dito, embora existam diferenças culturais, e sejamos do entendimento que elas devam ser reconhecidas e respeitadas, entendemos que as mesmas encontram nos direitos humanos fundamentais seu limite, razão pela qual é inaceitável que, com base em tradições culturais, se objetive obstar o gozo de qualquer deles.

Primeiro porque, como já dito, a cultura não é algo imutável e, ao contrário, absorve influências diversas e evolui, de forma que se determinados hábitos culturais privam determinados indivíduos ou grupos de direitos humanos fundamentais, é esta cultura que precisa mudar, vez que está causando danos e sofrimentos injustificáveis.

O que se observa atualmente nas grandes discussões internacionais, contudo, é que o discurso a favor dos direitos humanos fundamentais tem sido constantemente desvirtuado e utilizado com indisfarçável viés político. Isso não é novidade, pois desde os tempos da guerra fria, russos e americanos se acusavam reciprocamente de não respeitarem os direitos humanos (e, em verdade, os dois estavam certos). De fato, diante da evolução pouco homogênea dos direitos humanos, uma série de direitos sociais que existiam na antiga União Soviética não eram observados nos Estados Unidos (entre eles a igualdade perante a lei no tocante aos negros ou outras minorias) e vice versa (na antiga União Soviética não havia liberdade política, econômica ou de expressão similar àquela já existente nos Estados Unidos na mesma época).

⁶⁶⁶ FLORES. Joaquim Herera. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência, p. 07. *Apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

Ocorre que os dois países apenas denunciavam o desrespeito, um pelo outro, de determinados direitos, escolhidos a dedo, de forma a dissipar a atenção no tocante as suas próprias violações. A adoção deste discurso, que tem sido extremamente nefasto para a efetivação dos direitos humanos, é a responsável, ainda nos dias atuais, pela extrema visibilidade de alguns direitos e pela opacidade de outros. Infelizmente, a invocação dos direitos humanos sempre foi, e continua sendo, usada como um subterfúgio para a defesa de interesses da *realpolitik*.⁶⁶⁷

Podemos também observar com frequência a utilização do discurso multicultural para desviar a atenção de graves violações dos direitos humanos. Com efeito, diversos países usam a carta do multiculturalismo para despudoradamente tentarem legitimar, perante a comunidade internacional, estruturas internas de poder que são flagrantemente contrárias aos direitos humanos fundamentais.

E o pior de tudo é que, por razões derivadas de necessidades políticas ou econômicas, a sociedade internacional pouco faz para combatê-las. Um exemplo emblemático é aquele dos Estados Unidos, tão fervoroso defensor da liberdade de imprensa na China, que se mantém silente no tocante à falta de democracia, ou à inaceitável condição das mulheres, em diversos países islâmicos e seus aliados.

Com efeito, se observarmos com atenção a imprensa internacional, veremos que sempre que um país usa a carta do multiculturalismo nas discussões internacionais, invariavelmente o faz para evitar o cumprimento de algum direito que inevitavelmente coloca em risco uma situação de dominação econômica, política ou social que se pretende preservar, ainda que totalmente injusta.

É interessante notar, quanto a essa questão em particular, que o argumento em defesa do multiculturalismo tem sido usado apenas para justificar a restrição a direitos humanos fundamentais, e nunca para garantir sua maior efetivação ou a emancipação de grupos minoritários (inclusive das minorias sexuais).

⁶⁶⁷ ISHAY, Micheline R., *op. cit.*, p.226.

Destarte, uma análise ainda que perfunctória, no mais das vezes, já é suficiente para que se entendam os verdadeiros motivos por trás dessa vontade de proteger “determinadas” tradições culturais. Chega a ser ridículo, diante da avalanche cultural trazida pelo avanço tecnológico, que algumas sociedades aceitem alterações culturais de caráter radical em diversas áreas da vida, mas sejam extremamente zelosas em proteger alguns institutos culturais, que são justamente aqueles que legitimam relações de poder que não se querem alteradas! Assim, muitos países não se importam que o povo tenha acesso a música ou costumes diferentes, mas limitam a atividade econômica (e.g. Cuba). Outros, por sua vez, são extremamente liberais do ponto de vista econômico, mas medievais no tocante a regras morais (e.g. Arábia Saudita).

Além do mais, a defesa do respeito ao multiculturalismo, da maneira como normalmente tem sido feita, é incongruente e contraditória, pois alguns países utilizam-se do argumento para defender, no âmbito internacional, a pluralidade de concepções exatamente como forma de restringir a liberdade e o respeito a diferenças no âmbito interno. Destarte, o argumento cultural da relativização à universalidade dos direitos humanos fundamentais somente pode ser aceito como uma cláusula de salvaguarda para aqueles que desejarem exercer seu direito de escolha (entre a tradição e seu abandono), mas nunca para coagir outros a se submeterem a determinados comportamentos apenas por se tratar de prática tradicional, o que significaria uma coerção aos membros de uma comunidade que não mais se identificam com alguns de seus valores.⁶⁶⁸

Especialmente esclarecedora, quanto a esta questão, a denúncia de BACKBURN ao esclarecer que “são tipicamente apenas os opressores que agem como porta-vozes da sua cultura e seus costumes. Não são os escravos que valorizam a escravidão ou as mulheres que valorizam o fato de que elas não podem ter acesso aos empregos (...). São os mullahs, os sacerdotes e anciões que se arvoram na posição de porta-voz de suas culturas. O que os outros pensam fica no mais das vezes não registrado. Assim como os vitoriosos escrevem a história,

⁶⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 194.

aqueles que estão no topo escrevem suas justificações para que as coisas fiquem como estão. Aqueles abaixo não conseguem manifestar nada”.⁶⁶⁹

Por fim, há de se salientar que os argumentos relativos ao multiculturalismo têm sido usados de forma incoerentemente seletiva, centrando-se desproporcionalmente nas questões da sexualidade e sempre para negar emancipação às minorias sexuais (e nunca para promovê-la), em especial no mundo muçulmano, bastante intolerante quanto a estas questões.

3.5.2. OS PROGRESSISTAS

Do lado contrário das disputas derivadas da crescente politização e judicialização do sexo neste período de transição, estão outros grupos sociais e indivíduos, que denominaremos Progressistas, que também se encontram insatisfeitos com a situação atual relativa à normatização do sexo mas que, em oposição aos Tradicionalistas, são favoráveis à adoção de um novo paradigma de moralidade sexual, mais justo e plural, que atenda aos interesses de tais grupos na busca de sua maior inclusão social e no qual os direitos sexuais sejam efetivamente incorporados aos direitos humanos fundamentais.

Também eles não formam uma frente uniforme ou coesa mas, em linhas gerais, compartilham entre si a defesa dos movimentos de emancipação daqueles que são de alguma forma afetados pela intolerância social, discriminação fática ou jurídica, ou outras formas de injustiça.

Um primeiro grande grupo, embora difícil de quantificar, é formado por todos aqueles descontentes com a atual situação de proteção insuficiente e inadequada dos direitos sexuais, que afeta negativamente a dignidade de um enorme contingente de seres humanos, havendo necessidade de uma resposta adequada a tais injustiças por parte do Direito, de forma a ensejar soluções mais satisfatórias e equitativas.

⁶⁶⁹ BLACKBURN, Simon, *op. cit.*, p. 25.

Estão incluídos neles todos aqueles que, por conta de suas opções éticas e, por entenderem os direitos sexuais como manifestação inerente da dignidade humana, posicionam-se contrariamente a qualquer espécie de injustiça nessa área.

Mesmo sem pertencer a qualquer minoria sexual, em resposta à evolução ética da humanidade, capitaneados pelos valores adotados pelos direitos humanos fundamentais, não compactuam, por um deliberado posicionamento moral, com a perpetuação das injustiças ainda existentes, que precisam ser superadas no atual estágio civilizatório.

Nada mais coerente, vez que, conforme D'ANGELIS, “tais supremos valores se caracterizam como uma ampla e sempre inconclusa tomada de consciência dos homens e mulheres ante situações de injustiça. Patrimônio comum de toda a espécie, eles são uma constante proposta e exigência de uma “nova ordem”, a partir de realidades históricas concretas. Nesse sentido, tais direitos são “geradores de utopia”, pois não alcançam sua plena realização até obter o reconhecimento na ordem política e a devida proteção jurídica, entendendo-se que cada etapa conquistada modifica a consciência coletiva e pressupõe novas frentes de luta para o alcance de condições sócio-históricas diversas das então vigentes”.⁶⁷⁰

Em verdade, conforme a frase que epigrafa este trabalho, a injustiça contra determinados grupos sociais é uma ameaça a toda a sociedade, e compactuar com a injustiça, ainda que por omissão, é risco inaceitável, mormente porque a história denota que indiferença ao desrespeito dos direitos humanos fundamentais de alguns coloca potencialmente em risco os direitos humanos fundamentais de todos, além de se caracterizar como um dano ao bem comum e à ordem social democrática na qual se funda o estado de direito.

Serve como grito de alerta inigualável, diante da clareza meridiana e da profundidade de sua lição, o clássico poema “*E não sobrou ninguém*”, de MARTIN NIEMOLLER, ao esclarecer que aqueles que preferem ignorar a injustiça contra seus semelhantes, o fazem por sua própria conta e risco.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ D'ANGELIS, Wagner Rocha, *op. cit.*, 110.

⁶⁷¹ Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Martin_Niem%C3%B6ller. Acesso em 201.10.2011.

“Quando os nazistas levaram os comunistas, eu calei-me, porque, afinal, eu não era comunista.

Quando eles prenderam os sociais-democratas, eu calei-me, porque, afinal, eu não era social-democrata.

Quando eles levaram os sindicalistas, eu não protestei, porque, afinal, eu não era sindicalista.

Quando levaram os judeus, eu não protestei, porque, afinal, eu não era judeu.

Quando eles me levaram, não havia mais quem protestasse”.

Neste sentido, é reponsabilidade comum a todos a defesa das minorias sexuais contra quaisquer injustiças, vez que, parafraseando Martin Luther King Jr., não devemos nos preocupar apenas com o grito dos maus, mas com o silêncio dos bons.⁶⁷²

A humanidade já pagou um preço muito caro por suas omissões e não podemos permitir, neste ponto de nosso estágio civilizatório, que a natureza de tabu que ainda cerca a sexualidade humana seja um impedimento para que a sociedade como um todo adote uma postura mais participativa na defesa das questões relativas os direitos sexuais de todas as minorias, sem exceção.

O segundo grande grupo de pessoas que lutam pela incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais são as minorias sexuais, compostas por aqueles indivíduos que fazem parte de algum dos grupos que ainda sofrem com a intolerância social e a discriminação fática ou jurídica, em função de alguma característica sexual.⁶⁷³

Infelizmente, cada um dos aspectos inerentes ao sexo que, já referidos em mais detalhes no Capítulo I, sejam os relativos às características biológicas, de gênero ou orientação sexual, assim como aqueles relativos ao comportamento sexual e sua expressão, já foram ou

⁶⁷² No original: *History will have to record that the greatest tragedy of this period of social transition was not the strident clamor of the bad people, but the appalling silence of the good people.* Disponível em http://en.wikiquote.org/wiki/Martin_Luther_King,_Jr. Acesso em 11.12.2011.

⁶⁷³ É interessante notar que, conforme explicamos no Capítulo I, a enorme variabilidade das determinantes sexuais, inclusive no que se refere a seu grau, é traco típico e distintivo da sexualidade humana, de forma que cada um de nós é um ser sexualmente único, e dentro desse contexto cada um de nós é, de certa forma, uma minoria sexual composta de apenas um indivíduo.

ainda são utilizados para a classificação e hierarquização dos indivíduos (na maior parte das vezes, como veremos, de forma arbitrária e injusta).

Cabe aqui um esclarecimento de cunho terminológico acerca da adoção da expressão minorias sexuais (e de seu significado), diante de existência de alguma discrepância doutrinária.

Nesse sentido VECHIATTI, fazendo um apanhado das posições existentes, ensina que o conceito de minoria, tradicionalmente ligado à questão numérica, se refere a grupos que merecem proteção diferenciada do Estado em virtude de serem arbitrariamente estigmatizados socialmente por uma característica atribuída aos seus componentes. Por outro lado, o conceito de grupos vulneráveis seria mais amplo, para incluir todos aqueles grupos sociais alvos de intolerância social e discriminação fática ou jurídica, que não precisam ser necessariamente formados por grupos numericamente minoritários, mas sim por aqueles que, por algum motivo, não conseguem alterar sua situação de vulnerabilidade, ou não dominância, por conta própria.⁶⁷⁴

Diante de tal conceituação, todos os grupos que sofrem discriminação em função de aspectos inerentes ao sexo podem ser considerados minorias sexuais, com exceção das mulheres, que não compartilham com eles a característica de serem numericamente minoritárias.

Entretanto, quer nos parecer que, ao tratarmos de situações envolvendo a intolerância, a injustiça e a discriminação, o elemento quantitativo, embora importante do ponto de vista político, apresenta menor importância para uma análise estritamente jurídica, motivo pelo qual utilizaremos os dois termos de forma sinônima, acompanhando parte da doutrina,⁶⁷⁵ de forma a também abarcar as mulheres no conceito de minoria sexual.

⁶⁷⁴ VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *A luta judicial das minorias sexuais pela cidadania material*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino. Bauru. Defesa em 04.12.2010, p. 61 e ss.

⁶⁷⁵ SEGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 12.

A seguir vamos tentar resumidamente conceituar cada uma das minorias sexuais, os principais problemas por elas enfrentados em seu processo de emancipação, bem como analisar criticamente os discursos utilizados para justificá-los.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que cada uma das minorias sexuais encontra-se em um estágio diferente do processo de emancipação, aqui entendida como os esforços para a obtenção da igualdade fática e jurídica.

Entretanto, embora os problemas enfrentados por cada uma delas sejam diversos, comungam todas do fato de terem a dignidade de seus membros comumente aviltada ou ameaçada de diversas formas, em inegável obstáculo ao seu completo desenvolvimento, com importantes efeitos negativos não só para os indivíduos afetados mas, como veremos, para toda a sociedade.

Sim, toda a sociedade, vez que a intolerância e a discriminação causam danos a todos, e não só àqueles por elas vitimados, contrariamente ao que poderíamos pensar.

Em primeiro, porque geram conflitos absolutamente desnecessários, já que na maior parte das vezes o exercício de um direito sexual por parte de uma pessoa, não prejudica o exercício do mesmo direito por outras, um dos motivos pelos quais qualquer discriminação com base em critérios sexuais é racionalmente injustificável.

Em segundo porque, como quaisquer outras formas de intolerância e discriminação, impedem o desenvolvimento individual de inúmeras pessoas, conseqüentemente empobrecendo, de forma inevitável, o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Gostaríamos de exemplificar esse segundo argumento, em sua dimensão humana, para permitir sua melhor compreensão.

Em 23.12.1912 nasceu, em Londres, um menino chamado Alan Mathison Turing.⁶⁷⁶ Desde muito cedo sua genialidade brilhante e sua determinação férrea na busca do aperfeiçoamento intelectual se tornaram evidentes, tendo ele se bacharelado em matemática pela Universidade de Cambridge, onde logo depois passou a se dedicar a criar as bases, já na década de 1930, do que hoje chamamos a teoria da computação.

Nos anos seguintes, Turing se tornou um dos gênios mais proeminentes e importantes da história da humanidade, não apenas por seus feitos teóricos, mas pelas consequências práticas de suas descobertas no curso da história mundial.

Dentre as contribuições de Turing está o desenvolvimento das bases da ciência da computação, fundamental para o surgimento do computador moderno, da inteligência artificial e, em consequência, da Sociedade da Informação em que hoje vivemos, motivo pelo qual a revista TIME o incluiu entre as 100 pessoas mais importantes do Século XX.⁶⁷⁷

Como se não bastasse ser o cientista que liderou as contribuições que levaram à criação do computador, na qualidade de criptoanalista, Turing teve uma função vital durante a Segunda Guerra Mundial, pois foi por meio de técnicas por ele criadas que se conseguiu decifrar o código de comunicação secreto utilizado pelas forças alemãs, essencial para a vitória das forças aliadas, evento que reconfigurou a geopolítica do planeta.

Contudo, além de suas inigualáveis habilidades intelectuais, Turing tinha uma outra característica: ele era homossexual.

⁶⁷⁶ Informações adicionais sobre a vida de Alan Turing bem como detalhes sobre suas contribuições científicas podem ser encontrados em: HODGES, Andrew. Alan Turing. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. Acesso em 10.10.2011. Também o governo do Reino-Unido mantém um site oficial sobre Alan Turing, e suas conquistas no ramo da ciência, no qual podem ser encontradas informações adicionais, inclusive sobre seu papel de liderança na invenção do computador. Disponível em: <http://www.turing.org.uk/turing/>. Acesso em 10.10.2011.

⁶⁷⁷ TIME MAGAZINE. *Pleople of the Century*. Volume 153, Numero 121. Publicado em 31.12.1999. Disponível em: <http://www.time.com/time/specials/packages/0,28757,2020772,00.html>. Acesso em 20.10.2011.

Como já vimos, ao tratarmos da discussão entre Hart e Devlin sobre a moralidade pública, tal prática era considerada à época um crime, tendo ele sido judicialmente condenado em 1952.

Nos termos de sua condenação, conforme permitido pela legislação da época, a Turing foi dado escolher entre ir para a prisão ou submeter-se a um tratamento hormonal destinado a reduzir a sua libido, que consistia, basicamente, em uma castração química. O homem que tinha sido um dos principais responsáveis, apenas poucos anos antes, pela vitória no principal conflito armado da história humana, agora era tratado por seu próprio governo como um criminoso e afastado de quaisquer trabalhos na área de inteligência militar.

Em virtude da depressão causada por tais fatos, em 07.06.1954, Turing cometeu suicídio, envenenando-se com cianeto. Tinha 41 anos.

Se em poucos anos de produção intelectual Turing conseguiu fazer contribuições tão fundamentais para a humanidade, é difícil sequer imaginar o que ele poderia ter feito caso sua vida não tivesse sido aniquilada prematuramente.

Possivelmente toda a humanidade poderia estar se beneficiando de progressos importantes e revolucionários, motivo pelo qual quando uma pessoa é impossibilitada de atingir todo o seu potencial humano não apenas ela perde, mas também toda a sociedade.

E isso vale para todas as pessoas. Quantas cientistas do nível de Marie Curie perdemos durante a história por não termos dado acesso igualitário à educação para as mulheres? É impossível aquilatar.

Entretanto, é fácil perceber que tal desperdício de talento e recursos humanos não pode continuar a ocorrer, em especial por conta da ignorância e do preconceito.

Também é certo que, a despeito dos exemplos emblemáticos acima mencionados, não é necessário que as pessoas tenham genialidade ímpar para poderem ter algum efeito

positivo para a sociedade. Todos, à sua maneira, podem evidentemente contribuir, e é exatamente essa riqueza ensejada pelo exercício das potencialidades individuais que permitirá a criação de um mundo melhor.

Estamos igualmente cientes de que não apenas a discriminação e o preconceito de cunho sexual contribuem para impedir o desenvolvimento pleno das potencialidades dos indivíduos. A miséria, por exemplo, também ceifa as oportunidades de milhões de pessoas ao redor do planeta.

A diferença, contudo, é que a discriminação sexual, em qualquer de suas formas e manifestações nocivas, pode ser em grande parte eliminada pela simples mudança comportamental.

No tocante ao desenvolvimento das potencialidades individuais, é curioso notar que, inadvertidamente, em alguns casos, as minorias sexuais vieram a se beneficiar das próprias regras do sistema capitalista, vez que o dinheiro não tem preconceitos.

Assim, diante da potencial perda de talentos, um grande número de empresas (não necessariamente interessadas na promoção dos direitos humanos fundamentais, mas sim na retenção dos melhores profissionais) veio a instituir uma série de políticas anti-discriminatórias dirigidas às minorias sexuais.

A título de exemplo, a Google, uma das maiores empresas de tecnologia do mundo, introduziu benefícios específicos para funcionários transgêneros.⁶⁷⁸

E antes que se pergunte, de forma preconceituosa, de que forma um transgênero poderia contribuir para uma empresa de alta tecnologia, a resposta simples e direta é: da mesma maneira que qualquer outra pessoa, porque tais indivíduos têm a idêntica capacidade profissional que quaisquer outros, pois é óbvio que eventuais questões relativas à auto-

⁶⁷⁸ HARMON, Andrew. *At Google, a Transgender Gold Standard*. The Advocate. 22.11.2011. Disponível em: http://www.advocate.com/News/Daily_News/2011/11/22/. Acesso em 24.11.2011.

identificação de gênero não afetam suas faculdades intelectuais. E para que não parem dúvidas, basta dizer que foi uma cientista transexual, chamada Lynn Conway que, na década de 1960, inventou o que se denomina tecnicamente a “instrução de manuseio dinâmico generalizado”, técnica usada por quase todos os microprocessadores modernos, até hoje, para melhorar o seu desempenho.⁶⁷⁹

Passemos, assim, a descrever as minorias sexuais, suas características e os principais problemas por elas enfrentados em seu processo de emancipação.

A primeira minoria sexual a que faremos referência são as mulheres que, embora representem, a grosso modo, metade da população, ainda enfrentam situações de inferioridade, vulnerabilidade e discriminação em literalmente todos os países do mundo.

Já vimos, no Capítulo II, as raízes históricas da subordinação das mulheres e seu tratamento desigual, denominado discriminação por sexo ou gênero, existe desde o início da história escrita.

Do ponto de vista formal, atualmente as mulheres já obtiveram, na maior parte dos países (mas não todos), a igualdade jurídica. No Brasil, por exemplo, ela foi obtida por ocasião da Constituição Federal de 1988 que, determinando a igualdade absoluta entre os sexos, não recepcionou qualquer lei discriminatória, estabelecendo a igualdade jurídica por meio de seu Artigo 5º, I, determinando que: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

A igualdade jurídica, entretanto, por evidente não garante a igualdade fática e persistem no Brasil (e no resto do mundo) discriminações que continuam a impedir e inviabilizar o processo de emancipação das mulheres que, embora bastante adiantado, ainda esta longe de ser completo.

⁶⁷⁹ Informações técnicas sobre as contribuições de Lynn Conway podem ser encontradas facilmente na Internet. Nesse sentido, mencionamos a própria Wikipedia, verbete: VLSI. *Very Large Integration*. Disponível em <http://en.wikipedia.org/wiki/VLSI>. Acesso em 20.10.2011.

As discriminações enfrentadas pelas mulheres, no mais das vezes, se baseiam em conceitos culturais ou religiosos sobre o papel de cada um dos gêneros, segundo os quais a subordinação das mulheres aos homens é tida como sendo parte da ordem natural das coisas, esperando-se delas submissão e exclusividade de acesso sexual após o casamento. Nesse sentido, inequívoca é a lição bíblica que as exorta “a serem reservadas, castas, zelosas donas de casa, bondosas, submissas aos seus maridos, para que a palavra de Deus não seja blasfemada”.⁶⁸⁰

Portanto, dentro deste paradigma de dominação masculina, as restrições são feitas principalmente às mulheres,⁶⁸¹ estabelecendo-se uma relação de poder entre os gêneros que se reflete, inclusive, na divisão sexual do trabalho,⁶⁸² com profundos efeitos econômicos.

Foi apenas no Século XIX, com o movimento sufragista, que as mulheres começaram a efetivamente lutar de forma institucionalizada por sua cidadania plena e, a partir do Século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, com a entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho, gerou-se uma situação de maior independência econômica, impulsionando transformações nas instituições do casamento, família e gênero,⁶⁸³ implicando uma situação de crescente igualdade entre homens e mulheres.

Mas a efetiva emancipação das mulheres ainda encontra desafios tanto no plano nacional quanto internacional. Nesse sentido, o relatório denominado *Gender Gap Report*,⁶⁸⁴ publicado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial, traz um retrato acurado da situação de igualdade entre os sexos e denota que, infelizmente, em nenhum país do mundo existe igualdade total, e que mesmo o país mais bem classificado neste quesito, a Islândia, apresenta um índice equivalente a 0,8530 (conforme a metodologia utilizada, uma situação de absoluta igualdade equivaleria ao índice 1,0).

⁶⁸⁰ *Bíblia Sagrada*, Tito 2: 5.

⁶⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 90.

⁶⁸³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁸⁴ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL, *Gender Gap Report 2011*. Disponível em <http://www.weforum.org/issues/global-gender-gap>. Acesso em 30.11.2011.

O Brasil, longe de ter motivos para comemorar, apesar de ter subido três posições desde o ano anterior, ocupa o 82º lugar, com um índice de igualdade entre os sexos de 0,6679 - bem atrás de países como Lesoto (9º, índice 0,7666); Latvia (19º, índice 0,7399); Uganda (29º, índice 0,7220); Panamá (40º, índice 0,7042); Tanzânia (59º, índice 0,6904) e Bangladesh (69º, índice 0,6812).

A classificação da igualdade entre homens e mulheres retratada por tal índice é obtida com base em quatro eixos principais, quais sejam: (i) a participação econômica e igualdade de oportunidades (o que inclui a igualdade de remuneração e a proporção de mulheres em cargos com grande poder decisório na iniciativa privada); (ii) efetivo acesso a educação; (iii) condições de saúde e sobrevivência (o que indica o efetivo acesso aos serviços públicos de saúde existentes); e (iv) participação política (o que inclui a proporção feminina em posições com grande poder decisório no Poder Público).

Vale notar que todas estas questões já foram objeto da “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”, aprovada pelas Nações Unidas em 1979, e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.377/2002.

É importante esclarecer que a igualdade entre os sexos “é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país”, motivo pelo qual tem recebido especial atenção do Fórum Econômico Mundial, por razões óbvias, já que os grandes investidores internacionais a consideram como elemento para a avaliação do potencial de desenvolvimento econômico de cada país.

Nesse sentido, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher estabelece como diretrizes básicas, e ainda atuais: (i) a igualdade jurídica entre os sexos; (ii) a necessidade da adoção de medidas, pelo Estado, para modificar os padrões sócio-culturais que inferiorizam as mulheres; (iii) a igualdade política; (iv) a igualdade no acesso a educação; (v) a igualdade no acesso ao mercado de trabalho; (vi) a igualdade no acesso a saúde; todas elas proposições fáceis de se colocarem no papel mas, como comprova a realidade, de complexa efetivação.

Há de se considerar que, em que pesem as tentativas de igualar em direitos e deveres homens e mulheres, por evidente que existe a necessidade de respeito às inerentes diferenças entre os sexos. Assim, por exemplo, a gravidez e a maior responsabilidade das mulheres pelas crianças são realidades que pressionam as mulheres a uma maior dependência relativamente aos outros, em especial porque a maternidade deixa a mulher normalmente mais vulnerável.⁶⁸⁵

Ademais, as evidências denotam que a divisão do trabalho por gênero dentro do núcleo familiar coloca as mulheres em situação de desvantagem (inclusive econômica), já que sem trabalhos lucrativos (i.e. apenas cuidado do lar), elas teriam menos poder de barganha, tanto dentro do relacionamento como no caso de separação.⁶⁸⁶

Como se tal não bastasse, é ainda frequente que o sexo seja regulado por meio da violência física, existindo provas que a violência doméstica é ainda disseminada na maior parte das sociedades, sendo raro que os sistemas policiais ou legais consigam efetivar esforços preventivos de forma adequada.⁶⁸⁷ Nesse sentido, no Brasil, a Lei 11.340/96 (Lei Maria da Penha), apresentou um importante avanço.

Igualmente, diante da realidade da existência de um ambiente social que ordinariamente inferioriza as mulheres, a eleição de uma para ocupar a Presidência da República, em 2010, teve importante caráter simbólico e pedagógico.

A realidade, porém, sempre é complexa e repleta de nuances, razão pela qual, para a descrição das peculiaridades da situação das mulheres no Brasil, nada melhor do que refletir sobre os que as próprias vozes femininas têm a dizer:⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ WEST, Robin. “*The difference in Women’s Hedonic Lives - A Phenomnological Critique of Feminist Leal Theory*”; *apud* ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 564.

⁶⁸⁶ ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 531.

⁶⁸⁷ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 06.

⁶⁸⁸ ELUF, Luiza Nagib. *Mulheres precisam querer mais*. Publicado no diário O Estado de São Paulo, 06.12.2011. Disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,mulheres-precisam-querer-mais-,807255,0.htm>. Acesso em 07.12.2011.

“O último censo do IBGE mostrou que as mulheres têm, em média, mais dois anos de educação que os homens. Mas, em que pese esse diferencial positivo, os salários pagos às mulheres ainda são, em média, 30% menores que os dos homens, na mesma função. Outra constatação intrigante é a de que, quanto maior o nível educacional, maior a diferença entre os rendimentos masculinos e femininos.

Sabemos que o patriarcalismo se sustenta na pobreza da mulher. A idéia é que as mulheres não tenham dinheiro nem poder, precisem vender seu corpo para se sustentar, seja pela prostituição ou pelo casamento. Além disso, essa pesquisa mostrou que não basta ter mais educação formal para que a violência doméstica diminua. A correlação de forças entre os gêneros continua desigual e as mulheres permanecem sofrendo discriminações, tanto no espaço público quanto no privado.

