

## Para um direito democrático da sexualidade

Roger Raupp Rios<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil). Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Juiz Federal em Porto Alegre/RS – Brasil. Membro do Comitê Consultivo do Centro Latino-Americano de Sexualidade e Direitos Humanos (rogerrios@jfrs.gov.br).

## INTRODUÇÃO

Este trabalho insere-se no conjunto de atividades desenvolvidas pelo Centro Latino-Americano de Direitos Humanos e Sexualidade – CLAM, visando ao desenvolvimento de uma perspectiva multidisciplinar sobre sexualidade. Ao lado do banco de dados sobre sexualidade e dos relatórios sobre política sexual no Brasil e produção acerca da sexualidade das Ciências Sociais do Brasil, ele tem como objetivo realizar uma reflexão sobre os direitos sexuais a partir do debate jurídico brasileiro. Sem a pretensão de fornecer ao leitor um rol exaustivo de todos os temas e questões suscitados pelos direitos sexuais, nem a de inventariar autores e julgados brasileiros referentes ao assunto, trata-se de apresentar os principais elementos para o desenvolvimento de uma abordagem jurídica que leve a sério a perspectiva dos direitos humanos na seara da sexualidade, considerando o estágio atual desse debate no cenário nacional.

Trata-se de um esforço de sistematização que se propõe lançar entre nós bases para uma discussão jurídica mais abrangente e coerente dos direitos sexuais, a partir da enunciação de princípios fundamentais fornecidos pelos direitos humanos aplicáveis às questões trazidas pelos direitos sexuais. Sua finalidade é, portanto, colaborar para o avanço do debate jurídico acerca da sexualidade na perspectiva dos direitos humanos.

Nesse contexto, a sexualidade e os direitos sexuais que a ela se associam não serão abordados como objetos carentes de disciplina ética ou de intervenção terapêutica, para as quais o ordenamento jurídico seria um dos instrumentos privilegiados de formulação e de legitimação, ao lado de áreas de conhecimento tais como a medicina, a psicanálise ou o pensamento religioso. Nem serão abordados como elementos cujo significado só teria sentido em casos atrelados à família, às relações de parentesco, à constituição da subjetividade individual ou da realidade social (Loyola, 1999). Diversamente, sexualidade e direitos sexuais

serão enfocados como elementos cujo influxo dos princípios fundamentais fornecidos pelos direitos humanos pode e deve pautar, em uma sociedade democrática, os olhares das diversas ciências e dos saberes que deles se ocupam.

Com efeito, desenvolver a idéia de direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios. Implica, por assim dizer, uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possa ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipacionista em seu espírito.

Para tanto, é preciso buscar princípios capazes de abarcar, simultaneamente, os grandes eixos<sup>2</sup> que têm estruturado o debate corrente sobre os direitos sexuais, a saber: as questões identitárias vinculadas à expressão da sexualidade (onde se inserem, principalmente, os temas das homossexualidades), as relações sexuais propriamente ditas e suas conseqüências – campo que alcança matérias diversas, como consentimento, violência e aborto – e a busca da fundamentação dos direitos sexuais, historicamente atada à idéia de saúde sexual.

A construção desta abordagem exige que se considere a relação entre democracia, cidadania, direitos humanos e direitos sexuais, bases a partir das quais será proposto um modelo democrático de compreensão dos direitos sexuais, que denomino *direito democrático da sexualidade*.

De fato, democracia e cidadania são idéias centrais na pauta dos diversos movimentos sociais contemporâneos. Por meio de sua articulação, uma gama variada de reivindicações tem sido levada adiante, abrangendo os mais diversos setores da vida individual e coletiva. Um dos efeitos dessa dinâmica é a compreensão, cada vez mais difundida, das múltiplas dimensões requeridas para a construção de uma sociedade democrática, donde as demandas por inclusão social, econômica, política e cultural. Tais dimensões também marcam uma ampliação do conceito de cidadania, uma vez que este, tradicionalmente, associava-se somente ao *status* jurídico adquirido em virtude da pertinência nacional.

A idéia de direitos humanos, como entendida nos ordenamentos jurídicos

<sup>2</sup> Esses eixos foram listados por Sérgio Carrara, em palestra no seminário *Homossexualidades: identidade, política e produção cultural*, realizado pela ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, no Rio de Janeiro, em 29 de outubro de 2002.

internacional e nacional, também reflete essa dinâmica. A evolução dos instrumentos internacionais de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos – desde a declaração universal de 1948 até a afirmação de direitos econômicos, sociais e culturais, passando pela atenção a questões concretas relacionadas, por exemplo, com gênero e infância – permite esta constatação. Mais e mais o ser humano é visto como sujeito de direitos que vão muito além do mero pertencer a uma nacionalidade.

Dentre os aspectos implicados nessas dimensões, a sexualidade aparece como um dos mais polêmicos e de difícil progresso. Apesar das lutas cada vez mais visíveis e articuladas dos movimentos feministas, gays, lésbicos, transgêneros e de profissionais do sexo, ainda falta muito para a participação, em igualdade de condições, desses grupos na vida social; apesar da aprovação, aqui e ali, de legislação protetiva de certos direitos, há um longo caminho até a sua efetivação e a sua expansão em domínios importantes. Muitos fatores concorrem para tal situação de privação de direitos e limitação de oportunidades, objeto de atenção de variadas perspectivas.

Do ponto de vista jurídico, os conceitos de direitos reprodutivos e direitos sexuais têm traduzido esse esforço. Apesar dos avanços obtidos, razões de ordem teórica e de ordem prática recomendam avançar mais. Para tanto, é preciso desenvolver um “direito democrático da sexualidade”, vale dizer, um exame, na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, das diversas normas jurídicas, cujo âmbito de proteção atenta para as várias manifestações da sexualidade humana.

A importância da tarefa vai além da coerência teórico-científica e do cultivo do saber intelectual. Construir, na medida do possível, uma abordagem jurídica mais sistemática possibilita a profissionais do direito e a movimentos sociais um instrumento de intervenção mais eficaz, além de exigir o aprofundamento dos debates de modo coerente e de possibilitar a democratização da discussão e, via de conseqüência, do sistema jurídico e político como um todo.

Este artigo pretende contribuir nesse sentido. Para tanto, após contextualizar a idéia de direitos reprodutivos e a sua ligação com os direitos sexuais (Parte 1), apresentarei alguns elementos que considero fundamentais para o desenvolvimento do direito democrático da sexualidade (Parte 2), enfatizando seu âmbito de proteção, princípios básicos, alcance, relação com o conceito de minorias, finalizando esta parte com algumas consideração sobre as uniões homossexuais nesse contexto. Por fim, as duas últimas seções cuidam das

objeções mais freqüentes ao desenvolvimento de tal perspectiva (Parte 3) e de alguns temas sensíveis que fazem parte dessa elaboração (Parte 4).

Ao finalizar a introdução, é importante situar este trabalho no âmbito das grandes tradições jurídicas ocidentais contemporâneas. A proposição de um direito democrático da sexualidade nutre-se da experiência e do debate existentes no sistema romano-germânico (donde se originam os sistemas jurídicos nacionais da Europa continental e da América Latina) e na *Common Law* (presente na Inglaterra, nos Estados Unidos e nos países de colonização anglo-saxônica). Esta abordagem não só é compatível, como deflui diretamente das respostas que, num e noutro sistema jurídico, vêm sendo construídas. De fato, parlamentos e tribunais, cada um a seu modo, têm reagido às demandas que o exercício da sexualidade produz nos dias de hoje. A análise dessas respostas – sem depender da tradição jurídica da qual brotam e do predomínio parlamentar (romano-germânica) ou jurisprudencial (*common law*) na produção do direito em cada uma delas – é a base deste estudo; os princípios jurídicos ora propostos e sistematizados são pilares e chaves para a atualização de tais tradições jurídicas em face da sexualidade.