O Brasil já tomou várias medidas para promover a igualdade de gênero. Começou pela Constituição federal, que estabelece direitos iguais, reconhece a união estável, cria a licença-paternidade, equipara os direitos dos filhos independentemente da situação dos pais. Vieram, também, as Delegacias de Defesa da Mulher, o crime de assédio sexual, a Lei Maria da Penha, as Varas de Violência Doméstica. Entendemos que a opressão feminina é milenar e não será banida do dia para a noite, mas com as possibilidades que temos hoje é de espantar que a maioria das mulheres ainda esteja em tamanha desvantagem. Em outras palavras, a marcha para uma vida melhor está devagar demais.

A dominação masculina transformou o mundo num lugar hostil às mulheres. Nos mínimos detalhes, as atividades profissionais remuneradas são organizadas para causar desconforto à mulher. Os ambientes são rígidos, os banheiros são sujos, o relacionamento com os outros é impessoal, os termos linguísticos são rudes, a nomenclatura dos cargos de comando está no masculino, as roupas são controladas e criticadas, isso tudo sem falar do assédio sexual ou moral, de forma que as mulheres sintam medo de ser mulheres. Assim, diante de tantas dificuldades, muitas desistem antes de tentar, outras alcançam uma posição razoável e se conformam; apenas algumas poucas ousam lutar para chegar o mais alto possível. É difícil resistir à tentação de se acomodar, de aceitar a subalternidade ou dedicar-se apenas ao marido e aos filhos.

Sim, gostamos de ser mães, de cuidar da casa e dos outros, mas isso não engloba todos os nossos anseios. Precisamos também de independência financeira, sexual e profissional, de respeito, de dignidade e de reconhecimento social. Para escapar da violência e mudar a correlação de forças temos de estar no poder. Mesmo que esse poder, instalado por homens para o bem dos homens, não seja o nosso ideal de vida. Ainda que pareça difícil suportar as contrariedades do ambiente hostil, não será possível evitar esta etapa evolutiva: ocupar os espaços para depois fazer as transformações. Enquanto as mulheres não tiverem a clareza de que é preciso querer mais, ambicionar o máximo e não se contentar com o mínimo, os bons níveis de escolaridade não serão suficientes para vencer a imposição de inferioridade.

Por outro lado, não podemos prescindir da colaboração dos homens nessa árdua jornada (...).”

Cabe neste momento, um aparte, para uma breve digressão sobre o pedido de colaboração feito pela autora aos homens. Já manifestamos anteriormente nosso posicionamento acerca da necessidade de colaboração de toda a sociedade para a emancipação das minorias sexuais, mas o caso das mulheres apresenta algumas situações peculiares.

Tais distinções, em nosso entender, decorrem do fato de que a emancipação feminina, contrariamente à emancipação das demais minorias sexuais, tem reflexos diretos e profundos em todas as relações de poder dentro da sociedade, inclusive aquelas mais íntimas.

Se levarmos isso em consideração, podemos entender, mas não justificar, o porquê de alguns homens ainda se oporem à emancipação feminina, vez que ela representa uma potencial perda de poder que tentam zelosamente proteger.

Contudo, este posicionamento continua a nos intrigar pela sua ilogicidade.

Com efeito, todos os homens amam as mulheres, sejam elas suas mães, companheiras, esposas, amantes, irmãs ou filhas, de forma que negar a emancipação ao sexo

feminino implica, inexoravelmente, submeter alguém tão próximo às situações de injustiça, o que é incompatível com o sentimento de cuidado que temos com aqueles que amamos.

Muito embora o sofrimento dos semelhantes deva ser razão suficiente para que nos indignemos com a injustiça, por meio de um raciocínio egoísta, e portanto reprovável, seria ao menos possível imaginar alguém tentar justificar que não se importe com a discriminação sofrida, por exemplo, pelos intersexuais, sob a alegação de que não é um deles ou não tem relacionamento próximo com ninguém pertencente a esta minoria.

Contudo, é praticamente impossível que qualquer indivíduo do sexo masculino não tenha (ou tenha tido), se não ao menos por força da inescapável relação maternal, um vínculo extremamente importante com alguém do sexo feminino, o que deveria servir como um entrave lógico a qualquer forma de sexismo, pois o homem que pratica a discriminação contra as mulheres adota comportamento que expõe, reflexamente, suas filhas ou esposa, ao mesmo tratamento por parte de outros. O fato de que isso continua a ser tão comum nos faz refletir acerca do alto grau em que o comportamento humano, relativamente às questões sexuais, ainda é refratário à uma análise racional.

No âmbito internacional a situação das mulheres encontra enormes contrastes, não existindo homogeneidade no tratamento social dispensado a elas, motivo pelo que há de se ter em mente que, para grande parte das mulheres ao redor do mundo, o sexo ainda representa riscos consideráveis como doenças, gravidez indesejada, infertilidade, e severas complicações obstetrícias o que faz com que a maneira como vemos o sexo seja influenciada pelo nosso gênero.⁶⁸⁹

Ademais, a existência de costumes bárbaros, como a mutilação dos órgãos sexuais femininos ou o apedrejamento das adúlteras, dentre outros, é inaceitável e deve ser inequivocamente condenada por nosso país, nas mais diversas instâncias internacionais.

⁶⁸⁹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 42.

De particular importância, por sua dimensão e pelos potenciais reflexos negativos para toda a humanidade, demanda atenção de todos os países o verdadeiro genocídio cometido por conta de abortos seletivos em função do sexo, que ainda ocorrem em larga escala ao redor do globo:⁶⁹⁰

“Não é exagero chamar isso de generocídio. Estão faltando milhões de mulheres – abortadas, mortas, negligenciadas até a morte. Em 1990 um economista indiano, Amarya Sem, estimou o número em 100 milhões, o montante é maior agora. Um pouco de consolo é que os países podem mitigar o dano e um, a Coreia do Sul, mostrou que o pior pode ser evitado. Outros devem aprender com ela e impedir o massacre.

Generocídio existe em quase todos os continentes. Afeta os ricos e os pobres, os educados e os analfabetos, hindus, muçulmanos, confucionistas e cristãos da mesma forma.

Com efeito, a destruição de bebês do sexo feminino é o produto de três forças: a antiga preferência por filhos, um desejo moderno por menores famílias, e o teste de ultrassom e outras tecnologias que permitem indentificar o sexo do feto.

Bebês do sexo feminino são vítimas de uma combinação maligna de preconceito e preferência por famílias menores.

(...)

Todos os países devem valorizar as meninas. Devem encorajar a educação feminina, abolir leis e costumes que impeçam as filhas de herdarem bens imóveis, punir exemplarmente hospitais e clínicas com uma proporção impossível de nascimento entre os sexos, engajar as mulheres na vida pública – usando todos os meios, de apresentadoras de televisão a policiais de trânsito femininas. Mao Zedong dizia que as mulheres seguram a metade do céu. O mundo precisa fazer mais para prevenir um generocídio que faça o céu cair”.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ THE ECONOMIST. *The War Against Girls*. Vol. 394, nº 8672, 16.03.2010, p. 13.

⁶⁹¹ VARELLA, Drauzio. *Violência contra homossexuais*. Disponível em <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/violencia-contra-homossexuais/>. Acesso em 20.10.2011.

Por fim, outra característica inerente às mulheres, enquanto minorias sexuais, é o fato de que, embora sejam elas discriminadas em várias situações da vida, ordinariamente não são propriamente objeto de intolerância ou preconceito no tocante à natureza ou a normalidade de sua sexualidade.

Na verdade, a principal questão relativa à sexualidade das mulheres vem a ser a imposição de uma ideologia na qual sua sexualidade esteja sempre sob controle ou tutela, dos homens ou da sociedade como um todo, cerceando sua liberdade e autonomia, tão necessárias para uma vida sexual mais saudável e satisfatória, o que significa dizer que as mulheres estão sujeitas a um estereótipo de comportamento considerado normal e adequado que se centra fundamentalmente, não na natureza da sua sexualidade, mas no controle de seu comportamento sexual por terceiros.

A segunda minoria sexual, no tocante ao grau de emancipação atingido, são os homossexuais (masculinos e femininos), grupo composto por indivíduos de orientação sexual minoritária, caracterizada pela atração sexual por pessoas do mesmo sexo.

Acreditamos que o fato de que os homossexuais tenham sido a segunda minoria sexual a conseguir defender institucionalmente os seus direitos tenha decorrido do fato de que tal minoria é a segunda maior em termos numéricos, perfazendo cerca de 4% da população (muito embora KINSEY já tenha comprovado que, em termos estatísticos, cerca de 37% dos homens chegam a ter ao menos uma experiência homossexual envolvendo orgasmo).⁶⁹²

Nesse sentido, retomando um pouco daquilo já falado nos capítulos anteriores, o conceito de homossexual é historicamente novo e de cunho eminentemente ocidental, mesmo que esteja se universalizando. Destarte, as campanhas globais para a prevenção da AIDS se utilizam da expressão “homens que fazem sexo com homens”, simplesmente porque em algumas culturas não existe o conceito de homossexual, ou diverge ele substancialmente daquele adotado pelo mundo ocidental.

⁶⁹² POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 294

O movimento homossexual emergiu em condições de afluência nas democracias liberais, que foram as primeiras a apresentar as condições necessárias para o desenvolvimento de uma atividade política em torno da sexualidade, algo que seria muito difícil em países nos quais a própria estrutura básica da vida política é constantemente contestada.⁶⁹³

Vez que os direitos sexuais são um processo histórico de conquista, sua defesa institucionalizada ocorre com mais facilidade sempre que os grupos minoritários conseguem criar uma massa crítica grande o suficiente para exercer influência em todo o corpo social, sendo esta a razão pela qual os movimentos em defesa dos homossexuais são mais fortes nos grandes centros urbanos. Assim, a cidade de Nova York é considerada seu berço, tendo como marco inicial a rebelião iniciada no bar Stonewall Inn quando, pela primeira vez na história, os homossexuais, em ato de protesto, reagiram violentamente aos abusos da polícia, usando a força física e criando uma verdadeira situação de guerrilha em algumas ruas de Manhattan, chegando mesmo a perseguir os policiais das tropas de choque, desorientados e atônitos diante daquela reação inesperada da multidão.

Desde então o movimento pelos direitos dos homossexuais evoluiu e organizou-se, sendo atualmente fenômeno internacional. Como outros grupos minoritários, os homossexuais tornaram-se uma força política que não pode ser ignorada, particularmente nas grandes cidades, onde eles são uma parcela substancial da população, motivo pelo qual poucos políticos atualmente expressam antagonismo expresso aos homossexuais.⁶⁹⁴

Com efeito, em muitos países do mundo, dentre os quais o Brasil, a população homossexual é um grupo com considerável influência, cortejado por políticos de várias ideologias, o que restou comprovado pelo comparecimento pessoal do Governador Geraldo Alckmin, do Prefeito Gilberto Kassab e da Senadora Marta Suplicy na Parada do Orgulho Gay, na cidade de São Paulo.⁶⁹⁵

⁶⁹³ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 97.

⁶⁹⁴ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 292

⁶⁹⁵ AGÊNCIA ESTADO. *Alckmin e Kassab defendem diversidade em Parada Gay*. 26.06.2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia/2011/06/26/alckmin-e-kassab-defendemdiversidade-em-parada-gay.jhtm>. Acesso em 20.10.2011.

Existem também outras questões que singularizam a luta pelos direitos dos homossexuais.

Uma delas é a existência de parcelas substanciais da sociedade com visões diferentes sobre a questão, no contexto do que os norte-americanos denominam “pânico moral”, que ocorre quando alguma situação é percebida, por alguns, como uma ameaça aos valores e interesses da sociedade,⁶⁹⁶ o que leva à existência de grupos muito vocais e organizados, nos dois lados do debate, gerando uma visibilidade desproporcional a tais discussões, em particular na mídia. Nesse sentido, há que se ter em mente uma perspectiva histórica para que fique evidente que os direitos dos homossexuais não são nem mais nem menos importantes do que aqueles de quaisquer outras minorias sexuais, e que os direitos de todas elas devem ser reconhecidos e respeitados da mesma forma, tendo a emancipação de todas e cada uma delas igual importância.

O processo de emancipação dos homossexuais também se diferencia daquele vivido pelas mulheres, e os aproxima das outras minorias sexuais, em virtude do fato de a orientação sexual minoritária, por ser atípica, ainda encontrar hostilidade.

Muito embora a aceitação social da homossexualidade tenha variado durante a história, é certo que, no ocidente, dominado pelo Paradigma Judaico-Cristão, ela foi, por séculos, considerada um ato condenável pela cultura ocidental, que inclusive exportou seu preconceito para outras partes do mundo aonde ele não existia.

A explicação mais plausível para tanto é que a tradição de condenar os atos homossexuais esteja diretamente relacionada à necessidade de encorajar os comportamentos procriativos. Assim, o povo judeu, por um atávico medo de uma população diminuta,⁶⁹⁷ provavelmente condenou a prática como forma de estimular o crescimento populacional,⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 142.

⁶⁹⁷ POSNER, Richard A, *op. cit.*, p. 196

⁶⁹⁸ Entretanto, alguns interpretam as disposições bíblicas contra a homossexualidade não como contrárias a prática em si, mas por identificá-la com ritos pagãos, tratando-se então de uma questão de proteção da identidade religiosa e pureza ritual (cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade. Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 143).

numa época na qual a manutenção dos níveis populacionais, devido às dificuldades encontradas para a sobrevivência, era realmente uma preocupação justificável (muito embora não faça mais sentido hoje, quando sabemos que a orientação sexual é característica imutável e que o problema enfrentado pela humanidade é, ao contrário, a superpopulação).

É interessante notar que uma das justificativas que os nazistas usavam para punir a homossexualidade era justamente que ela reduzia a taxa de natalidade,⁶⁹⁹ argumento ainda hoje utilizado por alguns.

No final do Século XIX, quando ela passou a ser estudada com um pouco mais de objetividade, o modelo biológico substituiu o religioso sem abandonar, contudo, seus preconceitos; começou-se a se considerar os homossexuais não como pecadores ou criminosos, mas como pessoas doentes que precisavam ser curadas.⁷⁰⁰ Assim, técnicas de terapia por aversão foram usadas, em vários países, para “curar” homossexuais. Um exemplo de “tratamento” seria o de mostrar imagens do objeto sexual inapropriado ao mesmo tempo em que lhe era dado um choque elétrico. Há de se lembrar que tais “tratamentos”, que além de desumanos, eram de um ridículo atroz, infelizmente foram utilizados até as décadas de 50 e 60!⁷⁰¹

Foi apenas em 1973 que a homossexualidade deixou de ser considerada patologia pela Associação Americana de Psiquiatria e, em 1993, pela Organização Mundial de Saúde, já que foi apenas muito recentemente que se começou a compreender que o problema real é a homofobia não a homossexualidade.⁷⁰²

A homofobia, por sua vez, designa o preconceito que se estabeleceu ao longo dos tempos contra o comportamento homossexual. Utiliza-se o conceito para exprimir emoções

⁶⁹⁹ POSNER, Richard A. *op. cit.*, p. 194

⁷⁰⁰ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁰² MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p.40.

repulsivas à homossexualidade, revelando comportamentos humilhantes e degradantes, ao lado de preconceituosos.⁷⁰³

Contudo, embora a posição face à emancipação dos homossexuais tenha melhorado muito nas últimas décadas, ainda se encontram muitos obstáculos, principalmente pelo alto grau de desconhecimento das pessoas sobre questões básicas envolvendo o tema.

Dentro desse contexto, é interessante notar que sempre existiram pessoas contrárias ao comportamento homossexual, muito embora ele seja uma realidade da vida, motivo pelo qual o político conservador britânico Francis Maud afirmou, realisticamente, que “sempre me pareceu sem sentido reprovar a homossexualidade. É como reprovar a chuva”.⁷⁰⁴

De qualquer forma, como veremos adiante, os argumentos utilizados contra a homossexualidade são facilmente refutados pela análise racional, restando claro serem frutos de concepções preconceituosas. Nesse sentido reproduzimos a lição de VARELLA que, a par da coerência técnica que o caracteriza como um dos médicos mais renomados do país, faz uma análise dos mesmos de forma clara e sucinta:⁷⁰⁵

“A homossexualidade é uma ilha cercada de ignorância por todos os lados. Nesse sentido, não existe aspecto do comportamento humano que se lhe compare.

Não há descrição de civilização alguma, de qualquer época, que não faça referência à existência de mulheres e homens homossexuais. Apesar dessa constatação, ainda hoje esse tipo de comportamento é chamado de antinatural.

Os que assim o julgam partem do princípio de que a natureza (ou Deus) criou órgãos sexuais para que os seres humanos procriassem; portanto, qualquer relacionamento que não envolva pênis e vagina vai contra ela (ou Ele).

⁷⁰³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰⁴ No original: *It always seemed to me a bit pointless to disapprove of homosexuality. It's like disapproving of rain.* Disponível em: http://thinkexist.com/quotation/it_always_seemed_to_meo/205891.html. Acesso em 20.10.2011.

⁷⁰⁵ VARELLA, Drauzio. *Violência contra homossexuais.* Disponível em <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/violencia-contra-homossexuais>. Acesso em 20.10.2011.

Se partirmos de princípio tão frágil, como justificar a prática de sexo anal entre heterossexuais? E o sexo oral? E o beijo na boca? Deus não teria criado a boca para comer e a língua para articular palavras?

Se a homossexualidade fosse apenas perversão humana, não seria encontrada em outros animais. Desde o início do século 20, no entanto, ela tem sido descrita em grande variedade de espécies de invertebrados e em vertebrados, como répteis, pássaros e mamíferos.

Em virtualmente todas as espécies de pássaros, em alguma fase da vida, ocorrem interações homossexuais que envolvem contato genital, que, pelo menos entre os machos, ocasionalmente terminam em orgasmo e ejaculação.

Comportamento homossexual envolvendo fêmeas e machos foi documentado em pelo menos 71 espécies de mamíferos, incluindo ratos, camundongos, *hamsters*, cobaias, coelhos, porcos-espinhos, cães, gatos, cabritos, gado, porcos, antílopes, carneiros, macacos e até leões, os reis da selva.

Relacionamento homossexual entre primatas não humanos está fartamente documentado na literatura científica. Já em 1914, Hamilton publicou no *Journal of Animal Behaviour* um estudo sobre as tendências sexuais em macacos e babuínos, no qual descreveu intercursos com contato vaginal entre as fêmeas e penetração anal entre machos dessas espécies. Em 1917, Kempf relatou observações semelhantes.

Masturbação mútua e penetração anal fazem parte do repertório sexual de todos os primatas não humanos já estudados, inclusive bonobos e chimpanzés, nossos parentes mais próximos.

Considerar contra a natureza as práticas homossexuais da espécie humana é ignorar todo o conhecimento adquirido pelos etologistas em mais de um século de pesquisas rigorosas.

Os que se sentem pessoalmente ofendidos pela simples existência de homossexuais talvez imaginem que eles escolheram pertencer a essa minoria por capricho individual. Quer dizer, num belo dia pensaram: eu poderia ser heterossexual, mas como sou sem vergonha prefiro me relacionar com pessoas do mesmo sexo.

Não sejamos ridículos; quem escolheria a homossexualidade se pudesse ser como a maioria dominante? Se a vida já é dura para os heterossexuais, imagine para os outros.

A sexualidade não admite opções, simplesmente é. Podemos controlar nosso comportamento; o desejo, jamais. O desejo brota da alma humana, indomável como a água que despenca da cachoeira.

Mais antiga do que a roda, a homossexualidade é tão legítima e inevitável quanto a heterossexualidade. Reprimi-la é ato de violência que deve ser punido de forma exemplar, como alguns países fazem com o racismo.

Os que se sentem ultrajados pela presença de homossexuais na vizinhança, que procurem dentro das próprias inclinações sexuais as razões para justificar o ultraje. Ao contrário dos conturbados e inseguros, mulheres e homens em paz com a sexualidade pessoal costumam aceitar a alheia com respeito e naturalidade.

Negar a pessoas do mesmo sexo permissão para viverem em uniões estáveis com os mesmos direitos das uniões heterossexuais é uma imposição abusiva que vai contra os princípios mais elementares de justiça social.

Os pastores de almas que se opõem ao casamento entre homossexuais têm o direito de recomendar a seus rebanhos que não o façam, mas não podem ser fascistas a ponto de pretender impor sua vontade aos que não pensam como eles.

Afinal, caro leitor, a menos que seus dias sejam atormentados por fantasias sexuais inconfessáveis, que diferença faz se a colega de escritório é apaixonada por uma mulher? Se o vizinho dorme com outro homem? Se, ao morrer, o apartamento dele será herdado por um sobrinho ou pelo companheiro com quem viveu trinta anos?"

Contudo, ainda hoje homossexuais de ambos os sexos continuam a sofrer com a intolerância social e com injustificáveis discriminações fáticas e jurídicas, já que privá-los do

exercício de seus direitos pela sua orientação sexual só evidencia o que todos já sabem, o preconceito.⁷⁰⁶

É verdade que parcela considerável dos homossexuais não se encontram numa situação de hipossuficiência econômica e, portanto, gozam de igualdade material. Com efeito, alguns dos bilionários listados pela revista Forbes dentre as pessoas mais ricas do planeta são abertamente homossexuais,⁷⁰⁷ tais como David Geffen (empresário), Peter Thiel (banqueiro), Jon Striker (investidor) e Chris Hughes (co-fundador do Facebook).

Contudo, em termos gerais, a homossexualidade tem sido usada como critério distintivo para o reconhecimento da dignidade das pessoas e para a distribuição dos benefícios sociais, políticos e econômicos. Isto porque pertencer a grupos inferiorizados implica a restrição, quando não a supressão completa e arbitrária, de direitos e de oportunidades, seja por razões jurídico-formais, seja por puro e simples exercício de força física bruta ou em virtude dos efeitos simbólicos das representações sociais.⁷⁰⁸

Uma outra minoria é aquela composta pelos bissexuais, indivíduos que tem atração sexual por pessoas dos dois sexos.

Bissexuais, como vimos no Capítulo II, sempre existiram, e incluem pessoas que publicamente se definiram como tais, como, por exemplo, o ator Marlon Brando ou a cantora Lady Gaga.

Os problemas de discriminação enfrentados pelos bissexuais tendem a ser similares àqueles enfrentados pelos homossexuais, no tocante às suas relações com pessoas do mesmo sexo. Contudo, os bissexuais encontram problemas particulares relativamente à sua visibilidade e formação identitária, vez que em geral são objeto de preconceito tanto por parte

⁷⁰⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁰⁷ THE WEEK. *Billionaires's ball: 7 intriguing facts from The Forbes 400*. 24.10.2010. Disponível em: <http://theweek.com/article/index/207477/billionaires-ball-7-intriguing-facts-from-the-forbes-400>. Acesso em 04.10.2011..

⁷⁰⁸ RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre o preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 121.

dos heterossexuais como dos homossexuais. Organizações internacionais e locais, que podem ser facilmente encontradas na Internet, têm como objetivo a defesa dos interesses específicos desta minoria, tais como promover e financiar pesquisas médicas e educar o público em geral sobre a bissexualidade.

A quarta minoria objeto de nossa atenção é aquela formada pelos transgêneros, termo “guarda chuva” que, na lição de SUIAMA, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestis, *cross dressers* masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.⁷⁰⁹

Com efeito, progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis e complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.⁷¹⁰

Dentre os transgêneros, os transexuais e os travestis são definidos pela prática médica.

Nesse sentido, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, em seu item F64.0, sob o Título Transtornos da identidade sexual, define o Transexualismo como “um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção

⁷⁰⁹ SUIAMA, Sergio Gardenghi. Em busca de um modelo autodeterminativo para o Direito de transgêneros. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilverto Cogo. (Coord). *Homossexualidade e Direitos Sexuais – Reflexões a partir da Decisão do STF*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 169.

⁷¹⁰ SUIAMA, Sergio Gardenghi, *op. cit.*, p. 169.

cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”. Por sua vez, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.955/10 autoriza as cirurgias de transgenitalização como tratamento nos casos de transexualismo e o define como o desconforto com o sexo anatômico natural, com o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto.

O Travestismo, por sua vez, o qual tão somente é considerado uma parafilia quando apresenta sintomas patológicos, é objeto do item F65.1, que sob o título Transtornos da preferência sexual, define o Travestismo Fetichista como “Vestir roupas do sexo oposto, principalmente com o objetivo de obter excitação sexual e de criar a aparência de pessoa do sexo oposto. O travestismo fetichista se distingue do travestismo transexual pela sua associação clara com uma excitação sexual e pela necessidade de se remover as roupas uma vez que o orgasmo ocorra e haja declínio da excitação sexual. Pode ocorrer como fase preliminar no desenvolvimento do transexualismo”.

Observe-se que ambos os conceitos adotam uma abordagem que patologiza a pessoa transgênera, classificações que, além de não serem universalmente aceitas, são particularmente danosas às crianças e adolescentes e transgêneros de quaisquer idades vivendo em ambientes hostis.⁷¹¹ Em verdade, tal abordagem patologizante tem sido criticada porque: “a) reforça concepções estereotipadas de uma divisão binária de gênero situada fora da história; b) estigmatiza pessoas transgêneras como doentes e anormais; c) é subinclusiva porque exclui quem não se encaixa nos estereótipos culturais de masculinidade ou feminilidade exigidos para a transformação corporal; d) atribuir ao profissional da medicina a função de anteparo ao exercício de diversos direitos, tais como o casamento e a retificação do registro civil, na medida em que, quando tais direitos são legalmente reconhecidos, cirurgias reconstrutivas e pareceres médicos são exigidos para que os órgãos públicos garantam o exercício efetivo do direito buscado”.⁷¹²

⁷¹¹ SUIAMA, Sergio Gardenghi, *op. cit.*, p. 174.

⁷¹² SUIAMA, Sergio Gardenghi, *op. cit.*, p. 175.

Nesse sentido a França, desde 2009, adotando abordagem diametralmente oposta, foi o primeiro país do mundo a deixar de considerar a transexualidade uma doença mental, retirando-a da lista das patologias psiquiátricas.

Embora tenha ocorrido alguma evolução, dentre todas as minorias sexuais, os transgêneros, ao questionarem a divisão binária entre os sexos, são ordinariamente aqueles que são vítimas das mais explícitas e violentas demonstrações de preconceito, que não raro chegam às raias da violência.

Por esse motivo, a inserção social dos transgêneros enfrenta inúmeras dificuldades, seja na família ou em contextos sociais mais amplos, em particular no acesso a uma profissão, muito embora, formalmente, a adoção de qualquer prática discriminatória para o acesso à relação de emprego seja proibida em nosso país.⁷¹³

O Direito, por sua vez, tem sido na maior parte das vezes recalcitrante na solução dos problemas enfrentados pelos transgêneros, que demandam soluções uniformes e mais inclusivas por parte do Poder Judiciário.

No tocante à esta questão, nos filiamos à parte da doutrina que tem sugerido que a adoção de “um modelo autodeterminativo articulado com a gramática dos direitos humanos deve levar em consideração todo o conjunto de necessidades sociais enfrentado pela maioria das pessoas transgêneras, o que inclui acesso à saúde, retificação do registro civil e dos documentos de identificação social, proteção contra a discriminação no trabalho, casamento, adoção e outros direitos decorrentes de relações familiares, regulação do uso de lugares em que há separação segundo o gênero (de banheiros a prisões) e, sobretudo, o enfrentamento do grave estado de marginalização social vivido pela maioria dos transgêneros”, em nosso entender o único que permitirá à esta minoria a efetivação de sua cidadania plena.⁷¹⁴

⁷¹³ Lei nº 9.029/95: “Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

⁷¹⁴ SUIAMA, Sergio Gardenghi, *op. cit.*, p. 176.

Outra minoria sexual estigmatizada, quando não completamente ignorada, são os intersexuais, composta por indivíduos nos quais alguns dos fatores biológicos determinantes do sexo biológico, aos quais nos referimos no Capítulo I (i.e. cromossômico, gonadal, hormonal e estrutural interno ou externo) apresentam exceções atípicas, que tornam difícil ou impossível a determinação do sexo do indivíduo.

Estima-se que em aproximadamente uma em cada duas mil pessoas apresente algum nível de ambiguidade em seu sexo biológico,⁷¹⁵ e a ocorrência de variações no sexo biológico é um fato da vida.

Embora esta minoria sexual esteja sempre envolta em mistério, vergonha ou segredo, os intersexuais são parte da nossa sociedade. Dentre ao intersexuais famosos estão o escritor alemão Karl M. Baer, a modelo inglesa Tula Cossey, e o general Le Van Duyet, um dos responsáveis pela unificação do Vietnã. É interessante notar que novas evidências parecem confirmar os rumores de que Wallis Simpson (posteriormente a Duquesa de Windsor), a norte-americana por quem o Rei Eduardo VIII abandonou o trono em 1936, também era intersexual.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷

Entretanto, o sexo é um dos elementos mais importantes de nossa identidade, de forma que todos temos um sexo designado desde o nascimento, o que reflete uma forte expectativa na conformidade e estabilidade de sexo em todas as esferas da vida. A sociedade, portanto, encontra-se em grande parte despreparada para lidar com este fenômeno, havendo profundos desacordos sobre as melhores abordagens.

⁷¹⁵ PREVES, Sharon E.; *Intersex and Identity: the contested self*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2003, p. 02.

⁷¹⁶ SEBBA, Anne. *Was Wallis Simpson all woman? There's been always been speculation about her sexual make-up. Now in a major reassessment her biographer uncovers new evidence.* DAILYMAIL. 06.08.2011. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2023050/Was-Wallis-Simpson-woman-New-evidence-speculates-sexual-make-up.html#ixzz1icbAMJVz>. Acesso em 11.10.2011.

⁷¹⁷ Embora ainda não oficialmente confirmada acredita-se que ela sofria de uma rara condição genética, denominada síndrome de insensitividade aos andrógenos, que faz com que uma pessoa geneticamente masculina se desenvolva como do sexo feminino, vez que não responde adequadamente aos hormônios responsáveis pela masculinização corporal.

Ordinariamente os intersexuais são classificadas como uma aberração pela sociedade em geral, o que está implícito mesmo em seu diagnóstico ou tratamento médico, o que é um tremendo desafio para o desenvolvimento de uma identidade individual estável.⁷¹⁸

Tradicionalmente se buscava alguma forma de “correção” cirúrgica, sob o argumento de que ela preveniria a estigmatização e o trauma para a criança, tendo parte da doutrina, incorporando implicitamente tal abordagem, se manifestado no sentido de que “não se proíbe a licitude da cirurgia reparadora nos estados intersexuais, e, quanto mais cedo for feita, maior será a adaptação sócio-psicossexual, porque no hermafroditismo há uma indeterminação sexual (...)”.⁷¹⁹

Contudo, algumas pessoas defendem que estes procedimentos cirúrgicos são feitos apenas para aplacar a ansiedade de manter conceitos de normalidade e ordem social que pertencem aos adultos e não às crianças, não sendo necessários para a manutenção da saúde física ou mental daquelas. De fato, os intersexuais têm sido cada vez mais vocais ao considerá-las prejudiciais tanto para suas vidas, como para a cultura em geral.⁷²⁰

Muitos atualmente questionam a efetividade desses procedimentos; alguns se sentem mutilados (especialmente aqueles que não se desenvolvem com um senso de identidade correspondente ao sexo para o qual foram “corrigidos”) e defendem serem antiéticos quaisquer procedimentos sem o consentimento do paciente (e não dos pais), em flagrante desrespeito à sua integridade física.⁷²¹

Existem mesmo aqueles que chegam a questionar a necessidade da dicotomia de sexo existente em nossa sociedade e as expectativas normativas que a acompanham, propondo a emergência de uma identidade intersexual (o que não é absurdo vez que, além de refletir a realidade fenomênica, está de acordo com a tradição histórica de muitos povos que, de forma mais realista, reconhecem a existência de pessoas com ambiguidade sexual).

⁷¹⁸ PREVES, Sharon E.; *op. cit.*, p. 04.

⁷¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 254.

⁷²⁰ PREVES, Sharon E.; *op. cit.*, p. 05.

⁷²¹ PREVES, Sharon E.; *op. cit.*, p. 89.

A Organization Intersex International, possivelmente a mais importante organização não governamental relativa a defesa dos intersexuais, é clara no seu entendimento de que raramente a variação intersexual de uma criança apresenta um risco à saúde que demanda tratamento médico imediato (...). Na maioria dos casos em que não existem riscos à saúde envolvidos, entendemos que é mais benéfico para a criança intersexual crescer com o seu corpo intacto. A preservação da integridade corporal da criança intersexual permite que ela desenvolva o seu próprio senso de identidade de sexo e gênero, sem o risco de danos irreparáveis. A criança pode crescer com um sexo designado (masculino ou feminino) e deixada para decidir por si mesma, como todos os outros seres humanos têm o direito de fazer, se este sexo é melhor para ela mais tarde na vida, ou se ela pretende fazer alterações em seu corpo para melhor se adaptar ao conceito de identidade sexual que ela tenha. As tentativas de tomar estas decisões pelos bebês e pelas crianças, embora bem intencionadas, implicam em especulação sobre a vida de outra pessoa.⁷²²

Alguns intersexuais chegam mesmo a afirmar que:

“a “normalização” cirúrgica dos corpos intersexuais é uma tentativa, como a eugenia, de remover as diferenças que algumas pessoas entendem serem indesejáveis, e sempre cria problemas onde eles não existiam previamente. Considerar as variações intersexuais como condições que precisam ser curadas justifica bárbaras práticas médicas a que estamos sujeitos, tais como cirurgias genitais e tratamentos hormonais, que podem ser contrárias a nossa identidade de gênero, bem como tratamentos psicológicos com os quais não concordamos. As pessoas que promovem cirurgias “corretivas” e tratamentos hormonais para as crianças intersexuais acreditam que elas irão crescer adultos que não se adequarão às normas sociais. Entretanto, estas crenças são pura especulação, vez que ninguém se deu ao trabalho de falar com adultos intersexuais como eu, que não foram submetidos a quaisquer cirurgias, ou não seguem os estudos de crianças que

⁷²² HINKLE, Curtis E. *Ten Misconceptions about Intersex*. Disponível em http://oiiusa.org/ten_misconceptions. Acesso em 20.11.2011. Acesso em 10.10.2011.

tiveram seus corpos mudados de forma irrevogável. Médicos simplesmente decidem que estes corpos, criados pela natureza, não são desejáveis. Na minha experiência própria, eles não poderiam estar mais longe da verdade”.⁷²³

A Associação de Intersexuais do Reino Unido (UK Intersex Association), quanto a esta questão, chega a propor formalmente uma moratória geral nesse tipo de cirurgia, quando feita sem o consentimento do paciente, moratória esta que deverá ser levantada apenas quando houver estudos suficientes que permitam avaliar os resultados das intervenções já feitas, sem qualquer espécie de tentativa de influência por parte dos médicos que as realizaram.⁷²⁴

Mais uma vez, quer nos parecer que o problema não está na minoria sexual em si, mas na inabilidade da sociedade em geral de lidar com ela, por conta de seus próprios preconceitos e desconhecimento.

Uma outra minoria sexual é composta por aqueles que apresentam comportamento sexual atípico, que não é socialmente aceito, ou tido como anormal ou doentio.

Em linhas gerais, tais comportamentos sexuais são apenas considerados doenças, ou transtornos, caso se encaixem dentro do conceito de transtorno mental (que será objeto de nossa análise mais adiante), ou causem danos a terceiros (como, é evidente, por exemplo, no caso da pedofilia).

Dentre os transtornos da preferência sexual constantes no CID, posição F.65., estão o fetichismo (i.e. utilização de objetos inanimados como estímulo da excitação e da satisfação sexual); o travestismo (como já vimos acima); o exibicionismo (i.e. tendência recorrente ou persistente de expor seus órgãos genitais a estranhos); o voyeurismo (i.e. tendência recorrente ou persistente de observar pessoas em atividades sexuais ou íntimas); a pedofilia (i.e. preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade); o sadomasoquismo (i.e.

⁷²³⁷²³ VILORIA, Hida. *Intersex and Medical Treatment*. Disponível em: <http://oiiusa.org/treatment>. Acesso em 20.11.2011.

⁷²⁴ KENNETH, Kipnis. *Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex*. Disponível em: <http://www.ukia.co.uk/diamond/recs3.htm>. Acesso em 21.10.2011.

preferência por uma atividade sexual que implica dor, humilhação ou subserviência. Se o sujeito prefere ser o objeto de tal estímulo fala-se de masoquismo; se prefere ser o executante, trata-se de sadismo).

A literatura médica acusa a existência de inúmeros outros tipos de parafilia. Entretanto, quer nos parecer que, a não ser nos casos em que tragam prejuízo efetivo à pessoa ou a terceiros, devam ser consideradas inofensivas e parte da variedade sexual inerente ao gênero humano.

Outra minoria sexual é composta pelos assexuais, aquelas pessoas que não apresentam qualquer espécie de atração sexual, muito embora apresentem as mesmas necessidades emocionais comuns às outras pessoas.⁷²⁵ A assexualidade é uma das novas identidades sexuais que foi identificada e começa a emergir como movimento por meio da Internet e que apenas agora está sendo objeto de pesquisas científicas, havendo mesmo questionamentos acerca de se a assexualidade seria, *per se*, uma orientação sexual distinta. Estima-se que cerca de 1% da população seja assexual.⁷²⁶

Claro que a assexualidade não surgiu com a Internet, apenas ela permitiu, por meio da maior difusão de informações, que as pessoas que se identificavam assim se reconhecessem e iniciassem um movimento sobre a conscientização e necessidade de pesquisas acerca deste grupo, vez que os assexuais existem e também são parte de nossa sociedade. Embora seja impossível uma comprovação definitiva, acredita-se que dois dos grandes gênios da humanidade, Newton e Kant, tenham sido assexuais, vez que, embora a vida de ambos tenha sido bastante documentada, não existe qualquer espécie de evidência de que os mesmos tenham demonstrado sentir atração sexual por quem quer que seja, em qualquer momento de suas vidas.⁷²⁷

⁷²⁵ ASSEXUAL VISIBILITY AND EDUCATION NETWORK. Disponível em <http://www.asexuality.org/home>. Acesso em 15.11.2011.

⁷²⁶ CNN. *Study: One in 100 adults asexual*. 14.10.2004. Disponível em. http://articles.cnn.com/2004-10-14/tech/asexual.study_1_sexuality-new-study-new-scientist?_s=PM:TECH. Acesso em 20.09.2011.

⁷²⁷ <http://www.deeppencil.com/famous-asexual-people/>

A última minoria sexual, extremamente ignorada e marginalizada, é composta pelos deficientes, mentais ou físicos. Na verdade, sua exclusão é tamanha que a maior parte da doutrina sequer chega a mencionar este grupo como uma minoria sexual com necessidades específicas.

Um fato normalmente negligenciado ou ignorado é o de que os deficientes têm impulsos sexuais similares a quaisquer outras pessoas, vez que a sexualidade independe da deficiência, seja ela física ou mental.⁷²⁸

Calcula-se que no mundo existam cerca de 650 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, incluídas aquelas pessoas que têm uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, que encontram barreiras que prejudicam a sua efetiva participação na sociedade de forma igualitária.⁷²⁹

Os deficientes têm seus direitos sexuais constantemente ignorados, somando-se este fator de exclusão social a outros dos quais normalmente são vítimas. A solução deste problema passa pelo aumento de conscientização tanto da sociedade como dos profissionais de saúde, bem como pela progressiva implementação de programas de saúde e educação específicos dentro dos programas de políticas públicas existentes.⁷³⁰

A marginalização das pessoas com deficiência, que já é grande em todos os aspectos da vida, ainda é maior com relação ao aspecto sexual, estando elas normalmente mais sujeitas à violência, exploração sexual e outras formas de abuso. Os problemas que enfrentam podem variar também de acordo com as deficiências existentes (e.g. existem poucos materiais didáticos sobre sexo em linguagens de sinais ou em Braille).⁷³¹

⁷²⁸ LIPP, Marilda Novaes (Org.). *Sexo para Deficientes Mentais: Sexo e excepcional dependente e não dependente*. São Paulo: 1986, p. 07.

⁷²⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Promoting Sexual and Reproductive Health for persons with Disabilities*. Genebra: 2009. Disponível <http://www.unfpa.org/public/publications/pid/385>. Acesso em 20.10.2011, p. 01.

⁷³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *op. cit.*, p. 15.

⁷³¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *op. cit.*, p. 17.

O Brasil já iniciou algumas ações neste sentido, objeto de um documento publicado, em 2009, pelo Ministério da Justiça, que reafirma o compromisso de adoção de políticas públicas inclusivas no tocante à proteção das pessoas deficientes, em particular no tocante aos seus direitos sexuais.⁷³²

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada no Brasil pelo Decreto 6.949/09, prevê em seu Artigo 3 os princípios gerais aplicáveis às pessoas com deficiência, que evidentemente são também cabíveis no tocante aos direitos sexuais, conforme a doutrina,⁷³³ dentre os quais estão: (i) o respeito pela dignidade inerente, à autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (ii) a não-discriminação; (iii) à plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (iv) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade.

Vale ressaltar, por fim, existir atualmente questão polêmica no tocante a sexualidade dos deficientes mentais, vez que a Lei 12.015/09, inclui no Código Penal a figura do estupro de vulnerável,⁷³⁴ inviabilizando a liberdade sexual destas pessoas, motivo pelo qual já existe projeto de lei propondo sua parcial alteração, esclarecendo que o estupro só se consumará se o vulnerável estiver impossibilitado de manifestar sua vontade ou de oferecer resistência para essas ações, aproveitando-se o agente dessas circunstâncias.⁷³⁵

⁷³² MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direitos Sexuais e Reprodutivos na Integralidade da Atenção à Saúde com Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=34016&janela=1. Acesso em 10.10.2011.

⁷³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, *op. cit.*, p. 17.

⁷³⁴ “Estupro de vulnerável. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

⁷³⁵ O Projeto de Lei nº 1.213/11 propõe a alteração do texto legislativo como segue: “Art.217ª (...) §1.º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, ou qualquer outra causa, está impossibilitado de manifestar sua vontade ou de oferecer resistência para essas ações, aproveitando-se o agente dessas circunstâncias.

É possível que existam, ainda, outras minorias sexuais, constituídas por parcelas muito pequenas da população, que no futuro poderemos melhor identificar e compreender, como parte da riquíssima experiência sexual humana.

As bases teóricas utilizadas pelos Progressistas para a justificação de seus posicionamentos no tocante ao sexo e ao comportamento sexual, por sua vez, são extremamente complexas e diversas. Como se não bastasse a dificuldade do tema, existe pouca doutrina sobre sua interação com o Direito.

Até o momento, possivelmente a tentativa mais abrangente e ambiciosa de relacionar as teorias sexuais ao Direito tenha sido feita por ESKRIDGE e HUNTER.⁷³⁶

Segundo tais autores, as teorias da sexualidade (sejam elas de caráter essencialista ou construcionista) podem ser divididas em três grandes grupos, sendo o primeiro deles aquele composto pelas denominadas teorias da sexualidade baseadas no direito natural que, como visto, são aquelas adotadas pelos Tradicionalistas.

O segundo grande grupo de teorias da sexualidade é formado por aquelas teorias denominadas modernas ou liberais. Críticas ao modelo anterior, têm elas como características essenciais serem baseadas na racionalidade e no método científico de observação da realidade, se interessam sobre causas e consequências, sendo instrumentalistas, positivas ou descritivas, já que aspiram dizer o que a sexualidade é e como ela funciona. São elas influenciadas pelas idéias do Iluminismo e do estado liberal, e justificam-se com base nos princípios da liberdade e da autonomia. As teorias liberais usualmente separam os conceitos de sexo (que entendem ser um conceito biológico), de gênero (que entendem ser uma realidade cultural) e da sexualidade (que seria o resultado da interação recíproca entre a biologia e a cultura). Classificam-se dentre as teorias liberais as teorias econômicas, históricas, biopsicológicas e feministas da sexualidade.

⁷³⁶ ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 407 e ss.

O terceiro grupo engloba as teorias da sexualidade denominadas de pós-liberais e tem como características a análise crítica das teorias liberais da sexualidade, delas se diferenciando por: (i) questionarem a separação feita entre sexo, gênero e sexualidade presente na maior parte das teorias liberais, entendendo que as três categorias não são desagregadas, mas sim interrelacionadas e percebidas como parte de expressão sexual de cada indivíduo (denominada *performance*), cada uma impactando na outra e também na percepção que a sociedade tem do indivíduo; (ii) entenderem que as variações sexuais não são apenas benígnas ou irrelevantes, mas sim produtivas e positivas para a sociedade; (iii) questionarem a suficiência do conceito de não discriminação adotado pelo Estado liberal para a emancipação das minorias sexuais (baseado principalmente nos direitos de defesa). Enquadram-se neste conceito as modernas teorias essencialmente construcionistas da sexualidade, como a de Foucault.

Para uma melhor compreensão dos efeitos práticos da adoção destas teorias pelo direito, vamos nos servir do próprio exemplo prático citado por mencionados autores, com algumas adaptações.⁷³⁷ Imaginemos estar diante de uma polêmica acerca da contratação, por uma escola pública, de professores transexuais para ministrarem aulas no ensino fundamental. Os tradicionalistas poderiam argumentar que a presença de professores transexuais poderia ser deletéria ou prejudicial para os alunos, vez que contrária a princípios por eles aceitos. Os liberais, por sua vez, entenderiam que o sexo, o gênero e sexualidade dos professores seria tolerável, por ser indiferente para os alunos e irrelevante para se auferir a capacidade de um professor. Os pós-liberais, por sua vez, entenderiam que as variações relativas ao sexo, gênero e sexualidade dos professores não seriam simplesmente irrelevantes, mas sim positivas, educativas e transformadoras, no sentido de que podem ajudar a desfazer preconceitos e proporcionar aos alunos uma visão mais rica e realista da condição sexual humana.

Dentro destas três concepções, os conceitos de sexo, gênero e sexualidade poderiam ser resumidos da seguinte forma:

⁷³⁷ ESKRIDGE JR., William N. *et al*; *op. cit.*, p. 490.

	TEORIAS DA SEXUALIDADE BASEADAS NO DIREITO NATURAL	TEORIAS DA SEXUALIDADE MODERNAS OU LIBERAIS	TEORIAS DA SEXUALIDADE PÓS- MODERNAS
SEXO	HOMEM, MULHER	HOMEM, MULHER, INTERSEXUAL	SEXO É PERFORMÁTICO
GÊNERO	MASCULINO /CIVIL FEMININO/DOMÉSTICO	GÊNERO CONTÍNUO	GÊNERO É PERFORMÁTICO
SEXUALIDADE	MARITAL INSEMINADOR/ CRIADORA DE FILHOS	HETEROSSEXUAL, BISSEXUAL, HOMOSSEXUAL	SEXUALIDADE É PERFORMÁTICA

Portanto, um aspecto comum entre as teorias liberais como as pós liberais é que as mesmas, cada uma à sua maneira, procuram justificar a adoção de conceitos sobre o sexo e o comportamento sexual que não eram aceitos pelo Paradigma Judaico-Cristão ou outros paradigmas tradicionais.

Com efeito, sempre que analisamos as exceções e procuramos entendê-las, fica mais fácil compreender também as normas que regem o sexo, sua natureza e suas motivações.

Embora tais teorias não tivessem, no começo dos estudos científicos sobre a sexualidade, um caráter necessariamente emancipatório, na medida em que elas foram desconstruindo conceitos e pressupostos tidos como verdades absolutas, elas passaram a ser adotadas pelas minorias sexuais como razões argumentativas.

Por mais que se tenham tentado calar as vozes discordantes, o certo é que nunca o Paradigma Judaico-Cristão de moralidade (e talvez nenhum outro) conseguiu criar condições sociais que tenham correspondido a um estágio excelente de regulamentação da sexualidade.

E os descontentes, neste caso os Progressistas ou aqueles pertencentes à algumas das minorias sexuais, defendem basicamente a aceitação de outras formas de expressão da sexualidade ou a anulação da hierarquização das atividades sexuais, sempre como busca de maior liberdade e emancipação.

Basicamente elas defendem sejam aceitas outras formas de expressão da sexualidade. Em verdade, a proliferação de opiniões dissidentes sobre a sexualidade e a sua aglutinação em facções identificáveis é certamente uma das características marcantes do período atual, ficando mais difícil suprimir os dissidentes e mais simples para eles encontrarem pontos em comum.⁷³⁸

Nesse sentido, se destaca, no caso das mulheres, as teorias feministas da sexualidade, que baseadas num modelo moderado de construcionismo, questionavam a posição de inferioridade da mulher, em oposição à existente tradição paternalista, buscando abrir caminho para uma nova concepção das relações entre os sexos, fazendo uma análise crítica das regras existentes sob a perspectiva e os interesses das mulheres.

Muito embora o escopo das teorias do direito com perspectiva feminista seja enorme, de forma geral elas questionam a heterossexualidade compulsória e o sistema patriarcal. Entendem elas que as mulheres foram socialmente coagidas a se casarem e não terem acesso a meios de produção e renda, condenam o uso das mulheres em pornografia, defendem a liberdade reprodutiva e o direito ao aborto e entendem que muitas das ameaças enfrentadas pelas mulheres não vêm necessariamente do Estado, mas da violência nas relações privadas, com maridos, namorados, empregadores, médicos e mesmo estranhos.⁷³⁹ As feministas liberais acham que o problema das mulheres é a falta de escolhas, enquanto outras teorias entendem que o problema está na falta de poder.⁷⁴⁰ Nessa linha se destaca MacKinnon, a primeira jurista a propor uma ambiciosa teoria ligando o direito à ideologia da sexualidade e responsável por um relevante estudo comparativo entre o marxismo e o feminismo, vinculando as duas correntes no sentido de que ambas são teorias que questionam a desigualdade e a distribuição de poder, para concluir que a compreensão da mulher como objeto sexual é a primeira parte no processo de sujeição das mulheres, sendo a sexualidade uma forma de poder que institucionaliza a dominação masculina.⁷⁴¹

⁷³⁸ KUEFLER, Mathew Stephen., *op. cit.*, p. 203.

⁷³⁹ ESKRIDGE JR., William N. *et al, op. cit.*, p. 445 e ss.

⁷⁴⁰ ESKRIDGE JR., William N., *et al, op. cit.*, p. 562.

⁷⁴¹ MACKINON, Catharine Feminism, Marxism, Method, and the State: No agenda for Theory. *Apud* ESKRIDGE JR., William N. *et al, op. cit.*, p. 446.

Por sua vez, as outras teorias históricas concentram-se na tentativa de explicar o surgimento das normatizações existentes acerca da sexualidade humana, objetivando entender a construção histórica dos costumes sexuais. Já vimos, nesse sentido, as explicações de D'EMILIO e SMITH-ROSEMBERG sobre questões relativas ao desenvolvimento histórico de conceitos como a identidade homossexual e a evolução das visões de gênero.

As teorias econômicas, por sua vez, procuram entender de que forma as restrições inerentes às condições econômicas do homem, em cada período histórico, afetaram sua sexualidade. Destacam-se as teorias de POSNER e de BECKER, que criou a teoria econômica da família, pela qual a família tradicional segue um modelo econômico de divisão de trabalho entre os sexos que permitiu uma maior especialização e em consequência maximizou a produção de bens e serviços durante a história.⁷⁴²

Por sua vez, as teorias biopsicológicas, que se baseiam no método científico e na racionalidade para a pesquisa do sexo e do comportamento sexual, podem bem ser representadas pelas pesquisas de Kinsey sobre a sexualidade humana, que tiveram o condão de provar que muito do que se tinha como anormal ou antinatural era na verdade parte do comportamento sexual cotidiano das pessoas e fazia parte da natureza humana, demonstrando que as fronteiras entre a sexualidade normal e desviante eram muito menos claras do que se pensava anteriormente. Assim surgiu um paradoxo na história da sexologia: o modelo biológico que inventara as sexualidades anormais ou doentias era colocado em xeque por suas próprias pesquisas.⁷⁴³

Por fim, há que se mencionar as teorias pós liberais, que enfatizam o que os seres humanos são um produto do seu meio ou ambiente, construídos por forças sociais,⁷⁴⁴ que têm mais impacto na sexualidade humana que qualquer característica biológica. A abordagem construcionista pressupõe, portanto, que o sexo é parte de um processo de aprendizado, podendo ser afetado por fatores sociais diversos que, se por sua vez forem alterados, também influenciarão a sexualidade e a sua expressão, tentando demonstrar as falhas evidentes em

⁷⁴² BECKER, Gary. A Treatise on the Family. *Apud* ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 438 e ss.

⁷⁴³ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 46

⁷⁴⁴ KUEFLER, Mathew Stephen, *op. cit.*, p. 370.

qualquer tentativa de concepção universalista da sexualidade, desafiando as bases daquilo que era considerado normal ou aceitável. Nesse sentido, merece particular destaque o já mencionado FOUCAULT, que demonstrou que muitas das diferenças entre os sexos são de ordem social, cultural e portanto alteráveis, ao invés de naturais, inerentes ou imutáveis como somos levados a crer irrefletidamente; e também BUTLER que, com caráter também feminista, questiona a formação do conceito de gênero como interpretação cultural do sexo.⁷⁴⁵

Mas independente de que teoria se adote, as questões de fundo são sempre as mesmas, quais sejam, justificar a normalidade, naturalidade ou aceitabilidade de determinadas identidades e comportamentos sexuais, vez que os dissidentes sempre buscaram mudanças, mais experimentação com os costumes sociais e mais questionamento dos valores tradicionais, acreditando no progresso e na noção que a sociedade humana está constantemente se aperfeiçoando.⁷⁴⁶

A discussão acerca da naturalidade de um comportamento tem se mostrado bastante problemático, vez que o conceito de natureza não é unívoco e tem sido usado para justificar desde a violência à sociabilidade inatas, bem como para legitimar ou celebrar nossas melhores ou piores características. Parece haver tantas naturezas quantos valores conflitantes.⁷⁴⁷

Assim, não raro a natureza tem sido invocada para apoiar crenças ou atitudes sobre a sexualidade. Mas a natureza não é terreno firme, especialmente quando utilizada para descrever o comportamento sexual. O natural seria aquilo que é encontrado na natureza? Então uma série de comportamentos sexuais, desde a reprodução assexuada de algumas plantas e animais, passando pelo incesto e o sexo entre espécies diferentes devem ser considerados como naturais. Deveria significar aquilo encontrado na “natureza humana”, em oposição à “natureza animal” ou seja, aquilo que nos separa dos animais? Se fosse assim, devemos considerar contrários à natureza humana todo tipo de ato sexual observados em animais, o que

⁷⁴⁵ BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Apud ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 504.

⁷⁴⁶ KUEFLER, Mathew Stephen, *op.cit.*, p. 204.

⁷⁴⁷ WEEKS, Jeffrey. *Sexuality and its Discontents*. Londres: Routledge, 1985, p. 62.

incluirá renegar desde a monogamia até a extrema promiscuidade, donde se conclui que a natureza, ao fim e ao cabo, não é uma fonte plenamente confiável.⁷⁴⁸

No mesmo sentido, é a lição de LOPES que propõe os seguintes questionamentos: “E a natureza, por seu lado, o que é? É o conjunto de necessidades e regularidades cósmicas? Bem, nesse caso, andar de avião e fazer transfusões de sangue são coisas contra a natureza. É um conjunto fixo de funções e finalidades: então, é o caso de “subjeter” a natureza e dizer que ela “quer” algo, o que a rigor ninguém admitiria, a não ser de forma metafórica. Mas o uso metafórico das palavras não produz argumentos convincentes”.⁷⁴⁹

Como visto, portanto, a utilização da natureza como argumento implica, no mais das vezes, incorrer no que os filósofos denominam a falácia naturalística, que se caracteriza pela tentativa de se obter conclusões morais com base nas propriedades naturais, deduzindo conceitos prescritivos de meros conceitos descritivos, vez que as premissas factuais não são suficiente, *per se*, para justificar as propriedades morais de um ato.⁷⁵⁰

Ainda que assim não fosse, sequer seria possível determinarmos com precisão o que é natural na sexualidade humana. A dificuldade deriva não somente da resistência da natureza à ciência experimental, mas também da imprecisão do próprio conceito de natural. Talvez a biologia que os humanos têm em comum com os animais não seja significativa para a compreensão da sexualidade humana e a perversão possa ser mais bem compreendida psicologicamente, o que tornaria ainda mais difícil de descobrir a sexualidade humana natural.⁷⁵¹

Um argumento que se usa face aos comportamentos sexuais atípicos é que a única função natural do sexo é a procriativa, e que, conseqüentemente, apenas o coito

⁷⁴⁸ KUEFLER, Mathew Stephen, op. cit., p. 114.

⁷⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilverto Cogo. (Coord). *Homossexualidade e Direitos Sexuais – Reflexões a partir da Decisão do STF*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 22.

⁷⁵⁰ RIDGE, Michael. *Moral Non-Naturalism*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy . Disponível em: = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/moral-non-naturalism/>>. Acesso em 20.12.2011.

⁷⁵¹ SOBLE, Alan, op. cit., p. 73.

heterossexual seria digno de ser considerado um direito natural. Entretanto, isso não faz sentido, vez que, embora os mecanismos de prazer tenham evoluído para motivar as pessoas a se reproduzir, o desejo por prazer sexual pode ser satisfeito por uma variedade de formas não reprodutivas, da masturbação ao sexo anal. Se estas atividades fossem “antinaturais”, ou “uma ameaça à sobrevivência da espécie”, elas teriam sido eliminadas por um processo de seleção natural, muitos milhares de anos atrás. Como estes comportamentos persistem, e são observados em muitas outras espécies de primatas, eles são, sem dúvida, naturais.⁷⁵²

Ao contrário, existem muitas provas, históricas e por analogia com os nossos parentes primatas, de que a sexualidade não procriativa não é antitética à natureza humana essencial,⁷⁵³ especialmente porque sabemos que a natureza não determinou que a procriação fosse o único objetivo da atividade sexual humana.⁷⁵⁴

Percebe-se claramente que a idéia do sexo heterossexual, monogâmico, para fins de procriação, como única forma natural do exercício da sexualidade, não encontra suporte na natureza, sendo uma idéia construída socialmente e que, portanto, está sujeita à desconstrução, como alegam os Progressistas. Por esta mesma razão, o que é entendido como natural varia de cultura para cultura,⁷⁵⁵ motivo por que encontramos tantas inconsistências nos discursos que procuram classificar os atos sexuais como aceitáveis ou não com base na naturalidade.