## PARTE 1

### CIDADANIA SEXUAL, DIREITOS REPRODUTIVOS E DIREITOS SEXUAIS

Nesta parte, faço um breve histórico do surgimento das questões relativas à sexualidade no âmbito dos instrumentos internacionais de direitos humanos. A abordagem justifica-se na medida em que, de modo geral, as questões de sexualidade, no contexto dos direitos humanos, partem da idéia de direitos reprodutivos para chegar aos direitos sexuais. Início, assim, anotando os principais momentos desse desenvolvimento para, em seguida, discutir alguns dos seus limites.

#### 1.1. DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No âmbito da sexualidade, os instrumentos internacionais de direitos humanos têm evoluído para o reconhecimento da situação de vulnerabilidade das mulheres, tendo como ponto de partida a idéia de direitos reprodutivos (Cabal, Roa & Lemaitre, 2001; Vargas, 1996). Com efeito, após as proclamações genéricas e abstratas relativas ao direito à vida, à saúde, à igualdade e não-discriminação, à integridade corporal e à proteção contra a violência, ao trabalho e à educação (inscritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos), sucederam-se documentos internacionais e conferências preocupadas especificamente com a reprodução e, conseqüentemente, a condição feminina.

Nesse sentido, a Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos (Teerã – 1968) reconheceu a importância dos direitos humanos da mulher e decidiu pela

necessidade de medidas para promovê-los (art. 15). A Assembléia Geral das Nações Unidas declarou 1975 como o Ano Internacional da Mulher, bem como estabeleceu o decênio 1976-1985 como especialmente voltado para a melhoria das condições das mulheres, realizando no período duas conferências mundiais: 1980, em Copenhague e 1985, em Nairobi. Antes dessas datas, em 1979, foi promulgada a importante Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Em 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, declarou que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos, sendo dever sua participação em igualdade de condições sociais e a erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo, além daquelas que se referem à violência contra a mulher.

Em 1994, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento (Cairo), estabeleceu um programa de ação que afirmou os direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos já reconhecidos em tratados internacionais, incluindo o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e de seu espaçamento, dispondo da informação, educação e meios necessários para tanto. Importante para fins deste estudo, foi a declaração de que a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos. O documento, como um todo, reafirma a importância de relações de gênero mais igualitárias, com maior liberdade para a mulher, livre de discriminação e violência.

Relevante também é a menção ao direito de homens, mulheres e adolescentes de obterem informação e de terem acesso a métodos seguros, eficazes, aceitáveis e de sua eleição para a regulação da fecundidade. Dessa conferência decorreu o Plano de Ação do Cairo que, além de introduzir o conceito de direitos reprodutivos, sinalizou para o reconhecimento de direitos sexuais, destacando o de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminações, coerções e violências; na mesma oportunidade, também foi assentado que os Estados-Partes, além de estimularem e de promoverem o relacionamento respeitoso e igualitário entre homens e mulheres, devem; 1. atentar para as necessidades dos adolescentes, capacitando-os a melhor decidirem sobre o exercício de sua sexualidade e 2. dedicar atenção especial a segmentos populacionais mais vulneráveis às violações de direitos humanos nos campos da reprodução e da sexualidade (Ventura, 2003. p. 14).

Em 1995, a Quarta Conferência Mundial da Mulher foi realizada em Pequim, confirmando as diretrizes definidas no Cairo. Nela, reforçou-se a necessidade da

proteção dos direitos estreitamente ligados aos direitos reprodutivos, tais como os sexuais, o direito à saúde, à integridade, à proteção contra a violência, à igualdade e não-discriminação, ao matrimônio, à educação e à proteção contra a exploração sexual. Importante salientar que a Plataforma de Pequim, no capítulo 'Mulher e Saúde', cuidou de questões fundamentais, como o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos, afirmando o direito ao livre exercício da sexualidade através, principalmente, da ênfase na saúde sexual.<sup>3</sup>

De âmbito regional, especialmente importante para a América Latina, foi a Convenção de Belém do Pará (1994), destinada a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, salientando-se a explícita preocupação com aquela perpetrada no âmbito doméstico e com a responsabilidade estatal não só pelos atos de violência nessa área, como também pela tolerância de atos privados contra a mulher.

Na interpretação dos diversos instrumentos normativos, vale ressaltar a subsunção da violência doméstica e as altas taxas de mortalidade materna ao direito à vida, à proteção da integridade física e às proibições de tratamentos desumanos, degradantes e da tortura; o acesso a serviços de saúde reprodutiva sem discriminação de gênero ao direito genérico à saúde; a violação sexual como tortura; as violações sexuais durante conflitos armados, como os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra (conforme os tribunais ad hoc para Iugoslávia e Ruanda e o Estatuto da Corte Penal Internacional); o obstáculo ao controle da fecundidade como violação à autonomia reprodutiva, assim como esterilizações involuntárias e a imposição de métodos contraceptivos; a denúncia médica de prática de aborto como violação à intimidade, direito que também abrange a tomada de decisões reprodutivas sobre o corpo.

No contexto desses instrumentos internacionais, o direito à igualdade e à não-discriminação tem sido desenvolvido de forma abrangente. Além de suas relações com muitos dos direitos acima indicados, seu mandamento de igualdade de condições para o exercício dos diversos direitos e de superação das barreiras discriminatórias aponta, na interpretação corrente, para a prevenção e a repressão de condutas discriminatórias, a adoção de medidas positivas, dada a situação de desvantagem da mulher, a proteção relativa ao assédio sexual, à

<sup>3</sup> Reza o item 30 da Declaração da Conferência Mundial sobre a Mulher: "Assegurar a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de mulheres e homens na educação e na saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva das mulheres e sua educação." Por sua vez, o item 97 da Plataforma de Ação: "os direitos humanos da mulher incluem seu direito a ter controle sobre aspectos relativos à sexualidade, incluída sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente a respeito destas questões, sem estarem sujeitas à coerção, discriminação ou violência. As relações sexuais e a reprodução, incluindo o respeito à integridade da pessoa, exigem o respeito e o consentimento recíprocos e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade quanto a conseqüências do comportamento sexual."

gravidez ou sua possibilidade e o igual acesso a um sistema de ensino atento à educação sobre saúde reprodutiva.

Outro aspecto importante, desenvolvido no contexto do direito internacional dos direitos humanos, diz respeito ao matrimônio e à fundação de uma família. Ele implica o direito a contrair matrimônio livremente, a dissolvê-lo, à igual capacidade e idade para com ele consentir.

Considerado o objetivo deste artigo, é de ressaltar que 1. a sexualidade foi abordada nos instrumentos internacionais a partir da legítima e necessária preocupação com a situação da mulher; 2. essa preocupação engendrou, a partir do espectro dos direitos reprodutivos, a noção de direitos sexuais; 3. todavia, tal perspectiva necessita ser alargada para o desenvolvimento de um direito da sexualidade (Miller, 2000). Tudo isso sem esquecer que, mesmo na Conferência de Pequim, na qual a idéia de direitos sexuais começa a aparecer de modo mais claro, ela ainda está associada muito proximamente à de saúde sexual.

É preciso, portanto, diante do fenômeno da desassociação entre sexualidade e reprodução, realizar, no campo jurídico, o movimento verificado nas Ciências Sociais, dotando de legitimidade e dando consistência a um saber jurídico sobre a sexualidade, esfera da vida fundamental no contexto da sociedade ocidental contemporânea (Heilborn & Brandão, 1999. p. 7).