Com efeito, muitos conservadores evocam o discurso do “natural” para justificar certas posições sobre o sexo, mas escolhem seletivamente o que entendem por natural. Um exemplo claro são os remédios, cada vez mais eficazes, que facilitam a ereção. Não é natural que um homem de 80 anos tenha constantes ereções, mas ao que consta, ninguém ainda reclamou de estar tendo uma ereção “antinatural” pelo uso de Viagra...

Outra incongruência evidente é o fato de que aceitamos o coito como natural, por um critério biológico, ao mesmo tempo que aceitamos o beijo na boca, que não poderia ser

⁷⁵² ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁵⁴ POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 228

⁷⁵⁵ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 03.

aceito por este critério. Tal fato leva à conclusão de que também adotamos critérios psicológicos para a justificação de outros comportamentos, de forma que não se pode objetar seu uso também para qualquer prática sexual não procriativa,⁷⁵⁶ vez que, com base em tal argumentação, não há diferença ontológica entre o beijo heterossexual e o homossexual.

Nesse sentido, alguns chegam a criticar o uso da boca, ânus ou outras partes do corpo em atos sexuais, por entenderem que eles estariam sendo usados para algo que não é sua finalidade precípua ou natural. Então, nessa mesma linha de argumento, como propõe SOBLE, há que se questionar se lambar selos para colar nas cartas no correio não seria um uso inaceitável da língua?⁷⁵⁷

É interessante notar, neste sentido, que a própria heterossexualidade também sempre tem sido tratada de forma ilógica: algo natural, que no entanto deve ser conquistado; inevitável, mas sempre sob ameaça; espontânea, mas que tem que ser aprendida.⁷⁵⁸ É de se perguntar, se o comportamento sexual pregado pelos conservadores é tão natural, normal, espontâneo e instintivo, por que é que ele precisa ser tão defendido? Alguém fica defendendo a necessidade de outros imperativos biológicos como respirar, tomar água ou se alimentar?

Por evidente que não.

Em nossa opinião tal fato denota, insofismavelmente, que a conceituação de natural por eles defendida simplesmente não tem as características que apregoam.

Em vista do exposto, e concordando com os argumentos dos Progressistas, somos forçados a concluir que a sexualidade humana tem várias funções, incluindo proporcionar prazer aos indivíduos, o que contribui para o seu bem estar, sobrevivência e longevidade,⁷⁵⁹ devendo serem considerados naturais quaisquer atos que atendam a esses requisitos.

⁷⁵⁶ SOBLE, Alan, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁵⁸ WEEKS, Jeffrey, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁵⁹ SOBLE, Alan., *op. cit.*, p. 76.

Quanto à função do sexo como fonte de prazer, e a naturalidade desta característica, ensina SOBLE:

“O prazer sexual é um sistema motivacional projetado para assegurar que nossos ancestrais evolucionários se reproduzissem. O prazer oferecia o benefício necessário para compensar os grandes custos associados ao ato sexual, como despesa de tempo e energia, vulnerabilidade ao ataque, perigo de doenças sexualmente transmissíveis, gravidez e parto, dentre outros. A seleção natural, portanto, favoreceu aqueles que experimentavam maior prazer no sexo porque eles tendiam a investir mais de suas energias na busca do sexo e então tinham mais descendentes, muitos dos quais herdaram cópias dos genes que levavam à busca do prazer. Desta maneira, o desejo pelo prazer sexual é difundido por toda a raça humana. Nos muitos milhões de anos desde que este extraordinário e flexível sistema sexual se desenvolveu, os humanos cooptaram-no para servir a vários objetivos além da reprodução. Embora a busca pelo prazer seja a motivação racional mais prevalente para se dedicar ao sexo, não é, de forma alguma, a única função ou significado do sexo. O Sexo é um componente integral das relações interpessoais, servindo como expressão de amor, compromisso e intimidade. Algumas pessoas usam o sexo para aliviar o estresse ou reduzir tensões interpessoais. Outros usam-no para conseguir dinheiro, e alguns ainda o usam de maneiras não saudáveis. Raramente, contudo, o sexo é usado para seu propósito de procriação: “embora a procriação seja sem dúvida a razão final do sexo, esse aspecto reprodutivo apenas não pode ser o responsável pela variedade de significados e práticas abrangidas pela sexualidade humana”.⁷⁶⁰

Mas se é impossível questionar a aceitabilidade de identidades ou comportamentos sexuais com base em sua naturalidade, muitos imaginam que talvez seja possível auferir a sua normalidade.

⁷⁶⁰ ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 72.

A primeira questão que se coloca é acerca da possibilidade de se auferir o que é normal, principalmente porque o conceito do que está abrangido pela normalidade (não apenas no campo sexual) está sendo constantemente alterado em função do constante desenvolvimento em todos os campos do conhecimento de forma que atualmente quer nos parecer ser apropriada a proposta de WEEKS que, com base nas conclusões de KINSEY, defende que o sexo é uma função biológica normal que deve ser aceita em qualquer forma que seja manifestada⁷⁶¹ (desde que, claro, não cause danos a terceiros).

Nesse particular, há inclusive quem defenda que as pesquisas das causas psíquicas de determinados comportamentos sexuais podem incluir, em si mesmas, uma manifestação preconceituosa e discriminatória, por pressupor a existência de uma sexualidade normal, que seja parâmetro pelo qual as demais expressões da sexualidade seriam interpretadas e valoradas.⁷⁶²

Também é útil lembrarmos que a maioria das pessoas que se definem como “normais” não se dá conta de que, embora seu comportamento se ajuste com mais ou menos precisão aos comportamentos sexuais que tenham maior aceitação em nossa cultura, se sua vida sexual fosse analisada a fundo pelos outros, muitos de seus aspectos seriam considerados inaceitáveis, nojentos ou impróprios para muitos. Na verdade todos nós somos forçados a reconhecer que muito do que consideramos normal nos detalhes mais íntimos de nossas vidas sexuais só o é porque não foi posto ao escrutínio de outras pessoas.

Portanto, o simples fato de um ato ser normal ou anormal não significa necessariamente que ele seja bom ou aceitável. Pode muitas vezes ser ele indiferente, sendo interessante neste sentido, a lição de RUBIN sobre a existência de variações sexuais benígnas:

“É difícil desenvolver um conceito de ética sexual pluralista sem o conceito de variação sexual benigna. A variedade é propriedade de todas as formas de vida,

⁷⁶¹ WEEKS, Jeffrey, *op. cit.*, p. 212.

⁷⁶² RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre o preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 120.

dos organismos biológicos mais simples às mais complexas formações sociais humanas. No entanto, essa variação não é aceita na sexualidade, onde tudo deve se enquadrar num padrão único, pois uma das idéias mais difundidas sobre o sexo é que existe apenas uma maneira certa de fazê-lo e que todos deveriam fazer assim. Essa noção idealizada do sexo caracteriza todos os sistemas de pensamento sobre o sexo. A maioria das pessoas acha difícil compreender que o que elas gostam de fazer na cama pode ser absolutamente repulsivo para outra pessoa, e que o que eles acham repulsivo, pode ser o maior desejo de outra. Diante das enormes diferenças biológicas e culturais entre as pessoas, é irreal pensar que todos terão as mesmas preferências relativamente ao sexo, e a realidade comprova isso, motivo pelo qual é necessário um entendimento antropológico que compreenda melhor as culturas sexuais, de forma que uma teoria autônoma e uma política específica sobre a sexualidade precisa ser desenvolvida para garantir o pluralismo sexual.⁷⁶³

Na verdade, o argumento da normalidade não se sustenta porque ninguém é obrigado a viver de acordo com o que outros consideram normal (desde que não prejudiquem terceiros), e querer impor uma visão de normalidade a todos é restritivo ao seu desenvolvimento e um desrespeito à sua liberdade.

Ademais, em nossa sociedade se dá desproporcional importância, de forma ilógica, a qualquer variação sexual, ao mesmo tempo que aceitamos todos os tipos de esquisitices e idiosincrasias em outros campos da vida que não o sexo. É normal ser paraquedista ou fazer esportes radicais que colocam a pessoa constantemente em risco de se ferir ou perder a vida? No entanto não há movimentos sociais contra a “normalidade” dos esportes radicais.

As pessoas têm os mais variados gostos e isso faz parte da riqueza da cultura inerente à vida em sociedade. Não nos cabe forçar nossa visão de normalidade aos outros em nenhum campo da vida, inclusive o sexual, por mais que não concordemos com seus hábitos.

⁷⁶³ RUBIN, Gayle. *Thinking Sex: ote for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*. Apud ESKRIDGE JR., William N.; HUNTER, Nan D.; *Sexuality, Gender and the Law*: Nova York: Foundation Press, 2004, p. 452 e ss.

Assim sendo, ainda que possa parecer incompreensível que alguém goste de escutar Shakira, ou assistir ao Programa do Ratinho, não há porque proibir tais comportamentos.

Uma última questão a ser focada, no tocante à normalidade, é a existência de doenças relativas à sexualidade, face a um discurso médico que tradicionalmente patologizava as identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas.

Vez que não existe consenso sobre o caráter patológico de muitas identidades e práticas sexuais,⁷⁶⁴ somos a favor de um comedimento quanto a patologização de quaisquer comportamentos, a não ser em casos em que os mesmos estejam ligados à existência de transtornos mentais, de acordo com critérios objetivos, como aqueles definidos pela Associação Americana de Psiquiatria, para a qual qualquer comportamento sexual apenas pode ser considerado doentio caso se enquadre no conceito de transtorno mental que tem como características a angústia psíquica (ansiedade, ou culpa); a incapacidade de funcionar normalmente (e.g. inability de manter um emprego, iniciar e manter relações interpessoais) e/ou; o aumento do risco de que algo ruim aconteça com a pessoa. Há de se ter sempre em mente que as condições têm que estar no indivíduo, em todos os casos, ou seja, devem ser endógenas, e não exógenas ou reativas.⁷⁶⁵

Diante de todo o exposto, somos forçados a concluir, portanto, que mais importante que aquilatar a normalidade de um comportamento sexual é avaliar sua moralidade, com base no fato do mesmo ser baseado no consentimento livre e informado e não causar danos a terceiros, pois, conforme SOBLE, nenhuma lei suplementa este princípio de justiça nas relações humanas.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁶⁵ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Disponível em: <http://www.dsm5.org/ProposedRevisions/Pages/proposedrevision.aspx?rid=465#>. Acesso em 10.11.2011.

⁷⁶⁶ SOBLE, Alan, *op. cit.*, p. 93.

3.6. JUSTIÇA SEXUAL

O processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, com todas as suas características emancipatórias é, por sua natureza, fundamentalmente uma luta por justiça: a justiça sexual.

É, portanto, uma resposta e tentativa de corrigir as várias injustiças tradicionais e sistêmicas que continuam a ser perpetradas contra as minorias sexuais, objetivando sua efetiva emancipação.

Assim, para a melhor compreensão das demandas emancipatórias das minorias sexuais é necessário a análise das injustiças que elas estão sendo submetidas, o que será feito a seguir.

Para tanto, é importante a compreensão de que as injustiças podem ser divididas, conforme a doutrina, em dois grande grupos: as injustiças de reconhecimento e injustiças de distribuição.⁷⁶⁷

As injustiças de distribuição são aquelas de ordem precipuamente econômica e material, relacionadas com o efetivo acesso dos indivíduos aos bens e serviços existentes dentro da sociedade. Desta forma, os direitos sexuais podem ser violados quando a injustiça relaciona as características sexuais com a estrutura econômica da sociedade, como elemento gerador de situações de exploração e privação de condições de vida materialmente adequadas,⁷⁶⁸ sendo comum que as minorias sexuais se encontrem em situação desfavorecida em virtude da intolerância e da discriminação.

Em outras situações, a injustiça diz respeito a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, exemplificados por situações de dominação cultural que levam

⁷⁶⁷ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁶⁸ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 28.

ao não reconhecimento e desrespeito a determinados grupos estigmatizados. É que se denomina injustiça de reconhecimento.⁷⁶⁹

Quanto aos direitos de reconhecimento, ensina LOPES:

“(...) pode-se dizer que partem dos seguintes postos: (a) que existem na sociedade grupos estigmatizados; (b) que os estigmas são produtos institucionais e históricos e não cósmicos; (c) que os estigmas podem não ter fundamentos científicos, racionais ou funcionais para a sociedade; (d) que as pessoas pertencentes a grupos estigmatizados sofrem a usurpação ou a negativa de um bem imaterial (não mercantil, nem mercantilizável), mas básico: o respeito e o autorespeito; (e) que a manutenção social dos estigmas é, portanto, uma injustiça, provocando desnecessária dor, sofrimento, violência e desrespeito; (f) que os membros de uma sociedade, para continuarem pertencendo a ela, têm direito a que lhes sejam retirados os estigmas aviltantes.”⁷⁷⁰

Ao nos referimos a estas injustiças, é importante notar que, a par de sua natureza distinta, ambas estão intimamente relacionadas, pois derivam das mesmas condições sociais estruturais que permitem a criação e perpetuação de situações injustas, sejam de ordem cultural, política ou econômica, razão pela qual salienta ALTMAN que ambas tem consequências materiais, e sua correção demanda alterações estruturais no campo político-econômico-cultural, com a transformação dos padrões de representação, interpretação e comunicação da sociedade, de forma que todos alterem seu posicionamento.⁷⁷¹

As injustiças de que são vítimas as minorais sexuais podem ser facilmente constatadas pelo fato de os indivíduos a elas pertencentes não estarem, no mais das vezes, recebendo um tratamento justo, o que fere tanto o senso comum de justiça como o ordenamento jurídico, que proíbe distinções de tal jaez.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, 28.

⁷⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilverto Cogo. (Coord). *Homossexualidade e Direitos Sexuais – Reflexões a partir da Decisão do STF*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 30.

⁷⁷¹ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 36.

Contudo, o sexo continua, na prática, a ser utilizado como elemento para o reconhecimento da dignidade das pessoas, com consequências importantes na equitativa distribuição de benefícios sociais, políticos e econômicos, cuja exata compreensão pressupõe confrontar os silêncios, invisibilidades e injustiças resultantes de múltiplas formas de exclusão social, estigma e discriminação.⁷⁷²

Em outras palavras, vários elementos do sexo têm sido usados como critérios distintivos para inferiorizar as minorias sexuais, implicando a restrição, quando não a supressão completa e arbitrária, de direitos e de oportunidades, seja por razões jurídico-formais, seja por puro e simples exercício da intolerância e do preconceito, que varia desde aquele mais sutil até a utilização da violência física.

Dentre as injustiças normalmente enfrentadas pelas minorias sexuais estão, em maior ou menor grau, em todas as regiões do mundo, incluídas as seguintes:⁷⁷³⁻⁷⁷⁴

(i) assassinatos, estupros e outros atos de violência discriminatória;⁷⁷⁵

(ii) violência doméstica e sexual praticada contra as mulheres;⁷⁷⁶

(iii) tortura e outras formas de tratamento desumano e degradante;

⁷⁷² CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 10

⁷⁷³ Conforme relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre as leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos com base na sua orientação sexual ou identidade de Gênero, apresentado ao Conselho de Direitos Humanos em 16.11.2011. Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf. Acesso em 15.15.2011.

⁷⁷⁴ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, *op. cit.*, 119 e ss.

⁷⁷⁵ No Brasil em particular, está recrudescendo o nível de violência gerados pela homofobia e transfobia, o que é considerado uma “calamidade e ameaça constante à segurança de milhões de homossexuais que não têm a quem recorrer para exigir respeito ao direito fundamental de qualquer ser humano: o direito à vida” (cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de; *op. cit.*, p. 231).

⁷⁷⁶ Os índices de violência doméstica em todo o mundo, e também no Brasil, além de inaceitáveis, são alarmantes. Estima-se que um terço das mulheres do mundo já tenha sofrido violência doméstica (incluindo violência sexual). No Brasil, as pesquisas apontam que uma em cada cinco mulheres já foi agredida, o que perfaz um total de 2,1 milhões de espancamentos por ano! (cf. PRADO, Thays. *Violência doméstica ainda é realidade*. Disponível em http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/atitude/conteudo_425795.shtml. Acesso em 09.10.2011).

- (iv) violência perpetrada por grupos extremistas, além de campanhas denegrindo as minorias;
- (v) leis discriminatórias (incluindo quaisquer dispositivos legais que discriminem, de forma injusta e irracional, com base em quaisquer dos aspectos relativos ao sexo, incluindo, mas não se limitando, à ausência de igualdade entre os gêneros e à criminalização das relações homossexuais, ainda que consentidas);
- (vi) prisão e detenção arbitrárias;
- (vii) discriminação no acesso aos serviços de saúde para tratamento de doenças, acesso à informação e às cirurgias de transexualização;
- (viii) discriminação no acesso aos serviços de educação, o que inclui o abuso sexual e a intimidação sexual nas escolas;
- (ix) restrições quanto à liberdade de expressão ou reunião;
- (x) discriminação dentro do núcleo familiar e da comunidade (o que inclui a expulsão de casa, casamentos forçados etc.);
- (xi) negação de direitos relativos às relações pessoais (tais como direitos derivados de relações de parentesco por casamento ou adoção);
- (xii) discriminação para obtenção e manutenção de emprego;
- (xiii) maior vulnerabilidade e marginalização, devido à sistemática situação de discriminação a que são submetidas as minorias;
- (xiv) não reconhecimento do gênero adotado pelas pessoas transgêneras.

Todas estas injustiças, por óbvio, são inaceitáveis, em particular quando são perpetradas com o apoio ou a complacência, ainda que omissiva, do Estado, que tem por obrigação defender os interesses de seus cidadãos, cabendo-lhe criar as condições de cunho político, jurídico e social para a realização do bem comum.

Observe-se, neste particular, que justiça sexual e justiça social não são a mesma coisa, mas estão profundamente vinculadas uma à outra, de forma que a estrutura dos direitos humanos deve abarcar suas profundas interconexões.⁷⁷⁷

A perpetuação de tais injustiças, conseqüentemente, coloca em xeque a própria habilidade do Estado de atingir seus fins, o que evidentemente inclui o respeito aos fins individuais, motivo pelo qual a doutrina ensina que “o que importa é o encontro da relação entre os Estados e os fins individuais. O Estado é sempre uma unidade de fim, ou seja, é uma unidade conseguida pelo desejo de realização de inúmeros fins particulares, sendo importante localizar os fins que conduzem à unificação. De fato, sendo a vida do Estado uma série ininterrupta de ações humanas, e sendo estas, por sua vez, sempre determinadas por um fim, é lógico que os fins do Estado deverão ser a síntese dos fins individuais. Isso é que explica a existência das instituições do Estado e a diferença de concepções a respeito das mesmas instituições de época para época”.⁷⁷⁸

Da mesma forma, é certo ter o Estado um fim imediato, que é o de manter a ordem sócio-ético-jurídica; e também um fim mediato, que é o de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana ou,⁷⁷⁹ em outras palavras, cabe ao Estado a construção e a manutenção de uma sociedade estável, justa e democrática, que permita o desenvolvimento individual e coletivo de seus membros, que nada mais é que o bem comum.

⁷⁷⁷ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 218

⁷⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. cit.*, p. 105.

⁷⁷⁹ MALUF, Sahid; *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 282.

Por sua vez, o bem comum, conforme definido pelo Papa João XXIII “consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.⁷⁸⁰ Tal definição, particularmente feliz, mereceu os seguintes comentários de DALLARI:

“Como se vê, não é feita referência a uma espécie particular de bens, indicando-se, em lugar disso, um conjunto de condições, incluindo a ordem jurídica e a garantia de possibilidades que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Nesta idéia de integral desenvolvimento da personalidade está compreendido tudo, inclusive os valores materiais e espirituais, que cada homem julgue necessário para a expansão de sua personalidade.

Ao se afirmar, portanto, que a sociedade humana tem por finalidade o bem comum, isso quer dizer que ela busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares. Quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência”.⁷⁸¹

Destarte, temos que o Estado se caracteriza por ser a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território⁷⁸², e que a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação as finalidades;⁷⁸³ vinculadas à consecução da justiça, valor fundamental do direito.⁷⁸⁴

Tais finalidades, por sua vez, são perfeitamente congruentes com as premissas relativas ao respeito aos direitos humanos, que conforme a doutrina são: (i) a defesa das liberdades contra a opressão do Estado; (ii) a afirmação de direitos comuns a todos, decorrentes da própria natureza humana; (iii) exigência de uma ordem social que assegure e

⁷⁸⁰ JOAO XXIII. Encíclica *Pacem in Terris*. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_pacem_po.html. Acesso em 23.12.2011.

⁷⁸¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 119.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁸⁴ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 334.

viabilize sua satisfação e; (iv) mecanismos de justiça social que permitam seu gozo e usufruto por todos.⁷⁸⁵

A luta pela emancipação das minorias sexuais, portanto, inclui o reconhecimento dos seus direitos por parte do Estado e da sociedade, estando vinculada à idéia de justiça sexual, por meio da crescente criação de movimentos sociais de resistência contra as opressões e em defesa do reconhecimento de todos os direitos abrangidos pela cidadania plena.⁷⁸⁶

A realização do bem comum e a consideração dos interesses de todos os grupos da sociedade (aliás, conforme a declaração universal dos direitos do homem) deve ser protegida pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.⁷⁸⁷ Desta forma, as injustiças sexuais criam também uma situação conflituosa de instabilidade social altamente deletéria aos interesses da sociedade como um todo, mesmo porque, conforme RAWLS, apenas temos estabilidade quando os interesses fundamentais de todos são razoavelmente satisfeitos.⁷⁸⁸

Desta forma, a justiça em todos os seus aspectos, o que inclui, por óbvio, a justiça sexual, é essencial para a estabilidade social, já que a estabilidade, para ser duradoura, como ensina HABERMAS, deverá se apoiar não apenas no direito e, sim, na força socializadora de uma vida sob instituições justas, que educa e estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça.⁷⁸⁹

E a justiça, por evidente, não pode ser considerada como conceito meramente formal e vazio de conteúdo, mas sim como a exigência concreta de respeito à personalidade de cada homem e de todos os homens.⁷⁹⁰ Caracteriza-se ela por ser uma virtude da convivência

⁷⁸⁵ D'ANGELIS, Wagner Rocha, *op. cit.*, 111.

⁷⁸⁶ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁸⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 193.

⁷⁸⁸ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 155.

⁷⁸⁹ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁹⁰ MONTORO, André Franco, *op. cit.*, p. 335.

humana que significa, fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, exigindo uma atitude de respeito para com os outros.⁷⁹¹

Exatamente por esta necessidade de respeito à dignidade intrínseca aos indivíduos pertencentes às minorias sexuais, ensina MIRANDA que a justiça relativamente a grupos minoritários deve ser entendida como conceito abrangente, pois “está em causa, antes de mais nada, o reconhecimento aos cidadãos pertencentes a uma minoria, dos mesmos direitos e das mesmas condições de exercício dos direitos dos demais cidadãos. Mas não basta evitar ou superar a discriminação. É necessário assegurar o respeito da identidade do grupo e propiciar-lhe meios de preservação e de livre desenvolvimento. Donde, a atribuição de direitos particulares – de direitos fundamentais próprios desses grupos, de caráter individual ou institucional – e a prescrição ao Estado das respectivas incumbências”.⁷⁹²

Nesse sentido, RAWLS elenca as condições necessárias a uma sociedade ordenada com base numa concepção de justiça, quais sejam: (i) que todos os cidadãos aceitem os mesmos princípios de justiça; (ii) que seja reconhecido que sua estrutura básica, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como se articulam, satisfaz esses princípios de justiça; e (iii) que os cidadãos tenham um senso de justiça efetivo, ou seja, que lhes seja permitido compreender e aplicar os princípios de justiça e agir em função deles quando as circunstâncias assim o exigem.⁷⁹³

FILOMENO, por sua vez, com base nas idéias de Stammler, entende ser a idéia de justiça composta pelos seguintes preceitos básicos: “a) o conteúdo da vontade de uma pessoa não deve depender do desejo arbitrário de outra; b) toda exigência jurídica deve possuir tal forma que a pessoa obrigada conserve sua independência pessoal; (c) a pessoa obrigada não pode ser excluída arbitrariamente da comunidade jurídica; (d) todo poder atribuído pelo direito só pode ser excludente se a pessoa excluída conservar sua personalidade integralmente, insistindo-se, por conseguinte, na questão do respeito à personalidade humana”.⁷⁹⁴

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 165.

⁷⁹² MIRANDA, Jorge; *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 195.

⁷⁹³ RAWLS, John, *op. cit.*, p. 283.

⁷⁹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 209.

E tal disposição para a justiça, derivada de instituições justas, só poderá existir mediante o respeito à dignidade humana, razão pela qual a incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais atende a esse ideal de justiça, sendo inclusive compatível com as idéias básicas das principais teorias de justiça celebradas pela doutrina.

Assim, o próprio RAWLS ao propor sua teoria da justiça, por meio da qual objetiva conceituar uma estrutura social básica que compreende instituições sociais no interior das quais os seres humanos podem desenvolver suas faculdades morais e tornar-se membros plenamente cooperativos de uma sociedade de cidadãos livres e iguais,⁷⁹⁵ especifica uma série de elementos constantes entre os princípios positivados relativos aos direitos humanos fundamentais, dentre os quais: (i) a distribuição de direitos e obrigações de acordo com uma estrutura básica que permita o funcionamento de um projeto político equitativo⁷⁹⁶ e ordenado; (ii) a igualdade;⁷⁹⁷ (iii) a pluralidade;⁷⁹⁸ (iv) o respeito mútuo;⁷⁹⁹ (v) a cooperação.⁸⁰⁰

Outra interessante teoria de justiça social foi recentemente proposta por POWERS. Com tendência moderadamente essencialista, se fundamenta ela na idéia de que qualquer forma de justiça social deve levar em consideração a existência de sete dimensões do bem-

⁷⁹⁵ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 80.

⁷⁹⁶ Quais sejam, os direitos e deveres básicos que devem ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regula a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social e distribui os encargos necessários para manter o funcionamento da sociedade justa. Propõe Rawls dois princípios básicos de justiça: (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições; primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (Cf. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 60).

⁷⁹⁷ Todos aqueles capazes de ser membros plenamente cooperativos da sociedade política são vistos como iguais e só podem ser tratados de forma diferenciada tal como a concepção política pública o admite". (Cf. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 29).

⁷⁹⁸ "Uma sociedade democrática sem dúvida acolhe muitas comunidades dentro dela, e tenta ser um mundo social dentro do qual a diversidade possa florescer num clima de entendimento mútuo e concórdia, mas uma sociedade não é em si uma comunidade, nem pode sê-lo tendo em vista a idéia do pluralismo razoável". (Cf. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 29).

⁷⁹⁹ Um dos objetivos da justificação pública é certamente o de preservar as condições de uma cooperação social efetiva e democrática alicerçadas no respeito mútuo entre cidadãos livres e iguais" (Cf. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 39).

⁸⁰⁰ "característica essencial de uma sociedade bem-ordenada é que sua concepção pública de justiça política estabelece uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos: cada um coopera, política e socialmente, com os restantes em termos aceitos por todos como justos. É esse o significado de justificação pública". (Cf. RAWLS, John, *op. cit.*, p. 80).

estar humano, quais sejam: saúde, segurança pessoal, raciocínio,⁸⁰¹ respeito, vínculos⁸⁰², autodeterminação, necessariamente aspirando altos níveis de satisfação em cada uma delas. Assim, a justiça social só existirá se uma sociedade possibilitar, a cada indivíduo, as condições necessárias para um nível suficiente de bem estar em cada uma destas dimensões; devendo a sociedade atuar em cada um dos determinantes sociais que tem efeito profundo e direto sobre a obtenção de cada uma destas dimensões do bem estar.⁸⁰³ Desta forma, a sociedade deve se esforçar para criar uma estrutura social básica por meio da qual cada indivíduo tenha se não um nível alto, ao menos um nível mínimo razoável de bem estar em cada uma destas dimensões, e deve vigiar contra os padrões sistemáticos, procurando saná-los.⁸⁰⁴

Particularmente interessante na teoria de justiça proposta por POWERS, de certa forma ecoando idéias já expressas por RAWLS, é o entendimento de que o respeito é necessário ao florescimento humano, motivo pelo qual é um elemento essencial da justiça, enfatizando que o respeito pelo outro é umbilicalmente relacionado com o respeito a si mesmo, vez que a capacidade de auto-respeito pressupõe a capacidade de enxergar-se como moralmente igual aos outros e, conseqüentemente, fonte de direitos morais baseados em sua própria dignidade e valor.⁸⁰⁵

Desta necessidade de respeito à dignidade em todas as dimensões, portanto, decorre a importância de se criar um ambiente favorável, em que todo indivíduo possa desfrutar de todos os direitos sexuais e seja capaz de ter um papel ativo nos processos de desenvolvimento econômico, social, cultural e político.

⁸⁰¹ Considerado, neste contexto, *lato sensu*, para abranger as habilidades psíquicas e cognitivas que permitam o uso da inteligência, e do pensamento, dentre outras faculdades mentais, possibilitando uma reflexão crítica sobre o mundo, os outros, e sobre si mesmo, permitindo atingirmos nossos próprios juízos.