## 1.2. DOS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS AO DIREITO DA SEXUALIDADE

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

Essa dinâmica engendra uma compreensão da temática dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, em função de uma perspectiva centrada na situação de violação de direitos experimentada pelas mulheres, visualizadas tanto como vítimas de discriminação ou de violência, quanto como seres humanos direta e especialmente envolvidos com a reprodução.

Sem subestimar em nenhum momento tais realidades, avançar na compreensão dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos no quadro maior dos direitos humanos implica um alargamento de perspectiva. Isto porque direitos sexuais e direitos reprodutivos são categorias jurídicas vocacionadas a problematizar fenômenos e relações sociais entabuladas não só por mulheres, mas também por homens. Tais direitos se fazem necessários, de modo preeminente, nas discussões a respeito da expressão sexual, aqui entendida na sua forma mais ampla, abarcando orientação sexual homossexual, heterossexual, bissexual, transexualidade e travestismo. A eles também não pode se furtar o debate sobre o acesso às diversas modalidades técnicas de reprodução assistida.

Efetivamente, todas essas situações, aqui apenas enumeradas, dizem respeito à pretensão do ordenamento jurídico de conformar uma série de relações sociais em que aspectos relacionados à sexualidade se apresentam de modo direto e decisivo. Para tanto, é necessário atribuir ao conceito de direitos sexuais e de direitos reprodutivos um espectro mais amplo, capaz de responder a tantas e tão distintas demandas.

Fixar, portanto, a compreensão desses direitos exclusivamente às mencionadas realidades, vinculadas particularmente a certos aspectos da condição feminina, produziria lacunas diante da diversidade das questões envolvidas. Ademais, poder-se-ia correr o risco de reduzir a operacionalidade dessas categorias jurídicas, inclusive no que respeita ao universo feminino, a um enfraquecimento indesejável e desnecessário.

Não se pode esquecer que os direitos humanos, especialmente quando reconhecidos constitucionalmente de modo amplo e extenso, em um texto jurídico fundamental aberto a novas realidades históricas, têm a vocação de proteger a maior gama possível de situações. Neste ponto, por exemplo, a Constituição brasileira de 1988 consagra, sem sombra de dúvida, tal abertura, seja pela quantidade de normas constitucionais expressas, definidoras de direitos e de garantias individuais e coletivas, seja pela explícita cláusula de abertura a novos direitos humanos, segundo a qual "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" (art. 5º, parágrafo 2º). A esta cláusula explícita de abertura constitucional ao reconhecimento de outros direitos humanos deve-se acrescentar a enumeração constitucional de direitos nos artigos 5º, 6º e 7º, bem como a previsão de outros tantos direitos humanos individuais e coletivos ao longo do texto, tais como os que são relativos à seguridade social e à comunidade familiar (artigos 194 e 226, respectivamente).

Dispositivos constitucionais dessa espécie fornecem bases sólidas e terreno fértil para o reconhecimento dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, na perspectiva aqui defendida. Todavia, para a sua concretização e efetividade, esses dispositivos fundamentais, nacionais e internacionais, precisam ser objeto de estudo e de sistematização, demandando reflexão teórica na academia e compromisso por parte dos operadores do direito.

Nesse contexto, afirmar-se-á, mais e mais, a idéia de um “direito democrático da sexualidade” frente à difundida expressão “direitos sexuais”. Uma abordagem jurídica da sexualidade, radicada nos princípios da igualdade, da liberdade e do respeito à dignidade, revela-se, de fato, mais apta a responder aos desafios teóricos e práticos do que as orientações, expressões, práticas e identidades associadas à sexualidade produzidas no contexto das sociedades democráticas contemporâneas. Não se trata de dissolver qualquer rol de direitos sexuais nem de invalidar o esforço de enumerá-los mais concretamente; objetiva-se, isto sim, alargar e aprofundar sua compreensão por meio de referenciais que possuam princípios mais coerentes e sistematizados.

## PARTE 2

### ELEMENTOS BÁSICOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DA SEXUALIDADE

#### 2.1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico, entendido como conjunto de normas (princípios e regras jurídicas), é um processo de regulação social. Sua matéria-prima são as relações sociais, cujos diversos conteúdos (econômico, social, religioso, moral, sexual e assim por diante) são considerados (ou não) na elaboração da norma, visando à obtenção de um determinado resultado, orientado por certos valores. Esse resultado pode ser uma ação, uma omissão, a imposição de uma penalidade, a premiação de algumas condutas. Os conteúdos a que me refiro têm a possibilidade de ser os mais diversos em cada relação social juridicizada: às vezes, a norma considera certa condição pessoal como pressuposto para o reconhecimento de um benefício (ser mucedão de certo país para acesso a um benefício público) ou de um prejuízo (ter sido condenado criminalmente para a privação de certo direito); outras vezes, vislumbra somente algumas condutas, tentando abstrair a condição pessoal do agente.

Assim estruturado, o ordenamento jurídico atenta para determinadas esferas da vida, gerando diversos ramos, cuja construção, afirmação e consagração acadêmica dependem de inúmeros fatores relacionados com os momentos históricos em que cada um desses ramos se desenvolve. Desse modo, as revoluções burguesas vão construir na Europa continental um sistema jurídico centrado no Código Civil, concebido como verdadeira “constituição da vida privada”, atento para a regulação da propriedade e da herança, dos negócios e do comércio, e da família. O paradigma de sujeito de direito era claro: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual. A difusão deste paradigma também alcançava o direito público, sendo fácil entender porque as proclamações constitucionais de um sujeito de direito universal e abstrato operavam de modo

tão excludente diante de mulheres e de outros grupos sociais.

Cito todos esses elementos para pensar um direito da sexualidade a partir do desenvolvimento dos direitos sexuais e reprodutivos que acima historiei. A sua elaboração, nos inúmeros documentos internacionais, é fruto da evolução do direito internacional público gestado após a II Guerra Mundial. Este direito – que parte da necessária afirmação da dignidade de todos os seres humanos como reação às conseqüências dos totalitarismos, racismos “científicos” e à presença dos neo-colonialismos – foi tendo que conceber as especificidades e abriu espaço para o reconhecimento de minorias étnicas, lingüísticas e religiosas, chegando então à situação particular de vulnerabilidade feminina, como atestam os diversos encontros, conferências e instrumentos acima citados.

Os marcos da construção histórica dos conceitos de direitos reprodutivos e sexuais, portanto, tornam necessário o alargamento dessas noções, possibilitando postular um direito da sexualidade cujo âmbito de proteção reflita a amplitude da compreensão contemporânea dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais.

## 2.2. ÂMBITO DE PROTEÇÃO

No contexto historiado, a relação íntima entre a categoria dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos torna-se muito compreensível e positiva. Todavia, é preciso avançar. As concepções de direitos sexuais – direitos reprodutivos assim desenvolvidos acabam por concentrar o tratamento jurídico da sexualidade sob a condição pessoal de um determinado grupo de seres humanos (as mulheres), reunindo normas de distintos ramos do ordenamento jurídico, a fim de proteger tal grupo da discriminação, promover sua condição, possibilitar o mais amplo gozo e o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais.

Nessa dinâmica, ficam sem a devida atenção – quando não em situação de confronto – outros dados fundamentais para o desenvolvimento de um direito da sexualidade.

Com efeito, um direito da sexualidade deve cuidar não só da proteção de um grupo sexualmente subalterno em função do gênero e do sexo. Outras identidades reclamam esta proteção, como a dos gays, lésbicas e transgêneros. Mais além: o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária,

seja de que grupo for. A proteção jurídica de condutas e preferências sexuais, não necessariamente vinculadas a identidades, aponta para isto, como demonstra o sado-masiquismo ou outras formas de erotismo “não-convencional” (Taylor, 1997. p. 106).

Nesse sentido, a proposição segundo a qual o direito da sexualidade não deve fixar-se somente em identidades e práticas sexuais pré-definidas, evitando rótulos e imposições heterônomas, atenta para o perigo de que classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra machismo ou heterossexismo no direito vigente (Calhoun, 1993). Isso sem falar do papel do sistema jurídico na construção de tais identidades, via de regra, no sentido da marginalização, decorrente da imposição de uma determinada visão sobre tal ou qual grupo. Trata-se, portanto, de elaborar um direito da sexualidade que tente evitar esses perigos, informado, como será visto a seguir, pelos princípios da liberdade e da igualdade. Sua aplicação, diante de cada caso concreto, deve promover um acerto de contas entre as identidades e as práticas em questão e os princípios.

O direito da sexualidade também não pode desconsiderar atividades sociais e economicamente relacionadas com o exercício da sexualidade, como acontece com os profissionais do sexo. Como será visto abaixo, quando abordo a prostituição, trata-se de um dos temas sensíveis para a elaboração de um direito democrático da sexualidade.

Assim concebido, o direito da sexualidade pode propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade, sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas, ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais. É necessário invocar princípios que, velando pelo maior âmbito de liberdade possível e igual dignidade, criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, profissionais do sexo.

Quando se fala na regulação jurídica de certa esfera da vida, como no caso, a sexualidade, é preciso averiguar a extensão que se quer atingir ou, dito de outro modo, o objeto de regulação. O direito da sexualidade, em suma, alcançaria identidades, condutas, preferências e orientações as mais diversas, relacionadas com aquilo que socialmente se estabelece, em cada momento histórico, como sexual (Weeks, 1986. p. 25). Em uma perspectiva alinhada com o construtivismo social, cuida-se de nunca esquecer que a sexualidade está impregnada de convenções culturais que modelam as próprias sensações físicas (Parker, 1994).

Por fim, no desenvolvimento do direito da sexualidade, é mister também salientar a diversidade de perspectivas como elemento essencial a tal elaboração. Assim como no direito da antidiscriminação, onde a interseccionalidade da discriminação (Grillo, 1995) não se reduz à mera soma de situações discriminatórias (mulheres negras sofrem uma espécie de discriminação qualitativamente diversa do sexismo contra mulheres brancas, ou do racismo contra homens negros, irreduzível em um “somatório dos prejuízos”), um direito democrático da sexualidade deve ir além do catálogo das identidades e práticas sexuais. De fato, estas não existem como entidades abstratas, sem raça, classe, cor, etnia, idade e assim por diante.

Como estruturar um direito da sexualidade nesses termos?

### 2.3. PRINCÍPIOS BÁSICOS: LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE

Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessita-se explicitar seus princípios fundamentais: liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade.

Como consequência, o direito democrático da sexualidade rompe por princípio com o tratamento subalterno reservado a mulheres, homossexuais, soropositivos, crianças ou adolescentes, percebidos numa visão tradicional mais como objetos de regulação do que sujeitos de direitos (Collier, 1995). Ao adotar tal perspectiva e dedicar-se sobretudo a situações de vulnerabilidade, ele também não se compatibiliza com a vitimização, nutrida pela inferioridade e animada pela teatralização da infelicidade (Rosanvallon, 1998. p. 64). A situação da vulnerabilidade, diferentemente da vitimização, assume posição de igualdade e dignidade, contextualizando-as nos cenários de injustiça, discriminação, opressão, exploração e violência que assolam inúmeras identidades e práticas sexuais subalternas ou outras condições a elas associadas, como a soropositividade para HIV-AIDS (Parker, 2000. p. 103; Diniz, 2001. p. 27).

Corolário dessa postura é a efetivação do princípio democrático na esfera da sexualidade que, na seara dos direitos sexuais, assim como na dos direitos reprodutivos, aponta para a garantia de participação dos beneficiários e destinatários das políticas públicas a serem desenvolvidas, participação esta que abrange a identificação dos problemas, a eleição de prioridades, a tomada de

decisões, o planejamento, a adoção e a avaliação de estratégias.

Liberdade e igualdade, nessa perspectiva, são proteções e garantias da dignidade que se sobrepõem como argumentos de “pura liberdade”, “interferência discriminatória na liberdade” e “pura igualdade” (Wintemute, 1995. p. 185; Tribe & Dorf, 1990. p. 1094). Exemplifico com a homossexualidade: livre desenvolvimento da personalidade e privacidade sexual, como “pura liberdade”; proibição de manifestação pública de afeto, restrita somente a certos grupos, como “interferência discriminatória na liberdade”; restrição a certos empregos públicos ou privados, como “pura igualdade”.

Liberdade e igualdade, nesse contexto, desdobram-se em inúmeros direitos, manifestações mais concretas de seus conteúdos na esfera da sexualidade, o que efetivamente agrega a esses direitos conteúdo jurídico suficiente para enfrentar uma série de situações envolvendo relações individuais e sociais, nas quais a sexualidade e a reprodução humanas estão inseridas de modo significativo.

Tal aptidão depende da compreensão jurídica, principalmente daquela disseminada entre os seus operadores – relativa às conseqüências jurídicas de muitos direitos humanos clássicos – bem como do nível de informação acerca da vigência e da eficácia jurídicas dos instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos nacionais. Um bom exemplo da necessidade dessa compreensão pode ser fornecido pelos princípios vigentes no direito internacional dos direitos humanos, também aplicáveis às realidades da sexualidade e da reprodução: o direito à igualdade desdobrou-se na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares circunstâncias e particularidades, que demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o princípio da diversidade.

### 2.3.1. LIBERDADE E IGUALDADE COMO DEFESAS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Os direitos humanos de primeira geração, reconhecidos desde os primórdios do constitucionalismo liberal (identificados como direitos negativos, de defesa contra intromissões abusivas), registram liberdades individuais cuja dimensão contemporânea alcança diversas esferas constitutivas da sexualidade. Conteúdos jurídicos pertinentes a liberdades clássicas, tais como o direito à privacidade ou à liberdade de ir e vir, podem ser eficazmente concretizados em face de fenômenos como a prostituição ou do exercício da autonomia reprodutiva.

Toda a compreensão jurídica, sedimentada na doutrina e na jurisprudência constitucionais, pertinente às dimensões formal e material do princípio da igualdade, por sua vez, fornece diretrizes jurídicas sólidas diante da discriminação fundada no sexo ou na orientação sexual.

Diversas questões relativas à regulação da transexualidade podem encontrar suas diretrizes fundamentais na conjugação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à igualdade, este concebido, inclusive, como direito à diferença. Isto sem falar em uma interpretação atualizadora da teoria geral dos direitos de personalidade, inicialmente desenvolvida no campo civilista em nossa tradição jurídica.

Trata-se, pois, do reconhecimento e do desenvolvimento do conteúdo jurídico dos princípios básicos de direitos humanos e dos diversos direitos constitucionais clássicos, tarefa apta a constituir formas de convívio diversificadas e renovadas; nelas, a afirmação da autonomia e da liberdade nas esferas da sexualidade e da reprodução podem concretizar-se, como ilustram decisões judiciais tratando da proibição de discriminação por motivo de sexo e de orientação sexual, assim como recomendações provenientes do Ministério Público em programas de saúde reprodutiva.

Direito à liberdade sexual; direito à autonomia sexual, à integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito à privacidade sexual; direito ao prazer sexual; direito à expressão sexual; direito à associação sexual; direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; direito à informação sexual livre de discriminações – estes são alguns dos desdobramentos mais importantes dos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade que regem um direito da sexualidade. Liberdade, privacidade, autonomia e segurança, por sua vez, são princípios fundamentais que se conectam de modo direto ao direito à vida e ao direito a não sofrer exploração sexual.