⁸⁰² *Attachment*, no original. A expressão é utilizada em referência possibilidade de estabelecer vínculos afetivos ou relações com as demais pessoas, que abrangem aqueles mais íntimos, baseados no amor, aqueles baseados no afeto, como as amizades, ou mesmo aqueles relacionamentos baseados no sentimento de solidariedade que deve existir entre as pessoas de uma mesma comunidade.

⁸⁰³ POWERS, Madison; FADEN, Ruth. *Social Justice*. Nova York, Oxford University Press, 2006, p. 16 e ss.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 22.

Veja que a sexualidade é um aspecto da vida social e humana que abrange as dimensões do corpo, mente, política, saúde e sociedade,⁸⁰⁶ um ambiente favorável, onde todos possam usufruir de todos os direitos sexuais como parte do processo de desenvolvimento, deve ser criado, possibilitando que os direitos humanos relacionados à sexualidade, sua proteção e promoção sejam parte da existência diária de todos os indivíduos, em todos os lugares.⁸⁰⁷

Assim, incabível em qualquer sociedade justa o preconceito, que nos torna limitados e limitantes, além de injustos, contribuindo para o surgimento de estigmas que condenam milhões de pessoas a viver, no dia a dia, situações humilhantes, que afetam a sua dignidade e limitam o exercício de seus direitos.⁸⁰⁸

Tal estado de coisas não mais se justifica ou pode ser tolerado no atual estágio de evolução civilizatório, mesmo porque “a civilização, inconscientemente ou propositalmente, busca o fim da discriminação e da intolerância, vez que se repelem, a civilização é a antítese da intolerância, da segregação”.⁸⁰⁹

Nesse sentido, insuperáveis as palavras da Ministra Ellen Gracie que, extrapolando o tecnicismo jurídico, de forma sucinta e insofismável, condensam tudo aquilo que tentamos justificar em tantas folhas: **“Uma sociedade decente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”**.⁸¹⁰

⁸⁰⁶ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION *op. cit.*, p. 20 e ss.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 20 e ss.

⁸⁰⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁰⁹ ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; RAMOS, Mário Henrique de Oliveria. *A efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e do princípio da igualdade, na história da mulher – inclusão social?* In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coord). *Inclusão Social e Direitos Fundamentais*. Birigui: Editora Boreal, 2009, p. 24.

⁸¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132-RJ. Rel: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05.05.2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 14.10.2011. (Declaração de voto da Min. Ellen Gracie, g.n.).

IV

UM NOVO PARADIGMA: A EFETIVA INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions, but laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times. We might as well require a man to wear still the coat which fitted him when a boy as civilized society to remain ever under the regimen of their barbarous ancestors.

Thomas Jefferson

The historian of science may be tempted to exclaim that when paradigms change, the world itself changes with them.

Thomas Khun

4.1. INTRODUÇÃO

Para conseguirmos atingir o nível de justiça desejado, no tocante aos direitos sexuais, deveremos adotar um novo paradigma, tanto na normatização do sexo quanto na interpretação do direito positivo, de forma a permitir a efetiva incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais.

Conforme procuramos demonstrar no capítulo anterior, a melhor abordagem, em todos os níveis, nos parece ser a adoção dos princípios éticos positivados pelos tratados internacionais relativos aos direitos humanos fundamentais no âmbito das Nações Unidas. Com efeito, a doutrina reconhece a necessidade do “desenvolvimento de uma abordagem

jurídica que leve a sério a perspectiva dos direitos humanos na seara da sexualidade, ou em outras palavras a aplicação dos princípios jurídicos fornecidos pelos direitos humanos às questões trazidas pelos direitos sexuais”,⁸¹¹ a qual objetivamos fundamentar por meio do presente trabalho.

Cumprе esclarecer que, no Brasil, os direitos e garantias fundamentais positivados pela Constituição Federal de 1988 já abrangem todos os principais direitos humanos fundamentais aplicáveis às questões envolvendo direitos sexuais.

Tais direitos, por terem sede constitucional, gozam de inegável superioridade normativa,⁸¹² inclusive porque são cláusulas pétreas, *ex vi* o disposto no Artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Além do mais, o Brasil é signatário dos principais tratados de direitos humanos fundamentais, de forma que, no tocante a tais direitos, os brasileiros, além de estarem protegidos pelo direito pátrio (e seu respectivo sistema de garantias), também gozam da proteção dos órgãos internacionais responsáveis pela fiscalização de sua observância e responsabilização no caso de violação no plano internacional.

A efetiva incorporação dos direitos sexuais aos direitos fundamentais significa, na prática, adoção de um novo paradigma que se caracteriza pela adoção do regime jurídico específico dos direitos humanos fundamentais, aos direitos sexuais, com todas as consequências decorrentes.

O regime jurídico dos direitos humanos fundamentais, a par da sua superioridade normativa, apresenta as seguintes características, conforme MORAES:⁸¹³

⁸¹¹ RIOS, Roger Raupp; *op. cit.*, p. 13.

⁸¹² Igualmente, como já visto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou um bloco de constitucionalidade relativa aos direitos humanos fundamentais ao determinar que: “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”.

⁸¹³ MORAES, Alexandre de; *op. cit.*, p. 22.

- (i) imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- (ii) inalienabilidade: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;
- (iii) irrenunciabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia;
- (iv) inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- (v) universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo de convicção político-filosófica;
- (vi) efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- (vii) interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades;
- (viii) complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

RAMOS, por sua vez, inclui também entre as características peculiares ao regime jurídico dos direitos humanos as seguintes:⁸¹⁴

- (i) a abertura e eficácia irradiante, que se constitui na existência de uma cláusula aberta ou um princípio de não-tipicidade dos direitos humanos o que permite uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas de direitos humanos fundamentais, dotando os mesmos de uma carga expansiva devendo sua interpretação ser ampliativa;⁸¹⁵
- (ii) aplicabilidade imediata, nos termos do Artigo 5º, § 1º da Constituição Federal,⁸¹⁶ sendo que os direitos humanos fundamentais são tendencialmente completos, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado, bem como independem de normas internas que regulamentem as obrigações internacionalmente reconhecidas pelo país;⁸¹⁷
- (iii) eficácia horizontal, caracterizada pela sua aplicação sem mediação de lei, às relações privadas, entre particulares.⁸¹⁸

4.2. O ATUAL ESTÁGIO DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A estrutura teórica dos direitos humanos, como já afirmarmos, apresenta os requisitos necessários para servir de base para as demandas de justiça na área dos direitos sexuais, “donde as tentativas crescentes de incorporar as questões relativas aos mesmos no âmbito dos direitos humanos”,⁸¹⁹ devendo ser utilizados, para tal fim, os instrumentos e mecanismos disponibilizados pelas estruturas internacionais e regionais de proteção aos

⁸¹⁴ RAMOS, André de Carvalho, *op. cit.*, p. 02.

⁸¹⁵ *Ibid.* p. 221.

⁸¹⁶ Constituição Federal, Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁸¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *op. cit.*, p. 225.

Ibid., p. 247.

⁸¹⁹ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 155.

direitos humanos, vez que os mesmos são oponíveis aos Estados “tanto em nível interno quanto internacional”.⁸²⁰

Quanto ao sistema de proteção aos direitos humanos fundamentais encampado pelas Nações Unidas, muito embora os direitos relativos à igualdade entre os sexos já fossem parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada já em 1979, a efetiva entrada do sexo e da sexualidade no contexto das negociações no âmbito daquela organização ocorreu no início da década de 1990, como resposta à AIDS, que então já havia se tornado uma prioridade para a Organização Mundial de Saúde, tendo inclusive sido criada uma agência específica para cuidar da pandemia (UNAIDS). Paralelamente, também no âmbito das Nações Unidas, uma série de organizações iniciaram discussões sobre os direitos do corpo e da integridade corporal, que incluíam as necessidades de segurança, saúde e prazer,⁸²¹ um grupo de direitos com certa unidade conceitual, por terem como base necessidades humanas básicas.

Até então, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos já mencionar direitos diretamente relacionados à sexualidade, ainda que implicitamente, tais como os direitos à liberdade, igualdade, privacidade, dentre outros, os direitos sexuais não eram expressamente citados em nenhum tratado internacional.⁸²²

Foi então organizada uma série de conferências que serviram como plataforma para que as questões de gênero e sexualidade ganhassem atenção e visibilidade, dentre as quais se destaca a Convenção de Viena de Direitos Humanos em 1993, na qual foi adotada a Declaração e Programa de Ação de Viena, que em seu item 18 já reconhecia, de forma expressa, alguns direitos sexuais, como segue:

“18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida

⁸²⁰ D'ANGELIS, Wagner Rocha, *op. cit.*, 110.

⁸²¹ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 165

⁸²² Exceção feita à Convenção sobre os Direitos das Crianças, aprovada em 1989, que em seu Artigo 19, já mencionava a necessidade que as crianças fossem protegidas contra o abuso sexual.

política, civil, econômica, social e cultural, nos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional.

A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social”.

Tais previsões contra a violência sexual abriram as portas para o uso de uma linguagem mais afirmativa no tocante aos direitos sexuais nos documentos subsequentes e,⁸²³ em 1994, na Plataforma de Ação da 4ª Conferência Internacional de População e Desenvolvimento ocorrida no Cairo já constam, em seu item 7.2., uma série de questões relativas à saúde reprodutiva, dentre as quais o direito a uma vida sexual segura e satisfatória, nos seguintes termos:

“7.2. A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De

⁸²³ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 169

conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.”

Ainda em 1994, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão responsável pelo acompanhamento da observância, pelos estados signatários, dos direitos relativos ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, julgou procedente uma reclamação, feita pelo australiano Nicolas Toonen, contra leis do Estado da Tasmânia que proibiam o sexo homossexual, por entender que elas feriam seu direito à privacidade e à igualdade, o que levou à revogação de tais atos legislativos.

Em 1995, a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim, voltou a mencionar em mais detalhes uma série de questões relativas à saúde sexual, dentre elas, em seu item 93, a necessidade de assistência social e acesso às informações e serviços relativos à saúde sexual e reprodutiva pelas adolescentes do sexo feminino, “que normalmente são mais vulneráveis à violência, à prostituição e às consequências das relações sexuais prematuras e sem proteção”.

Posteriormente, em 2003, outro momento importante ocorreu na trajetória dos debates sobre sexualidade no âmbito das Nações Unidas quando o Brasil apresentou a então Comissão de Direitos Humanos uma resolução inédita sobre direitos humanos e orientação sexual. Sob os pesados ataques das organizações dos países da Organização da Conferência Islâmica, o voto sobre esta resolução foi adiado para 2004. Esse adiamento permitiu uma intensa mobilização por parte das organizações de homossexuais buscando apoio à resolução. Contudo, diante da ameaça de boicote a uma reunião de cúpula para tratar de questões de comércio entre os países árabes e latino americanos agendada para aquele ano, o Brasil absteu-se de reapresentar o texto.⁸²⁴

⁸²⁴ CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 29

Em 2006, como fruto do trabalho de uma conferência ocorrida na Indonésia, um grupo internacional de juristas, em declaração que teve grande impacto nas discussões no âmbito das Nações Unidas, aprovou os chamados Princípios de Yogyakarta, no tocante à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, que se tornou rapidamente uma referência internacional sobre o tema.

Em 03.07.2008, por sua vez, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou a Resolução nº 2.435/08 sobre “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, que expressou formalmente sua preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero, reafirmando a universalidade dos direitos humanos.

A magistrada chilena Karen Atala, que havia perdido a guarda de suas duas filhas menores para o ex-marido, simplesmente pelo fato de ser lésbica, num caso flagrante de discriminação com base na orientação sexual, utilizando-se dos mecanismos previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, fez denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Chile, alegando violações ao seu direito de igualdade. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu pela admissibilidade do caso, em 13.07.2008, iniciando processo que ainda aguarda julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por ocasião das comemorações dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 18.12.2008, foi lida na Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova York, a Declaração A/63/635, assinada por 54 países, reafirmando a inadmissibilidade do desrespeito aos direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero. Na mesma data, por uma iniciativa da Holanda e da França, com o apoio da União Européia, foi apresentada uma proposta de Resolução no mesmo sentido, que deu início ao processo de discussão sobre uma declaração da ONU sobre o tema, que ainda está em fase de análise.

Igualmente por ocasião das comemorações dos 62 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 2010, o Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-Moon, fez um discurso formal em defesa dos direitos humanos das minorias sexuais, condenando a homofobia e exortando a descriminalização universal da homossexualidade.

Em 17.06.2011, a pedido da África do Sul, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio de uma resolução histórica, requereu um relatório ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre as leis e práticas discriminatórias, bem como atos de violência contra indivíduos das comunidades GLBT,⁸²⁵ apresentado ao Conselho de Direitos Humanos em 16.11.2011.

Por fim, em 06.12.2011, a Secretária de Estado norte-americana Hillary Clinton, por meio de um eloquente discurso feito na sede da ONU em Genebra, durante as comemorações dos 63 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, oficializou a posição favorável do governo norte-americano em defesa dos direitos humanos das minorias sexuais (em especial os GLBT), do qual vale a pena destacar algumas passagens, por tratarem exatamente da incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais referindo-se, ainda que resumidamente, a alguns dos argumentos que desenvolvemos ao longo do presente trabalho:⁸²⁶

“O primeiro ponto vai direto ao âmago da questão. Alguns sugeriram que direitos dos homossexuais⁸²⁷ e os direitos humanos são separados e distintos mas, na verdade, eles são a mesma coisa. É claro que, há 60 anos, os governos que conceberam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não estavam pensando como ela se aplicava à comunidade GLBT. Mas eles também não estavam pensando como ela se aplicava aos povos indígenas, às crianças ou aos deficientes ou outros grupos marginalizados. Entretanto, nos últimos 60 anos, nós começamos a reconhecer que os membros desses grupos também fazem jus à sua integral

⁸²⁵ Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros.

⁸²⁶ A íntegra do discurso, em inglês, pode ser encontrada em: http://www.huffingtonpost.com/wayne-besen/hillary-clinton-lgbt_. Acesso em 20.12.2011.

⁸²⁷ A expressão utilizada foi “gay rights” que, ordinariamente, é utilizada, em inglês, como um termo genérico para abranger todas as minorias sexuais, inclusive os transgêneros.

dignidade e direitos vez que, como todas as pessoas, eles compartilham nossa humanidade.

Tal reconhecimento não aconteceu de repente. Ele foi se desenvolvendo com o tempo. Conforme isso ocorria, passamos a entender que não estávamos apenas respeitando direitos que as pessoas já tinham, ao invés de estar criando novos direitos ou direitos especiais para eles. Como ser uma mulher, pertencer a uma minoria racial, religiosa, tribal ou étnica, ser LGBT não faz de ninguém menos humano. E é exatamente por isso que os direitos dos homossexuais são direitos humanos e os direitos humanos são também os direitos dos homossexuais.

É uma violação dos direitos humanos quando uma pessoa é agredida ou assassinada por conta de sua orientação sexual ou porque ela não está em conformidade com as normas culturais sobre como homens e mulheres devem se parecer ou se comportar(...).

Existem custos a serem suportados sempre que um grupo é tratado de forma inferior aos outros, sejam mulheres, minorias raciais ou religiosas, ou LGBTs. (...).

O terceiro e talvez maior desafio surge quando as pessoas citam valores religiosos ou culturais como justificativa para violar ou deixar de proteger os direitos dos cidadãos LGBT. Essa é a mesma justificativa oferecida para as práticas violentas contra mulheres, como assassinatos em nome da honra, a cremação de viúvas, ou a mutilação genital feminina. Algumas pessoas ainda defendem tais práticas em nome da tradição cultural. Mas a violência contra as mulheres não é cultural: ela é criminosa. Assim como a escravidão, que também já foi justificada por ter sido sancionada por Deus, e atualmente é vista como uma hedionda violação dos direitos humanos.

Em cada um desses casos, aprendemos que o costume e a tradição não prevalecem sobre os direitos humanos que pertencem a cada um de nós.

Direitos humanos universais incluem a liberdade de expressão e de crença, mesmo se elas denegrirem a humanidade de outros. Contudo, enquanto somos livres para acreditar naquilo que quisermos, nós não somos livres para fazer o que quisermos num mundo no qual devemos proteger os direitos humanos de todos (...)”.

Com base nos fatos aqui descritos, podemos concluir que a incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, embora ainda não positivada em nenhuma declaração específica, está se tornando cada vez mais aceita, muito embora ainda estejamos longe de um consenso.

Nesse ponto, cabe se perguntar a necessidade de um tratado específico, no âmbito das Nações Unidas, objetivando explicitar a proteção dos direitos humanos fundamentais das minorias sexuais cuja proteção ainda não está prevista. Muito embora do ponto de vista lógico, a simples interpretação teleológica dos dispositivos já existentes sobre a matéria já fosse suficiente, somos favoráveis a tal iniciativa.

A história tem demonstrado que a existência de documentos específicos, direcionados a proteção de minorias como os deficientes ou as crianças ou as minorias raciais, são importantes não apenas para galvanizar a atenção necessária para as questões específicas envolvidas na proteção de cada uma das diversas minorias, mas também formalizam um consenso que vincula expressamente a interpretação dos Estados acerca das regras relativas aos direitos humanos fundamentais.

A situação da proteção dos direitos sexuais no Brasil apresenta, refletindo de alguma maneira os conflitos enfrentados globalmente, um quadro complexo e pouco homogêneo. Em geral os poderes executivos, tanto em nível nacional, como estadual e municipal tem sido mais atentos na adoção de políticas públicas inclusivas. Neste sentido, a criação da Secretaria de Política para as Mulheres, foi certamente um avanço, tendo em vista a posição pífia do Brasil no tocante à igualdade entre os sexos. Mas há muito ainda a fazer, sendo que incrementos nas políticas públicas nas áreas da educação e da proteção da saúde sexual se fazem mais do que nunca necessários. O Programa Nacional de Direitos Humanos é

bastante eloquente na proteção dos direitos sexuais de todas as minorias. Seu sucesso, contudo, será medido pelo grau de sua efetiva implementação, em especial no tocante às minorias sexuais fortemente marginalizadas, como é o caso dos transtêneros.

Os poderes legislativos, por sua vez, em especial no âmbito federal, têm demonstrado, no mais das vezes, enorme incapacidade de superar as suas divergências internas e aprovar leis regulamentando situações que demandam soluções jurídicas, em especial no tocante aos interesses das comunidades GLBT, tais como a criminalização da homofobia⁸²⁸, o casamento homoafetivo etc.⁸²⁹

Neste contexto, o Poder Judiciário, tem sido aquele que mais tem trazido resultados efetivos no tocante à proteção dos direitos sexuais. Embora a jurisprudência ainda seja recalcitrante no tocante a algumas matérias, o que gera insegurança jurídica, muitos avanços tem se consolidado por meio de uma jurisprudência mais democrática, inclusiva e respeitosa aos direitos sexuais das minorias e de sua igualdade formal e substancial. Emblemática, quanto a essas questões, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132-RJ, que reconheceu o direito à união civil homoafetiva e será objeto de comentários mais detalhados adiante.

Entretanto, apesar dos avanços formalmente obtidos, a realidade denota uma situação diversa, de maneira que infelizmente somos forçados a concordar com a afirmação de que “no Brasil de hoje, entre o mundo real e o legal ainda persiste um hiato significativo. Além disso, são comuns a adoção de medidas institucionais que têm levado à descaracterização da Carta Constitucional Brasileira”.⁸³⁰ E é exatamente o caminho que cobre esta larga distância entre o legal e o factual, entre o formal e o real, entre o justo e o imoral

⁸²⁸ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 122/2006, de iniciativa da deputada Iara Bernardi, que criminaliza a homofobia e que tem enfrentado sistemática oposição das bancadas ligada a organizações religiosas.

⁸²⁹ Dentre as exceções está o Estado de São Paulo, que aprovou a Lei Nº 10.948/01, que pune com multa as manifestações atentatórias ou discriminatórias praticadas contra cidadãos homossexuais, bissexuais ou transtêneros.

⁸³⁰ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeção do futuro. In: PEREIRA, Fábio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza (Org). *Cidadania e Inclusão Social*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 335.

que seremos obrigados a caminhar. Temos certeza que as opções éticas de nossa constituição servirão de guia seguro.

4.3. OS DIREITOS SEXUAIS E AS BASES DE UM NOVO PARADIGMA

Feitas estas digressões sobre o sistema jurídico dos Direitos Humanos Fundamentais cumpre explicitar, dentre os princípios positivados no ordenamento jurídico, quais aqueles que precipuamente se aplicam aos direitos sexuais.

Embora, em princípio, praticamente todos os direitos humanos fundamentais possam ter alguma conexão, direta ou indireta na proteção dos direitos sexuais, entendemos que a melhor normatização do sexo pelo direito é aquela que tenha como fundamento a dignidade humana e a justiça.

Tal desiderato, por evidente, encontra supedâneo na Constituição Federal que, em seu Artigo 1º, III, designa a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e determina, como objetivo, em seu Artigo 3º, I, a construção de uma sociedade justa.

Os conceitos de justiça e dignidade humana, dinâmicos e abrangentes, por evidente, precisam ser colmatados por princípios mais específicos que lhes possam dar maior concretude.

Assim, em nosso entender, a proteção de tais valores será idealmente protegida por um paradigma normativo do sexo que apresente as seguintes características básicas:

- (i) garanta aos indivíduos o maior nível possível de liberdade e autonomia no tocante a todos os aspectos de sua vida sexual;

(ii) estabeleça tratamento igualitário, o que significa que nenhum dos aspectos básicos do sexo, ou o comportamento sexual, deverão ser utilizados de forma irracional como elemento justificativo de discriminações de qualquer espécie;

(iii) permita a convivência pacífica entre indivíduos com concepções diversas sobre o sexo e comportamento sexual, mediante a adoção de regras que reforcem o respeito mútuo necessário ao funcionamento coeso e ordenado da sociedade;

(iv) inclua direitos prestacionais que permitam a todos os indivíduos um nível acesso a serviços de saúde que possibilitem uma vida sexual saudável, bem como um nível educação acerca das questões relativas ao sexo que possibilitem a todos, de forma informada e responsável, o exercício de sua autonomia no tocante às escolhas morais relativas à sua própria sexualidade.

A doutrina reconhece que a dignidade tem uma dupla dimensão, uma negativa (defensiva) e outra positiva (prestacional),⁸³¹ o que se reflete na classificação dos direitos humanos fundamentais em gerações, sendo aqueles pertencentes à primeira geração os que compreendem as liberdades clássicas negativas ou formais, e aqueles de segunda geração, os direitos prestacionais, de caráter econômico social e cultural, que se identificam com as liberdades positivas.⁸³² Entendemos que os direitos sexuais, por sua natureza, envolvem necessariamente, tanto direitos humanos fundamentais de defesa como prestacionais, em face de seu caráter multifacetário.

Por fim, como nenhum direito tem caráter absoluto, deve existir regras claras quanto aos limites dos direitos sexuais para permitir a coexistência pacífica e respeitosa entre os diversos grupos sociais com concepções divergentes sobre o assunto.

⁸³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 30.

⁸³² MORAES, Alexandre de; *op. cit.*, p. 25.

A partir destes parâmetros gerais, entendemos que os direitos sexuais devem ser articulados, no tocante aos direitos humanos fundamentais de primeira geração, com base em dois eixos fundamentais, quais sejam: respeito aos princípios da igualdade e da liberdade, sobre os quais teceremos algumas considerações adicionais.

A definição do conceito de igualdade não é unívoca, mesmo porque se trata de conceito em constante evolução. Atualmente, a posição positivada sobre a igualdade é aquela adotada por nossa Constituição Federal, qual seja, o princípio da garantia da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos tem o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico, o que inclui o tratamento desigual, dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, em respeito ao próprio conceito de justiça.⁸³³

O Artigo 5º da Constituição Federal, em seu *caput*, determina que “*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 (...)*”.

A idéia de igualdade, no tocante aos direitos humanos fundamentais, é intimamente ligada ao conceito de justiça, de forma que A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que data de 1789, já afirmava, em seu Artigo 1º, que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Com efeito, a igualdade é o elemento básico das justificativas racionais do Estado, em particular do contratualismo, razão pela qual também é essencial para a legitimação da ordem jurídica, já que todos aqueles capazes de serem membros plenamente cooperativos da sociedade política devem ser tratados como iguais, só podendo ser objeto de tratamento diferenciado nos casos em que a concepção política pública o admite,⁸³⁴ vez que o poder

⁸³³ MORAES, Alexandre de; *op. cit.*, p. 87.

⁸³⁴ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 29.

político nada mais é que o poder dos cidadãos que o impõe a si mesmos enquanto livres e iguais.⁸³⁵ Não é por outra razão que HABERMAS conclui ser o status de cidadão, institucionalizado pública e juridicamente, “elemento necessário para a validade do próprio ordenamento”.⁸³⁶

Vincula-se a igualdade, portanto, ao conceito de cidadania, que foi sendo historicamente universalizado para abranger grupos antes excluídos, e hoje é compreendido como a condição de pessoa natural, que têm o uso e o gozo de todos os direitos conferidos por um Estado – os de liberdade (civis e políticos) e os de igualdade (sociais, econômicos e culturais), que têm acesso a tais direitos e que os exercitam com responsabilidade.⁸³⁷

A cidadania plena, portanto, requer necessariamente um grupo igual de direitos e deveres para cada indivíduo, face à organização estatal, que só pode estabelecer discriminações que atendam a um interesse público, tido como politicamente aceito pela própria ordem jurídica que a instituiu, vez que a natureza do liame jurídico entre o Estado e os cidadãos é exatamente o mesmo para todos.

Mas a igualdade não deve ser concebida apenas nas relações com o Estado, mas também em todos os aspectos da vida social, vez que a própria concepção de justiça demanda que os cidadãos se reconheçam, se relacionem e se considerem reciprocamente como iguais, vez que o vínculo entre eles próprios também é constituído com base num compromisso político de preservar as condições que uma relação igualitária exige.⁸³⁸

Em suma, “os membros de qualquer sociedade civilizada precisam de uma concepção que lhes permita compreender a si mesmos como membros de certo status político – numa democracia, o da cidadania igual – e compreender como esse status afeta a relação que têm seu mundo social”.⁸³⁹

⁸³⁵ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 57.

⁸³⁶ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 104.

⁸³⁷ D'ANGELIS, Wagner Rocha, *op. cit.*, 133.

⁸³⁸ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 186.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 03.

Com base nestas idéias básicas, a doutrina tem construído a noção de cidadania sexual, entendida como a capacidade de efetivo exercício da sexualidade, aliada aos direitos e deveres decorrentes do exercício da cidadania,⁸⁴⁰ que teria como característica a legitimação “das reivindicações no campo sexual, bem como de assuntos de importância e interesse, não apenas na esfera pessoal, mas também nos níveis público, estatal e global. A proposta de cidadania sexual busca integrar a legitimação social e jurídica de diferentes identidades e práticas sexuais e a aplicabilidade universal dos direitos das pessoas, ao reconhecer a diversidade das sexualidades e gêneros, cuja expressão muda de forma dinâmica em diferentes tempos e contextos da vida de cada pessoa, e os direitos cidadãos que correspondem a todos por igual com respaldo efetivo de leis e políticas, e garantidas para a não discriminação”.⁸⁴¹

As idéias fulcrais deste conceito são bastante claras, em particular no tocante às minorias sexuais, e podem ser resumidas como segue: todo o indivíduo tem direitos e deveres iguais, face ao Estado e a sociedade, vez que, em virtude da igualdade formal entre os cidadãos, o regime jurídico aplicável a todos é o mesmo.

Desta forma, os indivíduos membros de uma minoria sexual, como por exemplo, os transexuais, que estão sujeitos às mesmas obrigações que quaisquer outros cidadãos como, por exemplo, a de pagar impostos, tem exatamente os mesmos direitos no que se refere ao acesso à saúde ou aos cargos públicos, algo de uma clareza cartesiana, mas que parece não ser bem aceito por algumas pessoas.

Mas o arcabouço conceitual que permite a aplicação do princípio da igualdade não é tão simples, principalmente porque o direito admite sejam feitas discriminações entre pessoas que não se encontram em situação igual, o que gera uma enorme polêmica quanto aos aspectos a serem considerados relevantes para concluirmos que alguém é diferente (ou está em condições diferentes) e se é juridicamente justificável a utilização desta diferença como fundamento de qualquer discriminação.

⁸⁴⁰ LOREA, Roberto Arriada, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁴¹ KNAUTH, Daniela Riva. *Cidadania Sexual e Laicidade*. Apud LOREA, *op. cit.*, p. 43.

Quanto à essa questão, é interessante o conceito de *suspect classification* criado pela doutrina e jurisprudência americanas, que partem da premissa de que qualquer discriminação deve ser considerada ilegítima sempre que:⁸⁴² (i) for dirigida a um grupo que tenha sofrido tratamento desigual ao longo da história; (ii) a classificação impõe um estigma que rotula o grupo estigmatizado como inferior; (iii) o grupo seja alvo de difundido preconceito e hostilidade; (iv) as presunções estereotipantes sobre as habilidades dos grupos discriminados sejam resultantes do tratamento desigual por estes sofrido; (v) o fato de o grupo constituir uma minoria discreta e isolada cuja participação política tenha sido seriamente restringida em virtude do preconceito discriminatório; (vi) a base da classificação ser uma característica pessoal imutável de tais indivíduos; e (vii) a irrelevância desta característica para atuar perante a sociedade.