### 2.3.2. LIBERDADE E IGUALDADE COMO MEIOS POSITIVOS DE PROMOÇÃO NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Um direito da sexualidade, na esteira do debate contemporâneo sobre as dimensões dos direitos humanos, avança para a consideração dos direitos sociais e econômicos, tidos como segunda geração de direitos humanos e qualificados na doutrina constitucional como direitos positivos, direitos a prestações,

vocacionados para a promoção da liberdade e da igualdade fáticas. Proteção contra despedida arbitrária, direito à seguridade social, ao acesso ao sistema de saúde sem discriminação e de forma integral, ao sistema público ou privado de pensões e aposentadorias são todos exemplos da concretização positiva desses princípios fundamentais que o direito brasileiro tem desenvolvido.

Nessa linha, uma variada gama de prestações tem sido arrolada aos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, tais como: 1. acesso a informações e à educação sexual e reprodutiva; 2. serviços de saúde sexual e de saúde reprodutiva acessíveis, seguros e adequados a toda a população, incluindo o acesso ao progresso científico, através da oferta de tratamentos e medicamentos que garantam para homens e mulheres o controle de sua fecundidade; 3. serviços social e legal de suporte para o exercício desses direitos; 4. políticas de segurança para coibir e eliminar todo o tipo de violência; 5. políticas que promovam e garantam a igualdade e a equidade entre os sexos, não permitindo a submissão de mulheres e meninas, eliminando toda e qualquer discriminação sexual; 6. políticas que promovam e estabeleçam a responsabilidade pessoal e social dos homens em relação ao seu comportamento sexual e fertilidade, pelo bem-estar de suas companheiras e filhas (Ventura, 2003. p. 51).

De fato, direitos sociais de cunho prestacional, tais como os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, mostram-se aptos a abarcar uma série de situações pertinentes ao exercício da sexualidade e da reprodução. Em sua implementação através de políticas públicas, a qualificação pela ótica dos direitos humanos fornece bases para evitar-se o predomínio da medicalização ou o influxo do discurso religioso.

Sobre este ponto, vale registrar como o direito brasileiro tem desenvolvido a proteção jurídica contra a discriminação por orientação sexual a partir, precisamente, dos direitos econômicos e sociais. Ao contrário do que se costuma esperar, em que liberdades negativas são mais facilmente (ou menos dificilmente) reconhecidas como "sexualidades desviantes" (exemplo disso é a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos das Nações Unidas, que afirmaram inicialmente a proibição de discriminação por orientação sexual em casos que discutem a criminalização da sodomia), o direito brasileiro tem evoluído tendo como base casos nos quais a discriminação por orientação sexual implicou a negativa de direito a tratamento de saúde e a benefícios de seguridade social. Tendo como ponto de partida a jurisprudência firmada em 1996, relativa à inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano de saúde federal, os tribunais federais

e estaduais têm mais e mais acolhido demandas sancionando discriminação por orientação sexual (inclusive, há poucos meses, o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão inicial, confirmou liminar obrigando a Seguridade Social pública a não discriminar homossexuais em seu regime de benefícios).

### 2.3.3. A RESPONSABILIDADE NO LIVRE EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE

O exercício dos direitos de liberdade e de igualdade, pelos diversos sujeitos nas mais diversificadas situações, manifestações e expressões da sexualidade, em igual dignidade, requer a consideração da dimensão da responsabilidade. Afirmada em convenções internacionais sobre direitos reprodutivos e sexuais, a responsabilidade traduz o dever fundamental de cuidado, respeito e consideração aos direitos de terceiros (sejam estes indivíduos ou a comunidade), quando do exercício livre e em igualdade de condições da sexualidade. Não se trata, nesse diapasão, simplesmente da imposição do dever de reparar danos ou de preveni-los em face de bens jurídicos individuais e coletivos. Cuida-se, isto sim, da tentativa de conformar as relações sociais vivenciadas à esfera da sexualidade do modo mais livre, igualitário e respeitoso possível.

De fato, o exercício da sexualidade alcança a esfera jurídica alheia, dado que sua vivência requer, no mais das vezes, o concurso de terceiros. Situações como o sado-masquismo e a idade de consentimento para a participação em relações sexuais, por exemplo, perguntam sobre a liberdade e as condições de discernimento dos indivíduos, bem como sobre as posições de poder e os papéis desempenhados por cada um dos partícipes envolvidos em relações sexuais.

O exercício da sexualidade pode, ainda, repercutir além dos indivíduos, numa esfera transindividual, com a qual notadamente se preocupa a saúde pública. Cuida-se, aqui, de aquilatar os deveres decorrentes do exercício responsável da sexualidade diante da comunidade, titular de direitos difusos e coletivos. Desde, por exemplo, a tradicional repressão penal das condutas que objetivam a disseminação de doenças venéreas até a promoção de campanhas midiáticas de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, não há dúvida a respeito da posição responsável que se requer dos indivíduos em face da comunidade.

Afirmar o lugar da responsabilidade no seio de um direito democrático da sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada no moralismo ou na exclusão das sexualidades estigmatizadas pelos grupos

majoritários. O exercício responsável da sexualidade, informado pelos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade e da dignidade, reforça uma compreensão positiva da sexualidade e de suas manifestações na vida individual e social, cuja realidade exige a consideração da pessoa em suas simultâneas dimensões individual e social. Sem esta percepção, o desenvolvimento do direito democrático da sexualidade padeceria de uma visão individuocêntrica incompatível com a reciprocidade e o caráter dos direitos fundamentais que o informam.

#### 2.4. RECONHECIMENTO E DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade. Reconhecimento e distribuição, nas palavras de Nancy Fraser, são categorias fundamentais para a compreensão dos paradigmas da justiça socioeconômica e da justiça cultural ou simbólica (Fraser, 1997), universos habitados por diversos direitos sexuais.

No primeiro, a injustiça relaciona-se com a estrutura econômica da sociedade, preocupando-se com situações de exploração (apropriação do trabalho alheio em benefício de outros), marginalização (confinamento a situações de baixa remuneração e impossibilidade de melhoria de condições) e privação de condições de vida materialmente adequadas – circunstâncias relacionadas com a sexualidade de muitas maneiras, tais como sexismo no mercado de trabalho, violência doméstica, reações diante do estupro, negativa de direitos previdenciários a homossexuais, prostituição, acesso ao sistema de saúde por soropositivos de HIV etc.

No segundo, a injustiça diz respeito a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, exemplificados por situações de dominação cultural (sujeitar-se a padrões de interpretação e de comunicação próprios de outra cultura, alheios e hostis à cultura do grupo dominado), não-reconhecimento (práticas culturais dominantes que tornam invisível e irrelevante certo grupo) e desrespeito (ser cotidianamente injuriado ou menosprezado por meio de estereótipos presentes na cultura dominante e nas interações cotidianas).

Desta caracterização, decorrem os remédios apropriados a tais tipos de injustiça, cuja relação com questões do direito da sexualidade é direta: enquanto a injustiça

econômica, ao reclamar redistribuição dos bens materiais, aponta para esquemas igualitários e universalistas, a injustiça cultural ou simbólica exige o reconhecimento dos grupos estigmatizados, numa dinâmica diferenciadora e particularizadora. Desta distinção, surgem o dilema e a complementariedade entre reconhecimento e distribuição.

Dilema, porque, enquanto a primeira demanda tende a produzir diferenciação e particularismo, a segunda inclina-se para enfraquecê-los; enquanto medidas redistributivas propõem esquemas universalistas e igualitários, políticas de reconhecimento voltam-se para condená-los.

Complementariedade, porque remédios redistributivos geralmente pressupõem uma subjacente concepção de reconhecimento (por exemplo, alguns proponentes de redistribuição socioeconômica igualitária fundam suas reivindicações no 'igual valor das pessoas'; assim, eles consideram redistribuição econômica como uma expressão de reconhecimento), da mesma forma que remédios de reconhecimento algumas vezes pressupõem uma subjacente concepção de redistribuição (por exemplo, alguns proponentes de reconhecimento multicultural fundamentam suas reivindicações em imperativos de uma justa distribuição dos 'bens primários' de uma 'estrutura cultural intacta"; eles, portanto, consideram reconhecimento cultural como uma espécie de redistribuição (Fraser, 2003).

Este esquema explicativo é importante para a construção do direito da sexualidade, em face da diversidade de situações enfrentadas e da necessidade de sua sistematização. A conjugação entre medidas de reconhecimento e de distribuição e a ênfase dada a ela dependerão de cada caso. Veja-se, por exemplo: para gays e lésbicas, a ênfase é no reconhecimento; na educação sexual, a necessidade de informação e de meios reclama reforço no acesso ao conhecimento e às técnicas contraceptivas; a situação feminina, por sua vez, parece ser uma hipótese bastante equilibrada, em que reconhecimento e distribuição se equivalem. Como dissemos, não se trata de defender a exclusividade de reconhecimento ou distribuição, mas de perceber a dinâmica apropriada para cada situação, sem menosprezar nenhuma das necessárias dimensões.

## 2.5. UM ESTUDO DE CASO: UNIÕES HOMOSSEXUAIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

O caso do reconhecimento jurídico de uniões de pessoas do mesmo sexo possibilita refletir sobre estas duas dimensões e sua dinâmica.

Alguns defendem a necessidade do “casamento gay” por razões distributivas contraditórias aos direitos de reconhecimento. Uma primeira versão diz que se trata simplesmente de regular algo que já existe, que estaria inscrito até na biologia, apesar de ser minoritário. Outra versão, mais radical, e por isso mesmo mais palatável ao senso comum, parte da naturalização do modelo pequeno-burguês de família heterossexual, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo. Desde que adaptados ao esquema geral de tais regras, sexualidades alternativas serão toleradas.

Comum a estas duas proposições é a preocupação com a distribuição socioeconômica (eles ou elas consomem, pagam impostos, podem ser afetivos) e a pouca ênfase, na prática, no reconhecimento da igualdade e da liberdade, até mesmo na esfera das relações mais íntimas, de tudo o que seja visto como “minoritário”. Surge daí a enorme dificuldade diante de travestis, transgêneros, sado-masoquistas, profissionais do sexo, liberdade sexual etc, quando chega mesmo a ser expresso, através de uma avaliação, que se trata de uma sexualidade minoritária, fruto não da doença nem do pecado, mas de algum desenvolvimento incompleto, merecedor, portanto, da compaixão e da tolerância, desde que os indivíduos envolvidos se esforcem para bem se comportarem. As duas versões, portanto, enfatizam distribuição, mas acabam por enfraquecer a demanda de reconhecimento. Ao subentenderem, de forma consciente ou não, normalidades estatísticas ou normalidades afetivo-comportamentais, tais versões implicam, na prática, a capitulação da demanda por igual respeito, simbólico e cultural.

Projetos de lei ou formulações jurídicas do direito de família fundados nessas versões contradizem, portanto, um direito democrático da sexualidade, pautado nos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais.

De outro lado, há propostas que compatibilizam ou tentam romper com essa tendência. De modo geral, o desenho jurídico dos chamados “pactos de solidariedade” pode ser utilizado como exemplo (o caso francês e o da recente lei de Buenos Aires). Com efeito, trata-se de legislação que estabelece liberdade, independente de orientação sexual, para que parceiros autodeterminem a dinâmica de suas vidas afetivas e sexuais, fornecendo-lhes um instrumento pelo qual o valor de tal união é reconhecido e respeitado juridicamente. Além da vantagem de assegurar proteção e reconhecimento estatal para a união, um pacto de solidariedade assim delineado evita a estigmatização decorrente de uma “regulação da exceção”, como ocorre com as propostas originais da parceria civil registrada, de origem brasileira, ou com a inclusão, de certo modo, das uniões

homossexuais na categoria das “uniões estáveis” no direito brasileiro, na medida em que esta categoria, por mais comum que seja, está prevista como uma espécie de “casamento de segunda classe”, como se pode facilmente inferir da redação da Constituição brasileira de 1988.

Ainda que apresentado de modo esquemático e simplificado, o debate sobre uniões homossexuais permite contextualizar, a partir das categorias reconhecimento e distribuição, os conteúdos e premissas presentes no direito da sexualidade. Daí se pode constatar a relevância destas categorias para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade, bem como o risco da adoção de alternativas equivocadas.

## 2.6. MINORIAS E DIREITOS ESPECIAIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Este rol de direitos sexuais pode ser visto como desdobramento dos direitos gerais de privacidade, liberdade, intimidade, livre desenvolvimento da personalidade, igualdade – bases sobre as quais se tem desenvolvido a proteção jurídica da sexualidade das chamadas “minorias”.

Este é um ponto importante. Focalizados a partir dessa perspectiva, questões tidas como específicas, minoritárias, vistas como exceções quase intoleráveis porém admitidas, perdem a conotação pejorativa. Assim contextualizadas, as discussões sobre os direitos de gays e lésbicas são concretizações de princípios fundamentais e de direitos humanos de todos (assim como a discriminação por motivo de sexo, cor ou religião), e não exceções a minorias toleradas.

O debate apresenta-se vivamente por meio da polêmica entre “direitos iguais x direitos especiais”. Direitos especiais seriam todas as previsões protetivas de discriminação, elaboradas pela legislação ordinária e não previstas expressamente na Constituição. Se atentarmos, todavia, à situação de privilégio de certos grupos (por exemplo, o privilégio branco, masculino, cristão e heterossexual), revela-se a impossibilidade de neutralidade sexual ao aplicar-se a Constituição a situações concretas, já que na vida em sociedade há grupos privilegiados e grupos oprimidos. Este dado aponta para o caráter conservador de certas formulações em torno da idéia de minorias, pois, como foi dito, no debate “direitos iguais x direitos especiais”, elas conduzem para o equívoco de se tachar pejorativamente certos direitos protetivos contra a discriminação como “direitos especiais”.

Nesse horizonte, a utilização das categorias “direitos especiais x direitos iguais – o primeiro deles, indesejado e o segundo, desejado – revela uma manifestação do privilégio de certos grupos, que confundem a necessidade de ser concretizado o princípio geral da igualdade – de acordo com as circunstâncias históricas da realidade dada (por exemplo, a existência do machismo e suas conseqüências no mercado de trabalho para a mulher) – com a sua subversão.

## 2.7. O ALCANCE DO DIREITO DA SEXUALIDADE: A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

Ao encerrar esta parte, dedicada à exposição da estrutura do direito da sexualidade (abrangendo direitos civis e políticos e direitos econômicos e sociais), é mister ressaltar os âmbitos em que ele atua. Este dado é fundamental para a efetividade do direito da sexualidade, na medida em que, dentre as diversas manifestações da sexualidade por ele protegidas, muitas ocorrem no âmbito privado. Nesse passo, cuida-se de prover o direito da sexualidade de um alcance que é, de modo geral, evitado pela doutrina tradicional dos direitos humanos.