Diante destes critérios cabe se perguntar: (i) pode qualquer dos aspectos básicos do sexo ser elemento diferenciador entre as pessoas e; (ii) em caso afirmativo, é justo a utilização desta diferença como fator de *discrimen*?

No tocante à primeira questão quer nos parecer que o sexo biológico certamente pode ser considerado um elemento diferenciador, vez que existem diferenças biológicas importantes entre homens e mulheres que o justificam (e.g. a utilização de mulheres em trabalhos que as exponham a elementos químicos que possam afetar a saúde do feto durante a gravidez).

No Brasil, em especial, a Constituição Federal determinou o tratamento igualitário entre os sexos, admitindo apenas aquelas exceções nela previstas, como por exemplo, critérios diferenciados para a aposentadoria, como forma de garantir que os trabalhos domésticos ou “o encargo de alimentar, criar e educar os filhos não recaia mais pesadamente sobre as mulheres, prejudicando assim sua igualdade equitativa de oportunidades”.⁸⁴³ Tal tratamento diferenciado se justifica por uma questão de justiça isonômica, vez que é necessário recordar que historicamente o conceito de cidadania foi construído com base na

⁸⁴² VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁴³ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 14.

dicotomia entre o público e o privado, concepção que teve profundo efeito nas relações de gênero, pois na medida em que a cidadania foi constituída em termos de participação na esfera pública, as mulheres foram obrigadas a deixar seus lares para efetivar sua participação como cidadãs, mas as realidades de falta de recursos e tempo sempre impediram a elas uma participação total.⁸⁴⁴

Não se pode admitir, entretanto, a discriminação por força do sexo sem que esta tenha qualquer vínculo racionalmente justificável e eticamente aceitável relacionado aos motivos do *discrímén*. Assim, não se pode impedir uma mulher de ser médica, dirigir aviões ou ser Ministra do Supremo Tribunal Federal.

As mulheres, historicamente aliadas de muitas posições relevantes na sociedade, embora ainda não se encontrem em posição de igualdade fática com os homens, já ocupam importantes posições no governo de diversos países (inclusive como chefes de governo) ou destacam-se como cientistas, empresárias etc., o que denota o grau de injustiça íncito ao preconceito de que foram vítimas por tantos séculos.

A orientação sexual, por sua vez, em nosso entender, não pode ser utilizada como elemento de *discrímén*, visto que não há nada que diferencie os homossexuais dos heterossexuais além da preferência sexual por pessoas do mesmo sexo. Tais pessoas, evidentemente, têm as mesmas habilidades e eventuais defeitos que quaisquer outras pessoas, e a realidade tem comprovado tal fato de forma insofismável, em especial no tocante à irrelevância desta característica para atuar perante a sociedade, exatamente um dos elementos característicos do conceito de *suspect classification*.

Nesse sentido, vários estereótipos inferiorizantes ligados aos homossexuais se solidificaram sem qualquer base fática, talvez pela invisibilidade desta minoria, já que muitos preferem não revelar sua orientação sexual à sociedade. Contudo, é certo que homossexuais e bissexuais sempre ocuparam posições de destaque nos mais variados quadrantes, embora não alardeassem esta sua característica, o que comprova que a mesma realmente é irrelevante para

⁸⁴⁴ STYCHIN, Carl F., *op. cit.*, p. 08.

sua atuação em qualquer atividade.⁸⁴⁵ Assim foi com a primeira dama Eleanor Roosevelt, cuja influência política foi tão essencial à provação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou com Dag Hammarskjöld, um dos mais emblemáticos Secretários Gerais das Nações Unidas, ele também elemento essencial para a positivação de diversos tratados internacionais de direitos humanos, que tiveram sua orientação sexual discutida publicamente apenas após suas mortes.⁸⁴⁶

Mas esconder a orientação sexual tem um alto custo psíquico e, com a maior aceitação dos homossexuais pela sociedade em geral, se multiplicam os casos daqueles que resolvem expor em público sua preferência sexual, ainda que nos mais altos escalões. Assim, a primeira ministra da Islândia, Jóhanna Sigurðardóttir, pertence a duas minorias sexuais, pois além de mulher é lésbica. Também é abertamente homossexual o primeiro ministro belga Elio di Rupo, bem como os prefeitos de algumas maiores cidades do mundo, dentre eles Bertrand Delanoë (Paris) e Klaus Wowereit (Berlim) e Annise Parker (Houston). Na iniciativa privada, basta dizer que a maior companhia privada do mundo em termos de valor mercado, a Apple, é presidida por um homossexual (Tim Cook).⁸⁴⁷ Mesmo no mundo jurídico, mais conservador por natureza, embora sempre tenham existido magistrados homossexuais em todos os níveis, é interessante notar que membros de várias Cortes Supremas ao redor do mundo se assumiram como homossexuais, dentre os quais Michael Kirby (Chief Justice da Suprema Corte da Austrália); Susanne Baer (Corte Constitucional da Alemanha); Edwin Cameron (Suprema Corte da África do Sul) e Adrian Fulford (Juiz do Tribunal Penal Internacional).

Da mesma forma as questões de identidade de gênero não denotam qualquer diferença na capacidade das pessoas ao exercer qualquer profissão, sendo que somente o

⁸⁴⁵ Nesse sentido, citaremos alguns exemplos a seguir, não por indiscrição, mas sim como uma comprovação da necessidade de visibilidade destas pessoas por parte de toda a sociedade, como meio de diminuição dos estereótipos preconceituosos.

⁸⁴⁶ Informações detalhadas sobre Eleanor Roosevelt e Dag Hammarskjöld podem ser encontradas nas seguintes obras, respectivamente: (i) *One Nation Under Sex: How the Private Lives of Presidents, First Ladies and Their Lovers Changed the Course of American History*. EISENBACH, David; FLINT, Larry; Nova York: Pelgrave McMillan, 2011; e (ii) VARGO, Mark E. *Noble Lives: Biographical Portraits of Three Remarkable Gay Men*. Oxford: Routledge, 2005.

⁸⁴⁷ FALLOW, Lindsay. *Apple's Tim Cook isn't the only gay person in the IT village*. THE GUARDIAN. 29.08.2011. Disponível em <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/aug/29/tim-cook-gay-it>. Acesso em 10.10.2011.

preconceito de que é vítima esta minoria explica o porquê tão poucos tenham atingido posições de destaque em alguns campos mais conservadores. Contudo, ainda que mais lentamente, esta situação começa a mudar. Já existem políticos transexuais eleitos em vários países, tais como as parlamentares Anna Grodzka (Polônia); Georgina Beyer (Nova Zelândia) e Wladimiro Guadagno (Itália). Existem também transexuais ocupando cargos no poder executivo, como Janny Bailey, que foi prefeita da Cidade de Cambridge, no Reino Unido e Amanda Simpson, indicada pelo Presidente Obama como Consultora Sênior do Departamento de Comércio. Existem também magistrados transexuais, como é o caso de Victoria Kolakowski, na Califórnia. Cientistas internacionalmente respeitadas como Joan Roughgarden, que foi catedrática da cadeira de biologia da Universidade de Stanford, ou Alan L. Hart, médico pioneiro na utilização dos Raios X na detecção da tuberculose. Em 2011, a modelo transexual brasileira Lea T. foi a única personalidade do nosso país a ser capa da revista Newsweek.⁸⁴⁸

Resta claro, por óbvio, que a capacidade de uma pessoa em contribuir com a sociedade, independe também de sua identidade de gênero.

Entretanto, o sexo sempre foi utilizado indevidamente como fator de discriminação, o que causou e ainda causa muita injustiça pois a hierarquização daquilo que é sexualmente aceito é muito deletéria pois, em geral, os indivíduos cujo comportamento está no topo da hierarquia são considerados normais e respeitáveis, merecedores de apoio institucional e benefícios materiais. Ao contrário, aqueles que se dedicam a comportamentos tidos como inaceitáveis muitas vezes tem a presunção de problemas mentais, criminalidade e a perda de apoio institucional, bem como sanções econômicas, objeto de condenação psiquiátrica e invoca conceitos de inferioridade mental e emocional.⁸⁴⁹

Assim, concluímos que, com exceção daquelas discriminações com base no sexo biológico previstas na constituição, não existe motivação racional ou justificativa ética a

⁸⁴⁸ NEWSWEEK, 12.06.2011. *Lea T.'s runaway revolution.* Disponível em <http://www.thedailybeast.com/newsweek/2011/06/12/transgendered-model-lea-t-s-runway-revolution.html>. Acesso em 20.11.2011.

⁸⁴⁹ RUBIN, Gayle, *op. cit.*, p. 551.

sustentar qualquer tipo de discriminação com base em quaisquer das características sexuais existentes.

Ademais, eventuais discriminações admitidas pelo direito no tocante ao sexo, ou caso venham a ser identificadas outras, devem ser usadas para igualar as pessoas, sempre em benefício do grupo que se encontra em situação inferiorizada e nunca para inferiorizá-lo ainda mais, pois o princípio da igualdade deve ser interpretado sempre de forma inclusiva. Em suma, qualquer lei diferenciadora só atende ao requisito de justiça social se utilizada para proteger e favorecer a igualdade dos indivíduos de um grupo estigmatizado e não para diminuí-los ou prejudicá-los ainda mais.

Assim, se considerarmos a transexualidade uma doença, questão que já discutimos, qualquer lei que os individualize deve ter como objetivo protegê-los em vista de sua condição especial e da hostilidade que encontram na sociedade e não para tratá-los mais ainda desfavoravelmente por causa disso, já que “o preconceito e a discriminação provocam a dissolução do sujeito em seu sentido individual e coletivo e aniquilam as mais caras conquistas civilizatórias”.⁸⁵⁰

Afirmou com propriedade RAWLS que a “a civilização, inconscientemente ou propositalmente, busca o fim da discriminação e da intolerância, vez que se repelem, a civilização é a antítese da intolerância, da segregação”.⁸⁵¹ Com efeito, a dignidade não tem limites, é inclusiva e ampliadora dos direitos que se exercem no interior da sociedade e construir uma sociedade justa significa que não haja diminuição dos direitos de quem quer que seja.⁸⁵²

⁸⁵⁰ ROCHA, Maria Elizabeth Guimaraes Teixeira. “Iguais, mas Separados”. Os Homossexuais e as Forças Armadas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann, HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 483.

⁸⁵¹ ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; RAMOS, Mário Henrique de Oliveria. *A efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da igualdade, na história da mulher – inclusão social?* In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coord). *Inclusão Social e Direitos Fundamentais*. Ririquí: Editora Boreal, 2009, p. 24.

⁸⁵² OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *op. cit.*, p. 277.

Por esta razão, ensina DWORKIN, os casos referentes às exceções ao direito de igualdade necessitam necessariamente de uma consistência lógica em sua justificação.⁸⁵³ E nem poderia ser diferente, vez que na lição de MENDES “respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com o seus semelhantes.”⁸⁵⁴

Por fim, no tocante à aplicação da igualdade nos direitos sexuais, quer nos parecer que as propostas da IPPF sobre a questão são suficientemente completas e abrangentes, não apenas como inspiração a um modelo normativo, mas também à sua interpretação:

“Uma estrutura de não discriminação permeia a proteção e promoção de todos os direitos humanos. Esta estrutura de não discriminação proíbe qualquer distinção, exclusão ou restrição com base no sexo, idade, gênero, identidade de gênero, orientação sexual, estado civil, histórico ou comportamento sexual - quer real ou imputado - raça, cor, etnia, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional, geográfica ou social, propriedade, nascimento, invalidez física ou mental, condição de saúde, incluindo HIV/AIDS, e estado civil, político, social ou outro que tenha o propósito ou a finalidade de prejudicar ou anular o reconhecimento, usufruto ou exercício, sob uma base de igualdade com os demais indivíduos, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo. Os indivíduos experimentam barreiras diferentes para a realização de seus direitos sexuais. A equidade exige a retirada destas barreiras para que os diversos indivíduos desfrutem dos direitos fundamentais e liberdades em base de igualdade com os demais. Isto pode exigir que seja dada uma atenção especial a grupos marginalizados e com dificuldade de acesso a serviços.

(...)

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e devem desfrutar de proteção igual perante a lei contra a discriminação baseada

⁸⁵³ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira et al, *op. cit.*, p. 365.

em sua sexualidade, sexo ou gênero. A todas as pessoas deve ser assegurado um ambiente onde todos desfrutem plenamente e tenham acesso equânime a todos os direitos garantidos pelo Estado. Os Estados e a sociedade civil devem realizar ações para promover a modificação das práticas sociais e culturais com base em papéis estereotipados da mulher e do homem ou com base na idéia de superioridade ou inferioridade entre os sexos, gêneros e expressões de gênero. Todas as pessoas têm o direito ao trabalho, educação, saúde, assistência social e outros direitos econômicos, sociais e culturais e ao acesso a bens, serviços e condições necessárias para sua realização, sem qualquer tipo de discriminação”.⁸⁵⁵

Quanto ao segundo eixo fundamental consagrador dos direitos sexuais, qual seja a liberdade, consta expressamente no Artigo 3º, I da Constituição Federal, ser um dos objetivos da república brasileira a construção de uma sociedade livre. Tal liberdade, que deve ser considerada tanto no aspecto individual quanto coletivo é, portanto, elemento informador de todo o ordenamento jurídico.

A Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, há mais de dois séculos, consagrou os ideais liberais de que todos os homens são livres (Art. 1º), que a liberdade é um dos direitos cuja conservação é a finalidade de toda a associação política (Art. 2º), e que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei (Art. 4º).

A liberdade é de tal forma fundamental para o nosso desenvolvimento como indivíduos e na busca da nossa felicidade que a doutrina chega a afirmar que “a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade”.⁸⁵⁶

⁸⁵⁵ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOODS FEDERATION, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁵⁶ MAURER, Béatrice, *op. cit.*, p. 132.

Trata-se de um impulso natural, de forma que a liberdade, por sua condição ontológica, “é insubmissa, diz sempre não às forças que procuram controlá-la e o faz por meio de um afrontamento contínuo”.⁸⁵⁷

MILL, na sua clássica obra *On Liberty*, possivelmente a defesa apaixonada em prol da liberdade, quanto ao seu escopo, defende que “Nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se nela não se respeitam, em geral, essas liberdades. E nenhuma sociedade é completamente livre se nela essas liberdades não foram absolutas e sem reservas”.⁸⁵⁸

Para ele, trata-se de um direito tão importante que “(...) a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem”.⁸⁵⁹

E nesse sentido, continua para esclarecer que nem “o próprio bem do indivíduo, seja material, seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros, tal seja sábio ou correto. (...). Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem”.⁸⁶⁰

Os efeitos positivos advindos do respeito à liberdade pelo Estado e pela sociedade são enormes. No plano individual, por evidente que a dignidade pressupõe uma autonomia moral, que nos permite fazer as escolhas que entendemos mais apropriadas para os nossos projetos de vida, o que inclui, evidentemente, as questões sexuais.

⁸⁵⁷ ROCHA, Maria Elizabeth Guimaraes Teixeira, *op. cit.*, p. 483.

⁸⁵⁸ MILL, John Sutart, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 53.

E é exatamente este o momento que a liberdade encontra tentativas de cerceamento, porque existem inúmeras pessoas que, pelos mais diversos motivos, tentam controlar ou ao menos influenciar a sexualidade alheia.

Mas o sexo, domínio tão íntimo, por evidente não pode ficar ao arbitrio de quem quer que seja, de modo que os direitos sexuais incluem, necessariamente, “a liberdade de o indivíduo conduzir sua atividade ou vida sexual de tal maneira que não lese igual liberdade dos outros”,⁸⁶¹ mesmo porque “o direito individual de escolher como, quando, e com quem expressar nossa sexualidade é um direito natural crítico para nossa felicidade e realização como seres humanos”.⁸⁶²

Novamente, conforme as lições de MILL, “deve haver liberdade para se fazer aquilo que se gosta no que é estritamente de interesse individual. Mas não deve haver liberdade para agir por outro, sob o pretexto de que os negócios do outros são nossos próprios negócios. O Estado, ao mesmo tempo em que respeita a liberdade de cada um no estritamente individual, é obrigado a manter um controle vigilante sobre o exercício de qualquer poder sobre os outros que conceda a alguém. Ele quase inteiramente desatende essa obrigação no capítulo das relações de família, mas o mais importante, pela sua direta influência na felicidade humana, que todos os outros tomados conjuntamente”.⁸⁶³

Assim, ninguém pode impedir que os outros façam ou deixem de fazer alguma coisa, pois a ninguém é dado o direito de interferir na vida de terceiros com base em suas convicções, sob o risco de limitar a liberdade a um mínimo que equivaleria a “fazer aquelas coisas que ninguém reprova com seriedade”.⁸⁶⁴

Diante desta imperiosa necessidade de respeito à liberdade, temos que, no tocante aos direitos sexuais, deve ser assegurado a todos o maior âmbito de liberdade possível, desde

⁸⁶¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (Org.); *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 52.

⁸⁶² ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁶³ MILL, John Sutart., *op. cit.*, p. 147.

⁸⁶⁴ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 69.

que compatível com o mesmo nível de liberdade para os demais, não se justificando qualquer espécie de intervenção na vida sexual das pessoas, seja por parte do Estado ou da sociedade.

Somente assim poderá se atingir o pluralismo dentro da sociedade, o que é essencial, vez que os interesses da verdade exigem opiniões diversas,⁸⁶⁵ até mesmo porque a evolução da sociedade requer o respeito a novas idéias, como forma de evolução e renovação, o que só ocorre se cada um tiver a liberdade de realizar sua própria concepção de bem.

Portanto, na lição de LOPES, “o ideal jurídico é viver em uma sociedade de indivíduos “livre-volentes”, ou seja, em uma sociedade na qual, subordinando-se cada qual ao querer superior da lei, no fundo não esteja subordinado senão ao seu próprio querer, ao seu querer mais autêntico e profundo”.⁸⁶⁶

Assim, o respeito à liberdade está exatamente no respeito à liberdade dos outros de forma que estão proibidos quaisquer comportamentos sexuais baseados na violência ou não consentidos (motivo aliás, porque a pedofilia nunca poderá ser moralmente aceita, em face da inerente inabilidade das crianças em consentir sobre questões sexuais, vez que não tem maturidade e discernimento para tanto).

Quanto ao respeito à liberdade, em relação aos direitos sexuais, novamente as propostas da IPPF sobre a questão são bastante elucidativas:⁸⁶⁷

“Os direitos sexuais devem estar sujeitos apenas àquelas limitações determinadas pela lei, com a finalidade de garantir o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de terceiros e ao bem-estar geral em uma sociedade democrática. Os direitos sexuais, assim como outros direitos humanos, devem estar submetidos apenas àquelas limitações determinadas pela lei com a finalidade de garantir o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de terceiros, e ao bem-estar geral em uma sociedade democrática, saúde pública e

⁸⁶⁵ MILL, John Sutart. *op. cit.*, p. 93.

⁸⁶⁶ REALE. Miguel, *op. cit.*, p. 339.

⁸⁶⁷ INTERNATIONAL PLANNED PARENTHOOD FEDERATION, *op. cit.*, p. 12.

ordem pública, de acordo com os princípios dos Direitos Humanos. Tais limitações devem ser não discriminatórias, necessárias e proporcionais à realização de um objetivo legítimo. O exercício dos direitos sexuais deve ser orientado pela consciência do relacionamento dinâmico entre os interesses pessoais e sociais, reconhecimento da existência de uma pluralidade de opiniões e a necessidade de garantir a igualdade, a dignidade e o respeito pela diferença.

(...)

Todas as pessoas têm o direito de ser reconhecidas perante a lei e à liberdade sexual, o que compreende a oportunidade para que os indivíduos controlem e decidam livremente os assuntos relacionados à sexualidade, escolham seus parceiros sexuais, procurem experimentar prazer e potencial sexual pleno, num ambiente de não discriminação e com a devida consideração aos direitos de terceiros e à capacidade em desenvolvimento de crianças e adolescentes.

(...)

Todas as pessoas têm o direito de exercer a liberdade de pensamento, opinião e expressão com relação às idéias sobre sexualidade, orientação sexual, identidade de gênero e direitos sexuais, sem interferências arbitrárias ou limitações baseadas em crenças culturais dominantes ou ideologia política, ou noções discriminatórias de ordem pública, moralidade, saúde ou segurança pública.

Uma questão particularmente complexa, quando falamos em direitos sexuais, em especial aqueles baseados na igualdade e na liberdade, é a compatibilização dos direitos das diversas pessoas que vivem em sociedade, de forma a permitir uma coexistência pacífica.

Tal caráter restringível dos direitos humanos fundamentais, implicando sua harmonização recíproca, consta inclusive do artigo XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que determina: “no exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito aos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Os direitos humanos fundamentais de uma pessoa, por evidente, encontram os seus limites nos direitos de outras pessoas, de forma que uma de suas características fundamentais é a relatividade ou concordância prática, já que nenhum direito humano fundamental é absoluto. Assim, quanto houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.⁸⁶⁸

Tal necessidade de compatibilização dos direitos é fruto direto da pluralidade inerente à uma sociedade democrática que inevitavelmente gera desacordos, como ensina RAWLS, ao esclarecer que, dentre as causas deste desacordo razoável, estão: (a) as evidências empíricas ou científicas relacionadas a casos que podem ser conflitantes, complexas ou difíceis de avaliar; (b) mesmo quando concordamos plenamente sobre quais considerações são relevantes, podemos discordar sobre seu peso e, portanto, chegar a julgamentos diferentes; (c) em certa medida, todos os nossos conceitos, e não só nossos conceitos morais e políticos, são vagos e não dão conta de questões espinhosas. Essa indeterminação significa que até certo ponto (não claramente definido) temos de confiar em juízos e interpretações (e em juízos sobre interpretações) sempre que houver divergência entre pessoas razoáveis; (d) a maneira como avaliamos a evidência e pesamos os valores políticos e morais é moldada (é impossível dizer o quanto) por nossa experiência como um todo, por toda a nossa vida até agora; e nossas experiências como um todo certamente diferem. Portanto, numa sociedade moderna com seus vários cargos e posições, suas muitas divisões do trabalho, seus diferentes grupos sociais e muitas vezes sua diversidade étnica, as experiências como um todo dos cidadãos são suficientemente diferentes para que seus julgamentos divirjam em algum grau sobre muitos, se não sobre a maioria, dos casos que apresentem uma complexidade significativa; (e) frequentemente existem tipos de considerações normativas, cada qual com sua força, de ambos os lados de uma questão e é difícil fazer uma avaliação que leve tudo em conta; (f) as

⁸⁶⁸ MORAES, Alexandre de; *op. cit.*, p. 27.

condições em que muitos de nossos mais importantes juízos políticos são feitos, envolvendo valores políticos básicos, torna extremamente improvável que pessoas conscienciosas e plenamente razoáveis possam exercer suas faculdades da razão, de modo que todos cheguem à mesma conclusão, mesmo depois de uma discussão livre e aberta.⁸⁶⁹

E a convivência entre pessoas com visões plurais e diversas sobre as questões do sexo, requer mais, na prática, do que a interpretação legal dos limites dos direitos humanos fundamentais: ela requer que a sociedade acate e respeite as normas necessárias à garantia da coesão social, de forma a permitir o funcionamento adequado da sociedade e solução pacífica de eventuais conflitos, o que torna imperativo que tenhamos mecanismos sociais baseados em consensos mínimos.

Dentro deste contexto, interessante a ponderação de CLITEUR ao afirmar que, embora a maioria das sociedades atuais seja plural, há um limite para este pluralismo ideal, “vez que toda sociedade necessita de um consenso básico sobre determinadas premissas. Os pluralistas gostariam de esquecê-lo, mas com a moral pública ocorre o mesmo que com o tráfego. A luz vermelha pode ser interpretada por um dos condutores como sinal de que devem continuar circulando, enquanto para outras, que devem parar”.⁸⁷⁰

Com efeito, se numa sociedade democrática e pluralista, cada qual é livre para adotar uma moral, para elaborar regras de vida, para inspirar-se num ideal e para viver a vida, como a entende, contanto que não transgrida as regras de origem pública,⁸⁷¹ conforme afirma PERELMAN, é exatamente esta ordem pública, baseada no interesse geral que representa este consenso mínimo sobre idéias fundamentais, denominado por RAWLS de *overlapping consensus*, que permitirá a coexistência e o funcionamento apropriado da sociedade e baseados no interesse geral.

⁸⁶⁹ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 49.

⁸⁷⁰ CLITEUR, Paul, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁷¹ PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 179.

E quanto às matérias que se enquadram no interesse geral, certamente não está a moralidade sexual, que deve ser objeto de decisões autônomas de cada indivíduo, mas “poucas mas importantíssimas matérias: a garantia da convivência social pacífica, a paz, a ordem, com a definição de suas normas básicas e organização das instituições que as devem fazer respeitar, garantia esta que vem a ser a segurança indispensável à vida, à liberdade, aos direitos de cada um: e a manutenção dos serviços públicos essenciais”.⁸⁷²

Esclarecedora, igualmente a lição de BUGLIONE, para quem “é importante que o campo do Direito não expresse valores de grupos morais singulares, mas sim garanta as propostas acordadas de “bem público”, ou, em uma linguagem mais clara, de razão pública. Nesse ponto há um retorno aos direitos fundamentais e ao conjunto de raciocínios e inferências que dizem respeito às questões políticas fundamentais, sendo que a adesão a esses acordos é uma característica de modelos de sociedades democráticas”.⁸⁷³

Tal consenso mínimo corresponde, em termos gerais ao “mínimo ético”, conceito desenvolvido originalmente por Jellinek e que, nas palavras de REALE, “consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre”.⁸⁷⁴

Nosso entendimento, em face do até aqui exposto, é que devido à natureza do sexo e à necessidade de garantia do respeito recíproco entre os membros da sociedade, o Estado está legitimado a legislar sobre o sexo, mas esta regulação, deve estar sempre adstrita ao mínimo ético necessário para permitir a coexistência respeitosa e pacífica entre as pessoas.

⁸⁷² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves; *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 39.

⁸⁷³ BUGLIONE, Samatha, *op. cit.*, 103.

⁸⁷⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 42.

Nesse sentido, inaceitável a intolerância, por violar direito à existência simultânea das diversas identidades e expressões da sexualidade, ofendendo o pluralismo, que é requisito para a vida democrática.⁸⁷⁵

E a intolerância tem sido demonstrada através da violência, física e verbal, que se manifesta em crimes e no discurso de ódio, que são absolutamente inaceitáveis.

Mas adotamos o entendimento de que a convivência pacífica exige mais do que tolerância, ela exige respeito recíproco, o que significa que devemos respeitar as liberdades e direitos dos outros na mesma medida que queremos que os nossos direitos e liberdades sejam respeitados, já que os direitos humanos fundamentais garante um nível de igual liberdade de ação a todos os indivíduos.

E é exatamente o respeito mútuo o elemento subjetivo necessário a uma sociedade que, superando as tendências egoísticas e desagregadoras, procura uma convivência ordenada e justa, já que, “para funcionar eficazmente a justiça requer a libertação dos impulsos exclusivamente egoísticos. O egoísta reivindica direitos sobre os bens do mundo, sem considerar as razoáveis reivindicações dos outros. A justiça se opõe a essa tendência, exigindo que se respeitem os direitos a as pretensões dos demais. Sem uma atitude pessoal de “preocupação com os outros” e, sem a vontade de ser equânime, os fins da justiça não podem ser normalmente atingidos”.⁸⁷⁶

Alguns fundamentalistas religiosos, no entanto, alegam o desrespeito a suas convicções religiosas para justificar o discurso de ódio ou a tentativa de livre expressão da sexualidade de terceiros. Contudo, este fundamento não se sustenta porque, como vimos nenhum direito é absoluto, o que inclui o direito à liberdade religiosa ou à manifestação de pensamento, de forma que a sociedade tem o direito de restringí-los caso eles sejam utilizados, de forma abusiva, para diminuir a dignidade de outrem ou restringir injustificadamente os seus direitos. Nesse sentido, se manifesta com clareza OLIVEIRA ao afirmar que “(...) os

⁸⁷⁵ RIOS, Roger Raupp, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁷⁶ MONTORO, André Franco, *op. cit.*, p. 165.

princípios de justiça política realmente impõe certas restrições que afetam o governo eclesiástico. Como vimos, as igrejas não podem praticar uma intolerância de fato já que, como exigem os princípios de justiça, o direito público não reconhece a heresia e a apostasia como crimes, e seus membros estão sempre livres para abandonar a sua fé. Assim, embora os princípios de justiça não se apliquem diretamente à vida das igrejas, eles protegem os direitos e liberdades de seus membros por meio de suas restrições a que todas as igrejas e associações estão sujeitas”.⁸⁷⁷

Como bem salientou MILL, em lição que acima reproduzimos, não está sujeita a interferência pelas simples visões religiosas ou ideológicas que quem quer que seja vez que, “na medida em que eventual conduta sair dos limites da religiosidade e passar a agredir a sociedade ou a cometer incitações iníquas ou desmesuradas, partindo para a invasão da intimidade de outras pessoas, está o Estado autorizado a invadir tal espaço, que já não será religioso, mas cívico”.⁸⁷⁸

Muito embora esta idéia date já de mais de duzentos anos, é particularmente relevante, atualmente, para a defesa dos direitos sexuais.