Com efeito, as formulações mais tradicionais restringem a eficácia jurídica dos direitos humanos e dos direitos constitucionais a violações cometidas por agentes estatais, deixando à sua margem as violações perpetradas por agentes privados. Para estes casos, reserva-se a intervenção jurídica para normas de direito penal ou direito civil, aplicada somente em casos extremos e concebida de modo muito condescendente com as estruturas tradicionais de família e de relações entre os gêneros. No caso gravíssimo do estupro, por exemplo, percebe-se que uma abordagem exclusivamente de direito penal, descontextualizada do paradigma dos direitos humanos, tende a preocupar-se mais com a punição de um ato disfuncional, grave para a vida em sociedade, do que própria e primeiramente com a dignidade e a cidadania da vítima (Pimentel, Schritzmeier & Pandjarian, 1988. p. 205).

O direito da sexualidade não pode restringir-se desse modo, sob pena de tornar-se inócuo diante de situações nas quais a opressão sexual é corriqueira e violenta. Esta é uma das principais lições do movimento feminista para a elaboração deste direito e, de resto, para a discussão constitucional mais geral sobre a eficácia dos direitos fundamentais sobre agentes privados. É preciso romper fronteiras estanques, cujos limites acabam consentindo com a violência doméstica, o estupro conjugal e o desrespeito ao desenvolvimento da sexualidade de adolescentes por parte de pais e educadores.

Do ponto de vista de um direito democrático da sexualidade, a esfera privada, especialmente familiar, não pode converter-se em refúgio para o machismo ou o heterossexismo, implicando a desvalorização cultural e econômica, feminina, infantil, adolescente ou homossexual. De fato, tais desigualdades no seio familiar atuam de modo decisivo e contínuo para a restrição da autonomia e da igualdade de oportunidades entre os sexos e entre pais e filhos.

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

A perspectiva de direitos humanos e de direitos constitucionais fundamentais necessita ultrapassar, portanto, a barreira tradicional que proscreve sua penetração na esfera privada, possibilitando que abordagens meramente condescendentes ou preocupadas com a funcionalidade da vida em sociedade sejam superadas. Este dado conduz à consideração das funções de reconhecimento e distribuição a serem desempenhadas por um direito democrático da sexualidade.

## PARTE 3

### OBJEÇÕES AO DIREITO DEMOCRÁTICO DA SEXUALIDADE

#### 3.1. INTRODUÇÃO

A afirmação de um direito da sexualidade concebido em termos democráticos enfrenta, basicamente, três grandes objeções. A primeira diz respeito à legitimação democrática de juízes e legisladores para proferirem decisões e medidas protetivas da “sexualidade desviante” contrárias à opinião pública majoritária, vale dizer, que promovem identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas de proteção jurídica, garantindo-lhes um espaço livre de discriminação. A segunda objeção invoca razões morais para opor-se a esse tipo de direito da sexualidade. Advogando uma determinada moralidade relativa à relação entre os sexos e ao exercício da sexualidade promovido pelos indivíduos, ela qualifica tais direitos como deturpações violadoras da moralidade. A terceira objeção aduz razões médicas, segundo as quais certas identidades e condutas na vida sexual não são mais que desvio, degeneração ou subdesenvolvimento.

#### 3.2. O ARGUMENTO MAJORITÁRIO

A primeira objeção coloca um argumento procedimental. Como a maioria dos indivíduos de determinada sociedade rejeita e estigmatiza certas identidades e práticas sexuais, decisão em contrário seria uma usurpação do processo democrático, um desrespeito à vontade popular, configurando um ato arbitrário por parte do órgão legislativo ou judicial que assim decida. Do ponto de vista dos direitos humanos, este argumento não prospera. Ele é refutado por uma das características fundamentais dos direitos humanos, especialmente quando estes

estão inseridos em Constituições nacionais, qual seja, sua função de proteção de indivíduos e grupos contra violações perpetradas por maiorias.

De fato, na própria gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do constitucionalismo está a afirmação de certos direitos invioláveis e garantidos inclusive contra deliberações majoritárias. No caso da sexualidade, das identidades e práticas estigmatizadas, uma vez subsumidas aos princípios básicos da igualdade e da liberdade, estão protegidas contra deliberações majoritárias que as violem. Na tradição do constitucionalismo e dos direitos humanos, uma condição para a vida democrática é a preservação desse núcleo fundamental e a sua afirmação não subverte a vida democrática, ao contrário, tal proteção é exigida pela democracia, regime que não se resume à vontade da maioria.

### 3.3. O ARGUMENTO MORALISTA

A segunda objeção invoca razões morais. Tais direitos, simplesmente, não seriam direitos, pois contrários à moral; seriam, antes disso, deturpações valorativas. Este argumento aproxima-se do anterior, na medida em que associa à dinâmica majoritária das democracias a defesa de uma moralidade também majoritária. A resposta a tal objeção, numa perspectiva que privilegia liberdade e igualdade, vem de John Stuart Mill: a única moralidade que a democracia pode acolher é a moralidade crítica, em que os argumentos do gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais, mesmo sob pena das ameaças do integrismo, do fundamentalismo das tradições e do autoritarismo vindo daqueles que se consideram iluminados .

Com efeito, os critérios da ausência de dano relevante a terceiros e da existência de livre e espontâneo consentimento fornecem as bases para o pensamento democrático responder à objeção moral diante da liberdade sexual. Assim como uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a possibilidade de ateísmo daí decorrente como a melhor forma de garantir sua vivência religiosa, uma pessoa moralmente conservadora precisa admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade. A idéia central, informadora destes critérios, é precisamente o respeito à dignidade humana: as regulações são incompatíveis com o igual respeito a todos devido quando interferem nas escolhas pessoais, de modo a considerar os indivíduos incapazes de decidirem por si mesmos (Nusbaum, 1999. p. 22).

O argumento moralista muitas vezes expressa-se de modo religioso. Diante disso, um direito democrático da sexualidade implica refutar discursos fundados em premissas religiosas, uma vez que a “juridicização” dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos na tradição dos direitos humanos coloca o debate na arena mais ampla do Estado laico e democrático de direito, em sintonia com ideais republicanos. Concebidos a partir destes marcos fundamentais, os direitos sexuais podem constituir-se como espaços onde sociedade civil e Estado mantêm-se autônomos diante das instituições religiosas, preservando o pluralismo e o respeito à diversidade.

#### 3.4. O ARGUMENTO BIOMÉDICO

A terceira e última objeção relaciona-se com o discurso médico, que “patologiza” identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas. Além de inexistir consenso ou muito menos reconhecimento oficial no meio científico acerca do caráter patológico de muitas das identidades e práticas sexuais estigmatizadas, o desenvolvimento do direito da sexualidade em bases democráticas, atento aos direitos humanos, não pode se deixar dirigir por postulados médicos ou biológicos, cujo papel como instrumento de controle social e político tem sido há muito tempo desvelado. Esta dimensão, longe de constituir um truísmo, implica a “desmedicalização” do discurso e das práticas a respeito dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, em um movimento de genuína democratização dos temas relacionados à sexualidade, especialmente aqueles que estão voltados para as políticas públicas.

Nessa linha, numa combinação que geralmente agrega ao argumento médico conteúdos moralistas, alerta-se para o perigo da exposição de menores a ambientes de liberdade e igualdade sexuais. Sem adentrar na valoração negativa que está implícita nesta objeção, nem nos males causados aos jovens por esta posição (Levine, 2002), a preocupação com a “contaminação dos jovens” traz à tona os benefícios e os riscos da experiência democrática. O convívio com protestantes, judeus e mulçumanos pode parecer arriscado para famílias católicas tradicionais, na medida em que esse contato é capaz de redundar na conversão de seus filhos; todavia, abolir tal possibilidade importaria a supressão da dignidade humana de cada um, o qual ficaria não só impedido de reconhecer o valor da alteridade, como também de escolher por si mesmo suas convicções e práticas religiosas.