Neste sentido tem sido considerada paradigmática a decisão da Suprema Corte Canadense no caso *Chamberlain v. Surrey School District*.⁸⁷⁹ Em tal caso, que se discutia a utilização de livros de histórias, em uma escola infantil, nos quais existiam personagens que formavam casais homoafetivos, decidiu a corte que não se podem invocar as convicções religiosas de alguns para negar os valores de outros, em respeito ao pluralismo. Alegavam alguns pais que, a exposição de crianças, ainda em formação, a valores morais diferentes daqueles ensinados em sua casa, poderia ser de alguma forma prejudicial a elas.

Concluiu corretamente a corte que, sendo a escola formada por alunos com tradições familiares diversas (o que provavelmente incluía também algumas crianças que

⁸⁷⁷ RAWLS, John; *op. cit.*, p. 232.

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, *op. cit.*, 239.

⁸⁷⁹ *Chamberlain v. Surrey School District* No. 36, 4 S.C.R. 710, 2002. Decisão disponível em: <http://scc.lexum.org/en/2002/2002scc86/2002scc86.html>. Acesso em 20.12.2011.

viviam em famílias homoafetivas), não caberia à escola privilegiar uma visão de mundo em detrimento de outras, devendo ter as crianças acessos a livros que contivessem tanto casais heteroafetivos como homoafetivos, como se depreende do voto da Chief Justice Beverley McLachlin:

“A religião é um aspecto integral da vida das pessoas, e não deve ser ignorada pelas escolas. O que o secularismo proíbe, entretanto, qualquer tentativa de uso das visões religiosas de uma parte da comunidade para negar consideração aos valores de outros membros da comunidade. O secularismo implica que, embora a Board (escola) está livre para levar em consideração as preocupações dos pais (religiosos), deve fazê-lo de maneira que permita igual reconhecimento e respeito aos membros dos grupos minoritários, cujas preocupações não podem ser ignoradas. Isso é justo com ambos os grupo, já que assegura a cada um deles seu reconhecimento, ao mesmo tempo em que dá reconhecimento igual aos outros”.

Percebe-se, portanto, que muitas das questões atualmente objeto de debate, como a veiculação de beijos homossexuais na televisão, não se caracterizam, na verdade, como discordâncias razoáveis, pois se todos têm os mesmos direitos de expressão no tocante à sua sexualidade, percebe-se claramente que tal “censura voluntária” praticada por alguns grupos de telecomunicação enseja, necessariamente, um posicionamento que privilegia uma determinada concepção de moralidade sexual em detrimento de outra, o que perpetua situações de injustiça (no caso, a invisibilidade), mesmo porque o Ministério da Justiça já se manifestou que a orientação sexual não representa elemento diferencial, muito menos elemento discriminatório, para a classificação indicativa dos programas televisivos.⁸⁸⁰

Com relação aos direitos positivos ou prestações, que visam garantir um mínimo de igualdade material, até mesmo como pressuposto básico para o exercício de outros direitos, as questões relativas aos direitos sexuais se centram precipuamente nas questões referentes ao direito à saúde e a educação, sobre os quais teceremos a seguir alguns comentários.

⁸⁸⁰ Ministério da Justiça se manifesta sobre beijo gay na TV. Disponível em om.br/cultura/ministerio-da-justica-se-manifesta-sobre-beijo-gay-na-tv/3/4/13685. Acesso em 20.10.2011.

O direito à saúde, além de constar expressamente em vários tratados internacionais de direitos humanos fundamentais⁸⁸¹, está previsto no artigo 196 da Constituição Federal que determina ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A saúde geral, inclui necessariamente a saúde sexual, e os principais problemas enfrentados pelas minorias sexuais é que os recursos aplicados em políticas públicas nunca são distribuídos de maneira uniforme entre territórios, países e grupos populacionais. Ao contrário, eles são sistematicamente moldados por múltiplas formas de violência estrutural, dentre as quais desigualdades sociais, pobreza e exploração econômica, racismo e exclusão étnica, gênero e opressão sexual, discriminação e estigma, diferenças de idade, deficiências e outras formas de hipossuficiência, de forma que tipicamente significam que o maior impacto negativo é sentido por grupos e populações que já são marginalizadas e/ou oprimidas dentro da sociedade, freqüentemente de forma múltipla.⁸⁸²

Com efeito, a exclusão na área da saúde, das minorias sexuais, além de injusta, historicamente demonstrou ser um perigo em potencial para toda a sociedade, como comprovou a pandemia de AIDS.

Na década de 1970, países como os Estados Unidos, em virtude da revolução sexual, tiveram um salto quantitativo enorme no número de saunas gays e estabelecimentos congêneres,⁸⁸³ muito embora a saúde da população homossexual continuasse a ser totalmente ignorada pelas agências governamentais responsáveis pela saúde pública, o que permitiu que o vírus HIV se espalhasse pelas comunidades de homossexuais masculinos ao redor do mundo.

⁸⁸¹ Mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XXV, § 1º, prevê que todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar (...).

⁸⁸² CORRÊA, Sônia *et al*, *op. cit.*, p. 03.

⁸⁸³ WEEKS, Jeffrey, *op. cit.*, p. 47.

Quando, vários anos depois, a AIDS foi descoberta, devido ao longo período necessário para desenvolvimento dos efeitos visíveis da doença, ela já era um problema global e foi impossível impedir que ela fosse transmitida a todos os outros grupos sociais.

Com efeito, as exigências de uma política pública responsável não pode admitir a exclusão de quem quer que seja, exatamente porque só a análise realista das atividades sexuais existentes na sociedade permitirá a adoção de medidas eficientes, com reflexo direto para todos. Sendo o sexo um fenômeno global, é necessária também uma abordagem global no tocante à saúde sexual, vez que nenhum país é sexualmente isolado. Nesse sentido, as iniciativas da Organização Mundial de Saúde podem ser vista como o começo de um movimento no sentido da necessidade do reconhecimento de um patamar mínimo de saúde sexual para todos.⁸⁸⁴

Quanto a seu objeto, cabe esclarecer que todas as pessoas têm o direito ao acesso aos mais altos níveis de saúde física e mental, o que inclui os fatores determinantes de saúde sexual, incluindo o acesso a cuidados médicos para a prevenção, diagnóstico e tratamento de distúrbios, desordens ou transtornos sexuais.

Em verdade, existe uma clara relação entre a saúde sexual e a política sexual, reconhecimento e respeito pela pluralidade, diversidade e liberdades sexuais. A necessidade de cuidados sexuais é comum a todos e negar atendimento às minorias é inaceitável. Comprova a necessidade de serviços de saúde pelas minorias sexuais o fato de que, conforme o Ministério da Saúde, a cada 12 dias, uma pessoa muda de sexo no Brasil na rede de saúde pública.⁸⁸⁵

Sobre esta questão, esclarece a WASH que a sexualidade está entre os aspectos mais fundamentais de nossas vidas, sendo necessário que todos os governos, em nível global reconheçam a centralidade da saúde sexual para a saúde como um todo, pois a realidade mostra que a saúde sexual tem sido ameaçada pela inadequação das políticas públicas em face

⁸⁸⁴ ALTMAN, Dennis, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁸⁵ Revista EXAME. Ministério da Saúde diz que 1 pessoa muda de sexo a cada 12 dias no Brasil. 05.12.2010. <http://exame.abril.com.br/economia/brasil/noticias/ministerio-da-saude-diz-que-1-pessoa-muda-de-sexo-a-cada-12-dias-no-brasil>. Acesso em 24.10.2011.

de interesses políticos, religiosos ou ideológicos, levando inclusive ao aumento do índice de mortalidade. Portanto, o reconhecimento do acesso aos cuidados relativos à saúde sexual, e também reprodutiva é essencial ao desenvolvimento global e de cada país individualmente, e as políticas públicas devem integrar a saúde sexual e reprodutiva no combate à redução da pobreza, bem como à distribuição equitativa dos recursos, para incluir aquelas populações normalmente marginalizadas. Da mesma forma, a integração da sexualidade na saúde pública inclui a conceituar e definir a sexualidade como uma questão que deverá ser foco das políticas públicas de saúde e não ser tratada em termos de moralidade pública, sendo também considerada em seus aspectos positivos, inclusive aquele de permitir uma atividade sexual e relacionamentos satisfatórios.⁸⁸⁶

A IPPF, por sua vez, ao interpretar o conteúdo do direito à saúde, enfatiza que todos têm direito à saúde e aos benefícios do progresso científico, devendo desfrutar do mais alto padrão atingível de saúde física e mental o que inclui acesso aos melhores serviços de saúde possíveis com base em evidência e pesquisa para a prevenção, diagnóstico e tratamento de todas as preocupações, problemas e transtornos sexuais. Ademais, todas as pessoas têm o direito de ter acesso aos insumos para a prática de sexo seguro, para a prevenção de gravidezes indesejadas e de doenças sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV/AIDS. Todas as pessoas têm o direito de participar do estabelecimento de leis, políticas, programas e serviços relativos à saúde pública em suas comunidades. Todas as intervenções de saúde devem ser sensíveis às necessidades especiais de indivíduos e comunidades marginalizadas, que devem ter acesso aos serviços e cuidados de saúde, independentemente da objeção de consciência por parte de profissionais de saúde.⁸⁸⁷

No tocante à Educação, a Constituição Federal determina, em seu Artigo 205, que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

⁸⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE, *op. cit.*, p. 87 e ss.

⁸⁸⁷ IPPF, *op. cit.*, p. 22.

Percebe-se, portanto, que o objetivo da educação é permitir o livre desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania, o que inclui evidentemente, no campo dos direitos sexuais, ter as informações necessárias para todas suas próprias decisões sobre estas questões, razão pela qual a obtenção de um nível satisfatório de saúde sexual necessariamente está vinculado à uma educação adequada sobre a sexualidade.

Assim, uma agenda ampla de educação sexual é necessária para a criação de uma população sexualmente alfabetizada que possa apreciar e exercer responsavelmente seus direitos sexuais, bem como protegê-los.⁸⁸⁸

Somente educação permite o exercício da plena cidadania (inclusive a sexual), constituindo a educação fator preponderante na emancipação,⁸⁸⁹ razão pela qual Lord Brougham, parlamentar inglês, sabiamente disse que “a educação faz com que um povo seja facilmente liderado, mas difícil de ser conduzido, fácil de ser governado, mas impossível de ser escravizado”.⁸⁹⁰

Portanto, o direito social fundamental à educação deve ser analisado sob a ótica da democracia substancial. Assegurar a concretude do direito educacional é fator importante para garantir à sociedade a busca pela igualdade, consubstanciada não só pelo formalismo legal mas, em maior medida, pela efetividade dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, a educação está intrinsecamente ligada à democracia. O processo educacional é mitigador das desigualdades de oportunidade e fundamento para a cultura democrática, processo que se reveste da busca pela igualdade fática uma vez que a democracia não pode ser vista como mero aparato normativo-político. A omissão na adoção e execução de políticas públicas tendentes a efetivar a educação garante ao administrado a busca pela tutela jurisdicional do direito violado, cumprindo ao Judiciário zelar pela efetividade normativa da constituição.⁸⁹¹

⁸⁸⁸ ABRAMSON, Paul R. *et al*, *op. cit.*, p. 184

⁸⁸⁹ STANCIOLI, Brunello. CARVALHO, Nara Pereira. O ensino do Direito como base da autonomia da pessoa humana e sua legitimação ética. In: PEREIRA, Fábio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza (Org). *Cidadania e Inclusão Social*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 105.

⁸⁹⁰ CLAMHAM, Andrew, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁹¹ GOTTEMS, Claudinei J. *Direito fundamental à educação: a efetividade da democracia através da jurisdição constitucional*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coord). *Inclusão Social e Direitos Fundamentais*. Ririqui: Editora Boreal, 2009, p. 61.

E a educação sexual, num mundo cheio de tantas informações distorcidas deve ser uma prioridade de todos os governos e também da sociedade, pois não é justo que enquanto as maiores companhias de mídia do mundo lucram bilhões de dólares anualmente com a exploração da sexualidade, muito pouco seja gasto, comparativamente, em promoção da educação sexual.⁸⁹²

Acerca do direito a educação, à IPPF propõe as seguintes balizas: (i) todas as pessoas, sem discriminação, têm o direito à educação e à informação em geral, e à educação sexual abrangente, bem como às informações necessárias e úteis para exercer a cidadania plena e igualdade nos domínios privados, públicos e políticos; (ii) todas as pessoas devem ter acesso às informações sobre sexualidade na escola e nos serviços de saúde de sua comunidade, em linguagem acessível, incluindo informação sobre os meios para garantir a saúde sexual e reprodutiva, e a tomada de decisão sobre como, quando, e com quem fazer sexo e quando o comportamento sexual pode se tornar reprodutivo, de forma a permitir que qualquer decisão tomada com relação à sua vida sexual e reprodutiva seja feita com consentimento total, livre e informado.⁸⁹³

Diante dos parâmetros descritos acima, com os quais concordamos, somos favoráveis à introdução da educação sexual como disciplina obrigatória nas escolas brasileiras, algo que já foi adotado por vários países como a Argentina, Holanda e Inglaterra, dentre outros. Em Portugal a Lei nº 60/2009, estabeleceu o regime de aplicação da educação sexual nas escolas pública, e, em seu Art. 2º elenca como suas finalidades: “a) A valorização da sexualidade e afectividade entre as pessoas no desenvolvimento individual, respeitando o pluralismo das concepções existentes na sociedade portuguesa; b) O desenvolvimento de competências nos jovens que permitam escolhas informadas e seguras no campo da sexualidade; c) A melhoria dos relacionamentos afectivo-sexuais dos jovens; d) A redução de consequências negativas dos comportamentos sexuais de risco, tais como a gravidez não desejada e as infecções sexualmente transmissíveis; e) A capacidade de protecção face a todas as formas de exploração e de abuso sexuais; f) O respeito pela diferença entre as pessoas e

⁸⁹² HERDT, Gilbert, *op. cit.*, p. 05.

⁸⁹³ INTERNACIONAL PLANNED PARENTHOODS FEDERATION, *op. cit.*, p. 20.

pelas diferentes orientações sexuais; g) A valorização de uma sexualidade responsável e informada; h) A promoção da igualdade entre os sexos; i) O reconhecimento da importância de participação no processo educativo de encarregados de educação, alunos, professores e técnicos de saúde; j) A compreensão científica do funcionamento dos mecanismos biológicos reprodutivos; l) A eliminação de comportamentos baseados na discriminação sexual ou na violência em função do sexo ou orientação sexual.”

É inadmissível que o Congresso Nacional ainda não tenha aprovado uma lei similar em nosso país, em especial porque todos os objetivos constantes da lei portuguesa, além de compatíveis com nossa Constituição, certamente ajudariam na redução de problemas como a gravidez adolescente ou permitir a melhor prevenção de doenças sexualmente transmissíveis.

Alguns se opõe à educação sexual nas escolas, objetivando evitar que os jovens tenham acesso a informações sobre o sexo diversas daquelas que recebem por parte de sua família.

Não concordamos com esta posição. Primeiro porque entendemos que o direito à educação é um direito do indivíduo, não podendo a família exercer qualquer tipo de censura irrazoável no tocante ao acesso a informações sobre sexo, desde que sejam informações cientificamente corretas. Ademais, como ensina RIOS, o contato com a pluralidade de idéias “traz a todos os benefícios e os riscos da experiência democrática. O convívio com protestantes, judeus e muçulmanos pode parecer arriscado para famílias católicas tradicionais, na medida em que este contato pode redundar na conversão de seus filhos. Todavia, abolir tal possibilidade importaria na supressão da dignidade humana de cada um, que ficaria não só impedido de conhecer o valor da alteridade, como também escolher por si próprio suas convicções e práticas religiosas”.

Uma última questão sobre a educação, em especial no tocante ao acesso à educação por parte das minorias sexuais, é a questão do *bullying*, que tem se tornado um grande problema.

Com certeza o *bullying* sempre existiu e, em alguma medida existirá. Objetivar supressão total de qualquer espécie de agressividade entre os alunos, além de pouco realista, implicaria na inserção das crianças num mundo que não reflete a realidade da vida, comprometendo sua educação.

Entretanto, o *bullying* tem recrudescido de tal maneira que atitudes devem ser tomadas. Uma das razões que levaram a isso é o fato de que o *bullying* hoje não ocorre apenas no ambiente escolar. Como as novas gerações passam grande parte de suas vidas se comunicando *online*, o *bullying* tem tomado proporções inéditas, pois “na internet e no celular, mensagem com imagens e comentários depreciativos se alastram rapidamente e tornam o *bullying* ainda mais perverso. Como o espaço virtual é ilimitado, o poder de agressão se amplia e a vítima se sente acuada mesmo fora da escola, e o tormento permanente que a internet provoca faz com que a criança ou o adolescente humilhados não se sintam seguros em lugar nenhum, em momento algum”⁸⁹⁴.

A situação ficou tão séria que, nos Estados Unidos, apenas em Setembro de 2010, cinco adolescentes se suicidaram, em casos trágicos que receberam grande atenção da mídia⁸⁹⁵ devido ao *bullying* GLBT. Naquele país, o crescimento, sem precedentes, de suicídios e assassinatos de adolescentes pertencentes a minorias sexuais levou à necessidade de intervenção governamental, tendo mesmo o Presidente Barack Obama participado de campanhas contra a prática de *bullying*, em virtude da seriedade e das proporções que o problema ganhou. Mesmo a doutrina brasileira já se conscientizou da perversa ligação entre *bullying* e suicídio conforme GOMES:

“O jovem tem tanta vergonha de sua condição de vulnerabilidade frente ao *bullier*, que se sente imprestável e questiona a importância e necessidade de sua existência. Neste estágio, a vergonha tóxica deixa de agir apenas sobre o seu intelecto e pode

⁸⁹⁴ SANTOMAURO, Beatriz. *Violência Virtual*. In: REVISTA NOVA ESCOLA. Junho/Julho 2010, p. 66 e ss.

⁸⁹⁵ MILLER, Kenneth. *Gay Teens Bullied to the Point of Suicide* Disponível em <http://www.lhj.com/relationships/family/raising-kids/gay-teens-bullied-to-suicide/>. Acesso em 12.12.1011.

lhe causar desde a automutilação (ocasião em que a vítima se corta para aliviar a dor causada pelo *bullying*) até o próprio suicídio.

Exatamente! O suicídio é a consequência mais grave e temerosa das vítimas de *bullying*. É o caso da criança ou do adolescente que se encontra num nível de depressão tão absoluto e/ou apresenta problemas psíquicos irreversíveis que chegam ao extremo do *bullycídio* (palavra originada da fusão de *bullying* com suicídio).⁸⁹⁶

Em verdade pesquisas nos Estados Unidos mostram que quase 84,6% dos alunos GLBT já foram vítimas de *bullying*, sendo que 61% dizem não se sentirem seguros no ambiente escolar e 29,1% perderam ao menos um dia de aula no último mês devido a preocupações com sua segurança.⁸⁹⁷

Necessitamos de políticas públicas mais incisivas para permitir que a Escola seja um ambiente no qual todas as pessoas, inclusive as minorias sexuais, se sintam seguras para se desenvolverem, e todos devemos contribuir para tanto.

Nesse sentido, um bom exemplo de inclusão foi dado pela Universidade de São Paulo que, por meio de Circular SG/02, de 10.10.2011, permitiu que seus alunos transgêneros possam optar por ter, em seu diploma, a indicação do nome social, ao invés do nome civil.

4.4. ANÁLISE DE UM *HARD CASE*: O CASAMENTO HOMOAFETIVO

O casamento homoafetivo é uma das questões mais discutidas no tocante aos direitos sexuais na atualidade, em particular por ser questão que tem recebido particular atenção do Poder Judiciário, em razão do grande número de ações existentes.

⁸⁹⁶ GOMES. Luiz Flávio. *Suicídio é uma das graves consequências do bullying*. CONJUR EM 28.09.2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-set-08/coluna-lfg-suicidio-graves-consequencias-bullying>

⁸⁹⁷ PEERGRIVES. Daryl. 2009. *National School Climate Survey: Nearly 9 out of 10 LGBT Students Experience harrassment in School*. Disponível em: <http://www.glsen.org/cgi-bin/iowa/all/news/redord/2624.html>.

Veja que a homossexualidade é tão antiga como a própria humanidade, as relações homoafetivas sempre existiram, independentemente de sua aceitação ou hostilidade por parte da sociedade. O movimento que assistimos atualmente, de busca da legitimação social e jurídica de tais relacionamentos, entretanto, deve ser entendida como o resultado de duas tendências distintas, mas interligadas.

A primeira delas é a crescente privatização das relações familiares, que ocorreu principalmente na família heterossexual. Nas últimas décadas, a facilitação do divórcio, a emancipação feminina e diversos outros fatores jurídicos e sociais permitiram que a família se revolucionasse, admitindo uma série de outras formas diversas da tradicional. A família convencional, formada por pai, mãe e filho ou filha passa dar espaço, como a revolução feminina, a outros tipos familiares, monoparentais, pai ou mãe que abandona o lar, pais que se separam e têm filhos de outras relações.⁸⁹⁸ Conceitos como socioafetividade e guarda compartilhada, dentre outros, começaram a se tornar comuns no direito de família.

O que ocorreu, foi que as pessoas começaram a adaptar, na prática, a instituição do casamento de forma que ela refletisse com mais fidelidade os seus objetivos individuais, concentrando-se mais na questão contratual da instituição do que no seu status social.

A consequência dessa tendência foi que vários países ao redor do mundo começaram a instituir uma pluralidade de formas pelas quais as relações familiares podem ocorrer, gerando inclusive problemas quanto ao reconhecimento internacional dessas novas instituições, as quais têm diferentes obrigações recíprocas e benefícios, com reflexos inclusive nas relações parentais.

O Pacto Civil de Solidariedade (PACS) instituído pela França, em 1999, é um exemplo dessa nova forma de relacionamento e denota que a privatização das relações familiares não está relacionada às relações das minorias sexuais. Com efeito, quando o PACS foi criado, seu objetivo principal era o de dar proteção legal aos casais homoafetivos, que não

⁸⁹⁸ Oliveira, Regis Fernandes de, *op. cit.*, p. 25.

tinham acesso à instituição do casamento, mas que precisavam de regulação legal de uma série de questões relativas aos seus relacionamentos.

Contudo, de forma surpreendente e inesperada, cerca de 95% dos franceses que firmaram PACS são casais heterossexuais!⁸⁹⁹ Isso significa que, de alguma maneira, esta nova instituição jurídica também teve uma aceitação entre os heterossexuais, muitos dos quais entenderam que ela atendia melhor aos anseios no tocante à regulação de suas relações afetivas e familiares que o casamento tradicional.

Tal tendência tem progressivamente se alastrado para outros países e estamos assistindo agora a criação de um verdadeiro menu de opções, refletindo a tendência de privatização das regras relativas às instituição familiares. ESKRIDGE, fazendo uma comparação dos diversos tipos de família legalmente existentes em diversos países, chegou a classificá-los em seis grupos, que variam de acordo com o nível de comprometimento entre os contratantes e as obrigações recíprocas: (i) parcerias domésticas; (ii) coabitação; (iii) coabitação com direitos especiais; (iv) uniões civis, (v) casamento e (vi) casamento com cláusulas expressas de penalidades em caso de divórcio.⁹⁰⁰

Diante de tal realidade, conclui o mesmo autor: “a família, no contexto da civilização ocidental, tradicionalmente relacionada ao grupo constituído por marido, mulher e filhos, está se transformando para dar lugar a novas formas de estrutura familiar, baseadas cada vez mais em escolhas livres que podem assumir diferentes formas legais”.⁹⁰¹

Paralelamente a isso, as últimas décadas assistiram a outra importante tendência social que se refere ao fortalecimento e institucionalização dos movimentos de emancipação dos homossexuais que, diante da rediscussão mais ampla das relações familiares que estava ocorrendo na sociedade, adotaram a questão do casamento como um dos principais objetivos.

⁸⁹⁹ ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 718.

⁹⁰⁰ ESKRIDGE JR., William N. *et al*, *op. cit.*, p. 728.

⁹⁰¹ *Ibid*, 663.

Vez que o movimento de emancipação dos homossexuais apresenta atualmente um grau de globalização avançado, o resultado foi que a questão tem sido objeto de discussão e normatização em vários países do mundo, praticamente de forma simultânea (com efeito, a discussão e normatização das relações homoafetivas se fez presente, nos últimos anos, em países tão diversos como a Argentina, Estados Unidos, México, Suécia e África do Sul).

E como se sabe, a realidade, no mais das vezes anda de forma mais rápida que o direito. Assim, a sociedade paulatinamente, pressionada pela real necessidade de encontrar soluções às questões impostas pela realidade apresentada pelos casais homoafetivos, passou a, *de facto*, reconhecer tais relacionamentos.

Assim, por exemplo, para mencionar apenas um exemplo significativo vindo da área médica, cuja opinião também é importante na formação da conceituação da família na sociedade, o Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução nº 1.970/10, portanto bem antes que a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a União homoafetiva, já previa a possibilidade de que casais homoafetivos usassem das técnicas de reprodução assistida.

De forma interessante, a própria campanha deflagrada por alguns setores tradicionalistas contra o casamento homoafetivo na mídia fez com que a idéia da normatização de tais relações, que não era tão difundida, se tornasse um conceito por todos conhecido e debatido.

E quais seriam, dentro desse contexto, os argumentos contra o casamento homoafetivo?

A par dos argumentos religiosos e tradicionalistas (que já refutamos no tocante a qualquer aspectos dos direitos sexuais e que cujas razões se aplicam também aos casamentos homoafetivos), um argumento bastante invocado é que o casamento, por sua natureza, requer pessoas de sexos diferentes, já que sua função é a formação de uma família e a criação dos filhos, o que depende necessariamente de cônjuges de sexos diversos.

Realmente é verdade, como vimos no Capítulo II, que o casamento surgiu, em seus primórdios, como uma forma de garantir o acesso sexual de um homem a uma mulher, legitimando sua descendência e permitindo uma estrutura familiar que possibilitasse a criação de eventual prole. Nesse sentido, a lição de SYMONS, para quem, embora o casamento não seja fundado apenas no desejo, ele sempre foi entendido como garantidor de direito, ao homem, de acesso sexual exclusivo a mulher.⁹⁰²

Entretanto, essa realidade não é estática e, usá-la como argumento não se sustenta por vários motivos.

O primeiro deles é que o casamento heteroafetivo nunca ficou circunscrito **apenas** aos parâmetros acima descritos. Mesmo se ignorarmos os estudos antropológicos que denotam que o casamento assume várias formas, em diversas sociedades (mesmo no ocidente já existiu a poligamia), o fato é que a instituição do casamento sempre aceitou casais heteroafetivos que não tinham capacidade reprodutiva, reconhecendo de forma expressa que o que caracteriza o casamento é a relação afetiva com a intenção de constituir família. Assim, casais estéreis ou que passaram da idade reprodutiva podem se casar normalmente, o que nos obriga a reconhecer que o casamento, na lição de TÉQUI, deve ser entendido como o estabelecimento de uma vida em comum fundada pela afeição e deveres recíprocos, orientada para a vida e abrigando as relações íntimas entre os cônjuges.⁹⁰³

No mesmo sentido, ensina OLIVEIRA, pra quem “o casamento é uma convivência para laços de fidelidade, comunhão afetos, criação de pessoas e respeito mútuo. É relacionamento que supera o sexo. É a sexualidade em sua forma mais sofisticada de carinho, respeito e amizade. Passa por todos os passos de um relacionamento. Desde o erótico, à amizade, à caridade, na trilogia amorosa descrita por autores”.⁹⁰⁴

Tal fato denota, sem qualquer possibilidade de dúvida, que a proibição do casamento homoafetivo não deriva de sua incapacidade de reprodução, mas sim da hostilidade

⁹⁰² SYMONS, Donald; *op. cit.*, p. 123.

⁹⁰³ TÉQUI, Pierre., *op. cit.*, p. 28.

⁹⁰⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 19.

que por muito tempo existiu na sociedade face a homossexualidade. Na verdade, não existe qualquer diferença ontológica entre um casal homoafetivo formado por duas mulheres que adota duas crianças e constitui uma família, um casal heteroafetivo, infértil, que faz o mesmo. Portanto, não se justifica o tratamento não paritário destas situações que são, não similares, mas idênticas (na verdade, o fato do sexo das pessoas é tão irrelevante no tocante a capacidade de formar uma família, como a profissão, altura ou a cor de cabelo).

Outro argumento incontornável no sentido de que a procriação não é elemento essencial do casamento é que o mesmo pode ser celebrado *in extremis*, nos termos do Artigo 1.540 do Código Civil vigente que determina: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

Em suma, se o casamento heteroafetivo se adaptou para incluir situações outras que contemplassem a construção de núcleos familiares não típicos pelos heterossexuais, não existe razão para não fazê-lo, também, no tocante aos casais homoafetivos, que não seja o preconceito.

Imaginemos a seguinte situação, que comprova isso de forma insofismável: uma mulher, de 20 anos, bissexual, que engravide do namorado e este venha a morrer acidentalmente, antes mesmo que ficasse sabendo da gravidez. Caso esta mulher venha a iniciar um novo relacionamento, alguns meses depois, com um homem, poderá casar-se com ele, que poderá mesmo a vir a adotar esta criança, muito embora não seja seu pai biológico. Porém caso essa moça venha a ter um relacionamento com outra mulher (e perceba-se que a situação é a mesma, relacionamento com outra pessoa que não tem vínculo biológico com a criança), as consequências legais seriam diferentes.

Por tal razão, importantes instituições profissionais, como a Associação Americana de Antropologia foram claras ao se manifestar no sentido de que: “os resultados de mais de um século de pesquisas antropológicas em lares, relacionamentos e famílias de

diferentes culturas, através do tempo, não dão qualquer suporte a alegação de que a civilização ou qualquer ordem social viável depende do casamento como uma instituição exclusivamente heterossexual. Ao contrário, a pesquisa antropológica apóia a conclusão de que a vasta variação de tipos familiares, incluindo famílias construídas através de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo pode contribuir para a estabilidade das sociedades humanas”.⁹⁰⁵

O próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo existiu formalmente em várias culturas. Em verdade, mulheres do Lesoto se envolviam em relações a longo prazo e eróticas, similares ao casamento, denominadas *motsoalle*,⁹⁰⁶ Existem mesmo autores que argumentam a existência de casamentos entre dois homens, anteriormente ao século XIV na sociedade bizantina.⁹⁰⁷ Mas o mais importante é termos em mente que, independente de seu reconhecimento social ou não, essas relações sempre foram uma realidade.

Relativamente à questão da suposta validade universal da regra da necessidade de pessoas de sexos opostos para caracterizar o casamento, vale mencionar um fato curioso: PERELMAN, além de gênio, mostrou-se ser um visionário, pois no ano 1970, quando as discussões sobre o casamento homoafetivo eram praticamente inexistentes, já imaginava que a regra de que os candidatos ao casamento devam ser de sexo oposto, tida como indiscutível naquele momento histórico, poderiam se transformar em trinta anos.⁹⁰⁸ Tais palavras se comprovaram proféticas: **exatamente trinta anos depois de proferidas**, a Holanda, em dezembro de 2000, foi o primeiro país do mundo a reconhecer o casamento homoafetivo.

Uma segunda linha de argumentação refere-se à idéia de que os filhos de uma relação homossexual seriam de alguma forma prejudicados por não terem pais de sexo diferentes.

⁹⁰⁵ ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE ANTROPOLOGIA. *Statement on Marriage and the Family from the American Anthropological Association* (2004). Disponível em: <http://www.aaanet.org/stmts/marriage.htm>. Acesso em 20.11.2011.

⁹⁰⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁰⁷ MOTTIER, Véronique, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁰⁸ PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 416.

Tal argumento não se sustenta visto que as pesquisas demonstram que os casais homossexuais são capazes de criar filhos e estabelecer famílias tão saudáveis como os heterossexuais.

Ademais, acrescentamos outro argumento: caso as pessoas se preocupassem com uma situação para as crianças de verdadeira excelência no tocante as condições de vida e educação, a orientação sexual dos pais seria uma das questões menos importantes, vez que sua escolaridade, condições financeiras, estabilidade emocional e amor que tenham pelos filhos, em nossa opinião, são inegavelmente mais importantes.

Da mesma forma, não se faz qualquer esforço para se proibir que alguém tenha filhos na condição de solteiro(a). Neste caso, a criança filha de um pai ou uma mãe solteiros que a crie sozinho(a), não estaria melhor amparada se tivesse também a proteção do vínculo afetivo e social com o companheiro(a) do pai ou mãe? Isso denota que ao opor-se ao casamento homoafetivo, em verdade, está se punindo também as crianças existentes nesses relacionamentos, que ficam impedidas de terem os laços parentais socioafetivos com os companheiros de seus pais reconhecidos pelo direito.

Na prática, portanto, o não reconhecimento das relações familiares homoafetivas tem consequências mais graves não para os pais, mais sim para as crianças, que sofrem reflexamente as consequências do preconceito dirigido aos pais, o que evidentemente fere os princípios mais básicos de justiça.

Ademais, no tocante aos casais homoafetivos, as pesquisas científicas já chegaram a um consenso no sentido de que os mesmos não têm qualquer característica que os inferiorize *vis-à-vis* os casamentos heteroafetivos. Nesse sentido, fazemos referência a um importante documento de lavra da Associação Americana de Psicologia em conjunto com a Associação Americana de Psiquiatria, dentre outras associações profissionais, apresentado como prova, por meio da participação daquelas como *amicus curiae*, no caso *Perry vs. Schwarzenegger* (ao qual iremos nos referir em mais detalhes adiante), que faz um resumo das pesquisas científicas sobre o assunto, para concluir, dentre outras coisas que: (i) homossexuais

são capazes de formar relacionamentos estáveis equivalentes em todos os aspectos essenciais aos relacionamentos heterossexuais; (ii) não existe qualquer base científica que sustente que pais homossexuais sejam de qualquer forma menos capazes que os pais heterossexuais ou que seus filhos sejam menos saudáveis ou psicologicamente menos bem ajustados; (iii) existem benefícios tangíveis para as crianças de casais homoafetivos caso a eles seja permitido o casamento.⁹⁰⁹

Em verdade, ao realizarmos pesquisas para o presente trabalho, no tocante ao casamento homoafetivo, tivemos duas surpresas: (i) a primeira foi de que o casamento homoafetivo, como visto no Capítulo II, além de ser uma realidade que sempre existiu, chegou a ter, por vezes, mesmo no mundo ocidental, reconhecimento jurídico, o que é solenemente ignorado por muitos que discutem o assunto, sejam contra ou a favor e; (ii) apesar da suposta seriedade da discussão relativa ao casamento homoafetivo, concluímos que toda a argumentação contrária a sua legalização, longe de caracterizar um dissenso razoável, com base em sólida fundamentação científica ou argumentos racionais, simplesmente denota hostilidade, não propriamente ao casamento homoafetivo, mas à homossexualidade em si.

No tocante às relações homoafetivas e, com particular relevo para os direitos sexuais no tocante às discriminações por força da orientação sexual, muito importante foi a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união civil homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico, cuja ementa reproduzimos a seguir:⁹¹⁰

“Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE

⁹⁰⁹ BRIEF OF THE AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, THE CALIFORNIA PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, THE AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, AND THE AMERICAN ASSOCIATION FOR MARRIAGE AND FAMILY THERAPY. Disponível em: <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2010/10/27/amicus29.pdf>. Acesso em 20.10.2011.

⁹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132-RJ. Rel: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05.05.2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 14.10.2011.

OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO

CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se

perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “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”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a

possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

Existem uma série de comentários que gostaríamos de tecer sobre mencionada decisão.

O primeiro deles, é claro, seria no sentido de parabenizar o Supremo Tribunal Federal que, de forma unânime, defendeu o direito à igualdade, mostrando posicionamento correto, inequívoco e definitivo quanto à impossibilidade da utilização da orientação sexual como elemento de *discrímen*.

A segunda questão, refere-se à discordância existente quanto à fundamentação dos votos. Nesse sentido, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowsky e Cesar Peluso não acompanharam o relator, Ministro Aires Britto, por entenderem que o reconhecimento do instituto da união civil homoafetiva não deve se fazer por meio da interpretação extensiva ou teleológica dos termos família ou “entidade familiar” constantes no art. 226 da Constituição Federal, mas sim pela aplicação analógica de outros princípios constitucionais como do respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade etc., aplicando-se, de forma analógica à união homoafetiva as regras aplicáveis a união heteroafetiva.

Partem eles do pressuposto, em especial o Ministro César Peluso, da existência de diferenças intrínsecas entre as entidades familiares homoafetivas e heteroafetivas. É o que se deflui da fundamentação do voto do Ministro Lewandowsky: “creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar: distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual”. Indo ainda mais

além, o Ministro César Peluzo afirmou: “porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher”, para então completar: “(...) há uma lacuna normativa, a qual precisa ser preenchida. E se deve preenchê-la segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante basicamente da similitude – e não da igualdade –, da similitude factual entre ambas as entidades que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo.”

Com a devida vênia, pelos motivos já explicitados acima, não podemos concordar com os fundamentos dos votos mencionados. Com efeito, embora possam existir pequenas diferenças entre os relacionamentos heteroafetivos e homoafetivos, não existe qualquer diferença substancial entre ambos, em particular se considerarmos os relacionamentos heteroafetivos compostos por pessoas que não podem ou decidem não ter filhos biológicos em comum. Em tais casos, a igualdade é patente.

Nesse sentido, concordamos com a fundamentação adotada pelo Ministro Luiz Fux, ao expor sua posição sobre a questão: “o que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis heteroafetivas, das uniões estáveis homoafetivas? (...). **Nada as distingue.**” (g.n.).

Uma outra ordem de considerações se refere a preocupação que alguns membros do Pretório Excelso manifestaram quanto a possibilidade de tal decisão vir a ser caracterizada como um ato de ativismo judicial, questionando sobre necessidade de discussão da matéria pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowsky ao afirmar que “(...) assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional” e também do Ministro Gilmar Mendes que afirmou que: “Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, como já explicitado neste voto, de excesso de intervenção judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo.”

Novamente, em que pese o respeito profundo que nutrimos por esses dois mestres, que efetivamente foram (e continuam sendo) nossos professores, não concordamos que a decisão judicial em comento possa ser caracterizada como ativismo judicial.

E adotamos esse entendimento, por uma série de razões.

Inicialmente, cumpre esclarecer o que se entende por ativismo judicial e suas características.

Ted Olson, que foi *Solicitor General* dos Estados Unidos (função similar a do nosso Advogado-Geral da União), em nossa opinião, expressou a mais espirituosa definição de ativismo judicial ao afirmar que a expressão é utilizada pelas pessoas “para se referir a qualquer decisão da qual elas não gostam”.⁹¹¹

Contudo, de forma técnica, na lição de RAMOS, por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.⁹¹²

MORAES, por sua vez, ao manifestar-se sobre o ativismo judicial, exorta um equilíbrio, baseado no uso do bom senso, ao afirmar que “entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação de regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes”, e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa

⁹¹¹ Citação disponível em <http://www.foxnews.com/on-air/fox-news-sunday/transcript/ted-olson-debate-over-judicial-activism-and-same-sex-marriage>. Acesso em 20.12.2011.

⁹¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p 129.

clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais”.⁹¹³

Das lições acima mencionadas, quer nos parecer que duas idéias se destacam como fundamentais: (i) a exorbitância dos limites constitucionalmente previstos ao Poder Judiciário e; (ii) a existência de excessivo subjetivismo na fundamentação das decisões, permitindo às mesmas auferirem um caráter político.

Entendemos, entretanto, que a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso em comento, contudo, não atende a nenhum desses requisitos.

Com relação à exorbitância dos poderes a ele constitucionalmente deferidos, nos parece claro que “o controle de constitucionalidade configura-se como verdadeira e primordial garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal, que, além de configurarem, conforme já analisado, limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação do próprio Estado, determinado seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito”.⁹¹⁴

Como bem ensina LEAL, “O exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário não consiste, cumpre observar, nenhuma decorrência lógica ou natural. Cuida-se, antes de tudo, de uma opção política constitucional, dentre diversas outras existentes”.⁹¹⁵

⁹¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 41.

⁹¹⁴ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p.38.

⁹¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. O Exercício da Jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário. In: ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann, HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 483.

Sendo, portanto, uma opção constitucional, constituindo-se como uma garantia da efetividade das normas constitucionais em observância do sistema político de freios e contrapesos adotado pelas constituições modernas, não há que se acusar qualquer tribunal constitucional de ativismo judicial ao executar suas funções precípua e, nesse sentido, a proteção dos direitos humanos fundamentais enquadra-se como aquela mais nobre e mais necessária.

Com efeito, o caráter essencial das cortes constitucionais é aquele de se estabelecer como força contra-majoritária, inclusive do ponto de vista político, razão pela qual AMARAL JÚNIOR chegou a defender que: “(...) parece auspicioso, ao menos, aproximar o Supremo Tribunal Federal das características de um típico Tribunal Constitucional, mormente para reforçar e garantir o seu papel contra-majoritário. (...) Ainda assim, convém institucionalizar a mecânica contra-majoritária. Para tanto, bastaria, por exemplo, estabelecer mandatos fixos, renovados em partes iguais dentro de períodos certos de tempo, para tornar improvável que um mesmo Governo possa indicar a maioria dos membros do Tribunal”.⁹¹⁶

Quanto ao segundo requisito (i.e. excessivo subjetivismo no julgado), entendemos que ela não se configurou, vez que a interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis foi feita de forma racional e coerente. No caso em questão, ademais, verifica-se que não houve prejuízo ao direito de nenhuma pessoa, pois não houve qualquer reflexo negativo aos casais heterossexuais, que continuaram a poder a estabelecer entidades familiares nos mesmos termos de antes, agora com similitude aos casais homoafetivos.

A argumentação de que a questão deveria ser decidida pelo Congresso Nacional também não nos convence. Primeiro porque entendemos que o Congresso Nacional, em virtude do princípio da igualdade, nunca poderia decidir contrariamente ao direito dos casais homoafetivos em constituir família (inclusive se casando). Caso isso ocorresse, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar tal lei inconstitucional (com base nos mesmos argumentos utilizados em referida decisão).

⁹¹⁶ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988 - A Constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre de (Coord). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 134.

Com efeito, sendo o direito a formar uma família derivado dos princípios básicos do respeito à dignidade humana e da liberdade, não nos parece possível que ele possa ser restringido pelo poder infraconstitucional (aliás, neste sentido, tem sido a maioria das decisões de dois países com longa tradição constitucional, o Canadá e os Estados Unidos).

Aceitar o contrário, seria aceitar que um direito fundamental pudesse ser totalmente suprimido com base em decisões políticas, o que não é aceitável. Nesse sentido, cabe fazermos referência do caso *Perry vs. Schwarzenegger*, atualmente aguardando decisão na Corte Federal de Apelações da Califórnia (*9th Circuit*). Em tal caso, se discute a constitucionalidade de uma emenda constitucional à constituição do Estado da Califórnia, que foi objeto de votação popular, com o objetivo de proibir os casamentos homoafetivos naquele estado, que haviam sido permitidos por força de decisão judicial.

A decisão de primeiro grau de jurisdição entendeu ser inconstitucional uma medida legislativa, ainda que amparada por apoio popular, que viole frontalmente os direitos de uma minoria, o que, em nosso entender faz todo o sentido. Como se pode conceber que um direito fundamental como o do casamento possa ser negado a alguém, por arbítrio de uma maioria? A aceitar este raciocínio, a maioria poderia vir paulatinamente a restringir os direitos fundamentais de qualquer minoria como, por exemplo, o direito de reunião, de livre manifestação de pensamento etc.

Para exemplificar o que dissemos, basta dizer que no Mississippi, um estado norte-americano com forte tradição racista, uma pesquisa recente demonstrou que quase metade da população formada por eleitores republicanos era a favor da proibição do casamento entre negros e brancos!⁹¹⁷ A seguir este raciocínio, eventual maioria da população teria então direito a negar que brancos e negros se casem, o que evidente não é aceitável, como também não o seria aceitável para os casais homoafetivos.

⁹¹⁷ AOL NEWS. 46% *Percent of Mississippi Republicans Want Interracial Marriage Banned*. 08.04.2011. disponível em <http://www.aolnews.com/2011/04/08/46-percent-of-mississippi-republicans-want-interracial-marriage/>. Acesso em 10.10.2011.

Defendemos a idéia de que direitos humanos fundamentais não são restringíveis nos casos em que não exista uma necessidade racional que justifique tal medida, o que a doutrina e jurisprudência norte-americana denomina *compelling state interest*.

Com efeito, não existe, no caso dos casamentos homoafetivos, qualquer justificativa que fundamente um interesse legítimo do Estado em discriminar esta minoria. Pelo contrário, a luz de nosso ordenamento jurídico, o Estado deve ter exatamente a posição contrária, no sentido de protegê-la, motivo pelo qual entendemos que a decisão em comento se encontra dentro dos parâmetros razoáveis de interpretação constitucional.

Uma outra ordem de indagações seria sobre os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as uniões civis homoafetivas e a possibilidade se sua conversão em casamento.

Trata-se de uma questão que não tem apenas caráter simbólico, mas prático, vez que dentre os direitos negados aos casais homoafetivos brasileiros pelo não reconhecimento de seu casamento estão o de não poder se utilizar dos diversos regimes de bens aplicáveis aos casamentos ou ser considerado automaticamente herdeiro necessário, dentre outros.⁹¹⁸

Quanto a esta questão somos favoráveis ao entendimento expressado por STRECK, no sentido de que:

“Mesmo que no voto relator não haja expressa menção sobre o detalhamento da extensão dos direitos garantidos pelo reconhecimento mencionado, por uma interpretação mais acurada dos efeitos do que foi decidido é nítida a possibilidade para a conversão do casamento civil entre homossexuais companheiros, segundo *as mesmas regras e com as mesmas consequências* de uma relação heterossexual.
(...)

⁹¹⁸ Não havendo ascendentes e descendentes e somente colaterais, o cônjuge herdará a totalidade da herança (art. 1829, III e art. 1838, CC)

Logo, perfeitamente possível a aplicação do artigo 1.726 do Código Civil, podendo os conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz para posterior assento no Registro Civil da Circunscrição de seus domicílios, até porque a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de Constitucionalismo Contemporâneo é a manifestação do grau de autonomia do direito e a partir da hermenêutica filosófica, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada - a partir do exame de cada caso”.⁹¹⁹

Tal interpretação, ademais, veio a ser adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que por meio de sua 4ª Turma, ao prover recurso de duas mulheres que pediam para ser habilitadas ao casamento civil. Seguindo o voto do relator, ministro Luis Felipe Salomão, a Turma concluiu que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento.⁹²⁰

O voto do Ministro Luis Felipe Salomão no caso em comento merece ser parcialmente transcrito porque constitui, *per se*, verdadeira aula sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, refletindo, em parte, nosso entendimento acerca de muitas das questões discutidas:

“O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade

⁹¹⁹STRECK, Lenio; LIMA, Rogério Montai de. *O direito de conversão da união estável em casamento nas relações homoafetivas* MIGALHAS, 15.07.2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137382,41046O+direito+de+conversao+da+uniao+estavel+em+casamento+nas+relacoes>. Acesso em 10.10.2011.

⁹²⁰ STJ. Recurso Especial nº 1.183.378-RS (2010/0036663-8).

física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.**

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

(...)

Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos.

(...)

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.

Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a

Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das majorias.

Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das majorias ocasionais, mas de todos.”⁹²¹

Todas essas decisões, por evidente, têm um conteúdo histórico bastante importante, que beneficiam todos os cidadãos que, independentemente de sua situação pessoal, podem encontrar no Poder Judiciário um instrumento de defesa de seus direitos (sexuais ou não).

E as decisões afetam positivamente a todos, inclusive os membros do próprio Poder Judiciário vez que, logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a União homoafetiva, uma magistrada de Santa Catarina, Sônia Maria Mazzetto Moroso, titular da 1ª Vara Criminal de Itajaí, assinou o documento que a tornou casada com a servidora pública municipal Lilian Regina Terres.⁹²²

Com o reconhecimento da impossibilidade da discriminação com base no sexo, e agora com base na orientação sexual, demos dois passos importantes para a efetivação do respeito à dignidade humana em nosso país.

Aguardamos que, num futuro muito próximo, todos os outros aspectos relativos ao sexo deixem de ser relevantes como forma de discriminação, jurídica ou factual, permitindo a emancipação das demais minoria sexuais que ainda demandam por justiça.

⁹²¹O voto do Ministro foi disponibilizado pelo STJ em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=10359. Acesso em 10.12.2011.

⁹²²REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 19.07.2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-jul-19/juiza-santa-catarina-assume-homossexualismo-casa. Acesso em 20.07.2011.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O sexo, em todos os seus múltiplos aspectos, tem uma importância primordial para todos, como elemento essencial para nosso bem estar e felicidade, de forma que a devida consideração à dignidade humana passa, necessariamente, pelo respeito a muitas das questões que envolvem a sexualidade.

A história do sexo denota que, a despeito de algumas determinantes biológicas universais, muito do que se pensa sobre ele é fruto de concepções culturalmente construídas, as quais serviram de base para sua normatização pelas diferentes civilizações no decorrer na história.

Tais consensos, que denominamos paradigmas de moralidade sexual, em análise mais aprofundada, mostram-se não mais do que uma resposta da sociedade à influência de determinadas condicionantes inevitáveis de cunho econômico, social e tecnológico, refletindo as precariedades, inclusive intelectuais, então existentes no momento histórico em que foram criados.

Atualmente, observamos o colapso do Paradigma Judaico-Cristão de moralidade sexual que dava, até poucas décadas, suporte à normatização do sexo no mundo ocidental, em virtude de saltos epistemológicos e profundas alterações da realidade socioeconômica que tornaram insustentável a manutenção de suas premissas num mundo globalizado e dominado pela tecnologia.

Esta situação tem levado a uma crescente politização e judicialização do sexo, diante de nossa incapacidade, individual e coletiva, de nos adaptarmos a tais mudanças com a velocidade necessária.

O sexo tornou-se objeto de crescente contestação, em especial diante da inexistência de certezas, inclusive conceituais, acerca do tema, objeto de debate em todos os níveis, do familiar ao global.

As dúvidas e incertezas no tocante ao sexo, contudo, não devem ser motivos para a omissão e, muito menos, para permitir que situações históricas de injustiça se perpetuem.

Não é mais admissível, no atual estágio do processo civilizatório, que o sexo seja usado, em nenhum contexto, como elemento justificador de hostilidades e discriminações odiosas.

Os direitos humanos fundamentais refletem os mais elevados princípios éticos desenvolvidos pela humanidade, atingidos a custa de incalculável sofrimento, razão pela qual temos, coletivamente, o compromisso moral de respeitá-los, utilizando-os como guia em momentos de incerteza.

Os direitos sexuais, por sua própria natureza, são direitos humanos fundamentais e o seu efetivo respeito demanda este reconhecimento por parte dos Estados, das sociedades e dos indivíduos, que devem se opor a quaisquer tendências no sentido de aviltar a dignidade, de quem quer que seja, por conta de questões relacionadas, direta ou indiretamente, ao sexo.

A emancipação das minorias sexuais demonstra, de forma insofismável, a humanidade comum a todas as pessoas e o valor de cada ser humano, não apenas como fonte de dignidade intrínseca, mas como elemento que pode e deve dar a sua contribuição para o bem comum da sociedade.

O processo de incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais, permitindo a progressiva emancipação de todos aqueles que ainda se encontram de alguma forma oprimidos ou aviltados pelos preconceitos de ordem sexual, é processo que irá beneficiar a todos, vez que a injustiça desumaniza tanto o opressor quanto o oprimido.

O Direito, por evidente, é um dos ramos da ciência que pode contribuir de forma positiva para o desiderato de obtermos um mundo mais justo e, na prática, tem possibilitado, no mais das vezes, importantes avanços face à uma sociedade, não raro, recalcitrante e dividida.

Embora a vida moderna tenha nos dado maior autonomia e independência, a enormidade dos obstáculos que enfrentamos, individual e coletivamente é estarrecedora, evidenciando nossa inerente fragilidade como seres humanos, que muitos insistem em ignorar, por sua própria conta e risco.

Nesse cenário de incertezas, não cabe ao homem comum, distanciar-se do seu semelhante, seja por medo, incompreensão, preconceito ou indiferença.

Gostemos ou não, compartilhamos este mesmo mundo, com todos os seus sofrimentos e maravilhas, sendo imperioso que nos conscientizemos de estarmos sendo, cada vez mais, obrigados a encontrar meios de coexistência satisfatória, até mesmo para garantir nossa sobrevivência coletiva.

Dentro desse contexto de interdependência recíproca, a utilização do sexo como base para discriminação, ou como fator desagregação social por meio da injusta manipulação de preconceitos, não encontra mais eco, em vista das aspirações éticas de respeito à dignidade humana.

Em suma, não faz sentido o uso do sexo como mais um elemento a distanciar e separar as pessoas.

Há de se ter em mente que, antes de tudo, o sexo foi feito para nos unir.

REFERÊNCIAS:

ABRAMSON, Paul R.; PINKERTON, Steven D.; HUPPIN, Mark. *Sexual Rights in America*. Nova York: New York University Press, 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Meneses de; AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (Coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ALTMAN, Dennis. *Global Sex*. Chicago: Chicago University Press, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia de Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

BLACKBURN, Simon. *Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. Malheiros Editores: São Paulo, 2001.

BRUCE, Steve. *Sociology*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAUTHORNE, Niguel. *Sex Lives of the Roman Emperors*. Londres: Carlton Publishing Group, 2005.

CLAPHAM, Andrew. *Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

CLITEUR, Paul. *Esperanto Moral*. Barcelona: Del Lince, 2009.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind; PARKER, Richard. *Sexuality, Health and Human Rights*. Nova York: Routledge, 2008.

COSSMAN, Brenda. *Sexual Citizens*. Stanford: Stanford University Press, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESKRIDGE JR., William N.; HUNER, Nan D. *Sexuality, Gender and the Law*. Nova York: Foundation Press, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. (Vol. I, A vontade de Saber). Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

FREEMAN, Michael. *Human Rights*. Cambridge: Polity Press, 2010.

FRIEDMAN, David. M. *A Mind of Its Own*. Nova York: Penguin Books, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra dignidade sexual*. Editora Atlas: São Paulo, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre, Segio Antonio Fabris Editor: 1987.

HARRIS, Sam. *The Moral Landscape*. Nova York: Free Press, 2010.

HERDT, Gilbert; HOWE, Cymene (Ed.). *21st Century Sexualities*. Nova York: Routledge, 2007.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook*. Genebra: 2011. Disponível em:

[http://www.icj.org/dwn/database/Sexual%20Orientation,%20Gender%20Identity%20and%20Justice-%20A%20Comparative%20Law%20Casebook\[1\].pdf](http://www.icj.org/dwn/database/Sexual%20Orientation,%20Gender%20Identity%20and%20Justice-%20A%20Comparative%20Law%20Casebook[1].pdf).

ISHAY, Micheline R. *The History of Human Rights*. Berkely: University of California Press, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

KUEFLER, Mathew Stephen. *The History of Sexuality Sourcebook*. Toronto: Broadview Press, 2007.

LEAO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris Editor, 2005.

LOREA, Roberto Arriada; KNAUTH, Daniela Riva. *Cidadania Sexual e Laicidade*. Porto Alegre: Livradia do Advogado Editora, 2010.

LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madri: Editorial Tecnos, 2003.

MILL, John Sutart. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Govet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de (Coord). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria*. São Paulo: Editora LTR, 1997..

MORENO, Hortência. Relaciones Sexuales. In: BLANCK-CEREIJIDO, Fanny. (Coord.) *Sexualidad y Derechos Ciudadanos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001.

MOTTIER, Véronique; *Sexuality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Homossexualidade - Uma visão mitológica, religiosa, filosófica e jurídica*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE; WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. *Salud Sexual Para El Milenio. Declaracion y Documento Técnico*. Washington: 2009. Disponível em: <http://www.worldsexualhealth.org/Salud%20Sexual%20para%20el%20Milenio.pdf>.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O Direito da Sociedade da Informação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *Estado e Processo Civilizatório*. São Paulo: MP Editora, 2009.

PECES-BARBA, Gregório. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza (Org). *Cidadania e Inclusão Social*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

POSNER, Richard A.. *Sex and Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

POWERS, Madison; FADEN, Ruth. *Social Justice*. Nova York, Oxford University Press, 2006.

PREVES, Sharon E. *Intersex and Identity: the contested self*. New Brunswick: Rutgers University Press, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

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

RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. (Coord). *Homossexualidade e Direitos Sexuais – Reflexões a partir da Decisão do STF*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

ROOST, H. T. D. *The Golden Rule – A Universal Ethic*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

ROTHKOFF, David. *Superclass: the global Power elite end the world they are making*. Nova York: Farrar, Traus and Giroux, 2008.

RUFFIÉ, Jacques. *O Sexo e a Morte*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SHAPIRO, Michael H.; SPECE JR, Roy G.; DRESSER, Rebecca; CLAYTON, Ellen Wright. *Bioethics and the Law*. Saint Paul: West Publishing Company, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coord). *Inclusão Social e Direitos Fundamentais*. Birigui: Editora Boreal, 2009.

SOBLE, Alan. *The Philosophy of Sex and Love*. St. Paul: Paragon House, 2008.

STEARNS, Peter N.. *Sexuality in World History*. Londres: Routledge, 2005.

STEGER. Manfred B. *Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

STYCHIN, Carl F.; *Governing Sexuality*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

SYMONS, Donald; *The Evolution of Human Sexuality*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

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

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso*. São Paulo: Editora Record, 2002.

TAYLOR, Timothy; *The Prehistory of Sex*. Nova York: Bantam Books, 1996.

TÉQUI, Pierre (Ed.). *Le Sexe, la Sexualité et le Droit*. Paris: Éditions Pierre Téqui, 2002.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.. GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

VECHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *A luta judicial das minorias sexuais pela cidadania material*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Instituição Toledo de Ensino. Bauru. Defesa em 04.12.2010.

WEEKS, Jeffrey. *Sexuality and its Discontents*. Londres: Routledge, 1985.