## PARTE 4

### ALGUNS TEMAS SENSÍVEIS NO DIREITO DA SEXUALIDADE

Dentre vários temas particularmente sensíveis no direito da sexualidade, destacarei três: sua relação com os direitos reprodutivos, a prostituição e a pornografia.

#### 4.1. RELAÇÃO COM OS DIREITOS REPRODUTIVOS

Como foi visto na primeira parte deste texto, a idéia de direitos sexuais está vinculada de modo íntimo à afirmação dos direitos reprodutivos. É necessário, portanto, fortalecer o direito da sexualidade, fazendo-o ir além da esfera reprodutiva, mas sem esquecer que violações a direitos sexuais freqüentemente estão associadas à reprodução e têm como vítimas mulheres em situações de vulnerabilidade.

Assim como o direito da sexualidade não pode se reduzir a um direito da reprodução (o que deixaria de fora as práticas não-procriativas heterossexuais), ele não deve se restringir a um direito da sexualidade não-reprodutiva. Este dado é ainda mais importante diante do desafio que é desenvolvê-lo em face dos enfrentamentos com o machismo predominante nas relações de gênero, o moralismo e as ideologias religiosas hegemônicas.

#### 4.2. PROSTITUIÇÃO

A prostituição é outro tema difícil. Ela desafia a ponderação da liberdade de emprego do próprio corpo em atividades econômicas, relacionada ao exercício da

autonomia sexual, com um histórico de inegáveis danos (principalmente os causados a mulheres) decorrentes da exploração sexual, que atua em um contexto no qual o consentimento é, na prática, muitas vezes inexistente, dado o emprego da ameaça e da violência ou de situações de absoluta necessidade. Nesse campo, a legislação internacional de direitos humanos enfatiza, de modo muito claro, a intolerabilidade quanto à exploração sexual e a todas as suas atividades preparatórias e correlatas, como a capacitação, o transporte, a acolhida, o pagamento e o tráfico de mulheres, que visam à exploração da prostituição.

Do ponto de vista de um direito da sexualidade informado pelos princípios da liberdade e da igualdade, a prostituição reclama o combate às situações de vulnerabilidade feminina, seja cultural ou econômica. Isto pressupõe a melhoria das condições sociais, propiciando a todos um leque maior de oportunidades – circunstância na qual a designação “profissionais do sexo” adquire seu sentido mais preciso. Dentre as discussões recorrentes nesta área, surgem a criminalização ou não da prostituição e a legitimidade de exames de saúde compulsórios. Estes tópicos, envolvendo o debate entre proibicionistas, regulamentaristas e abolicionistas (Carrara, 1996), encontrou a solução na não-criminalização e na não-regulamentação, conforme a Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio<sup>4</sup> – diretriz que se coaduna à preocupação com a melhoria das condições sociais, principalmente de mulheres pobres, situação que a criminalização parece somente agravar.

Outro aspecto digno de nota para a elaboração de um direito da sexualidade nas bases ora propostas é o da prostituição masculina. Ela traz à tona, mais uma vez, a necessidade de se construir o direito da sexualidade a partir de uma perspectiva mais ampla, considerando situações de homens e mulheres. O tratamento da prostituição na prática jurídica brasileira é ilustrativo. No Brasil, a prostituição, em si mesma, não é crime, mas tão-somente o é a exploração da prostituição (o chamado rufianismo). Todavia, quando se trata de prostituição masculina, diferente do que ocorre em regra com a feminina, a polícia e os operadores jurídicos subsumem-na juridicamente de modo incorreto ao delito de vadiagem. Na prática, isto redundava em ainda maior estigmatização de michês e travestis.

<sup>4</sup> Artigo 6º: “Cada Parte na presente Convenção convém em adotar todas as medidas necessárias para ab-rogar ou abolir toda lei, regulamento e prática administrativa que obriguem a inscrever-se em registros especiais, possuir documentos especiais ou conformar-se a condições excepcionais de vigilância ou de notificação as pessoas que se entregam ou que se supõe entregarem-se à prostituição.”

### 4.3. PORNOGRAFIA

A pornografia é outra área sensível para a elaboração de um direito da sexualidade. Esta atividade apresenta possíveis danos causados a terceiros e às pessoas envolvidas, tais como a objetificação feminina e o reforço do machismo, com todos os efeitos colaterais de estímulo à violência e ao desrespeito daí decorrentes. Sua proibição generalizada, todavia, sem critérios mais precisos com relação à qual espécie de manifestação se deve considerar danosa, pode causar restrições indesejáveis à liberdade de expressão, principalmente a artística.

Com efeito, da correta e necessária condenação da violência e da humilhação que decorrem de certas manifestações pornográficas, não se pode, todavia, deduzir que toda pornografia assim opere. Tal realidade aponta para a necessidade da análise, caso a caso, do contexto em que cada particular manifestação pornográfica se apresente, banindo-se somente aquelas capazes de provocarem efetivamente tal espécie de danos. Trata-se, neste ponto, de inserir o debate sobre a pornografia no contexto mais geral do conteúdo e dos limites da liberdade de expressão que, mesmo não sendo absoluta, admite restrições em determinados casos, nos quais a presença efetiva de danos relevantes fica patente (Nusbaum, 1999. p. 249).

## CONCLUSÃO

Liberdade, igualdade e dignidade são os princípios estruturantes, derivados da idéia dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, para a construção de um direito democrático da sexualidade. Neste artigo, sob seu influxo, procurei contribuir para sistematizar alguns dos debates mais importantes para a elaboração desta área do conhecimento e da prática jurídica.

Para a consecução da tarefa, muito ainda há de ser ponderado, criticado e acrescentado. Do esforço, pelo menos uma certeza fica: a da relevância deste desenvolvimento, dadas as necessidades, presentes e futuras, que a construção da democracia exige diante da diversidade sexual presente em nossas sociedades e dos desafios dela decorrentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Calhoun, Cheshire. Denaturalizing and desexualizing lesbian and gay identity. *Virginia Law Review*, out., 1993.

Carrara, Sérgio. A Luta Antivenérea no Brasil e seus Modelos. In: Parker, Richard & Barbosa, Regina Maria (orgs.). *Sexualidades Brasileiras*. Rio de Janeiro, Relume Dumará /ABIA/IMS/UERJ, 1996.

Collier, Richard. *Masculinity, Law and Family*. Londres, Routledge, 1995.

Diniz, Débora. A vulnerabilidade na bioética. In: Costa, Sérgio Ibiapina F. & Diniz, Débora (orgs.). *Bioética: Ensaio*. Brasília, S.I.F. Costa, D. Diniz, 2001.

Fraser, Nancy. *Justice Interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition*. New York, Routledge, 1997

\_\_\_\_. Social Justice in Knowledge Society: Redistribution, Recognition, and Participation. [www.wissensgesellschaft.org-themen-orientierung-socialjustice.pdf](http://www.wissensgesellschaft.org-themen-orientierung-socialjustice.pdf), disponível em 08-02-2003.

Grillo, Trina. Anti-essentialism and intersectionality: tools to dismantle the master's house. *Berkeley Women's Law Journal*, 1995.

Heilborn, Maria Luiza & Brandão, Elaine Reis. Ciências Sociais e Sexualidade. In: Heilborn, Maria Luiza (org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999.

Levine, Judith. *Harmful to Minors: the perils of protecting children from sex*. University of Minnesota Press, 2002.

Loyola, Maria Andréa. A sexualidade como objeto de estudo das ciências humanas. In: Heilborn, Maria Luiza (org.). *Sexualidade: o olhar das ciências sociais*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999.

Nussbaum, Martha. *Sex and Social Justice*. New York, Oxford University Press, 1999.

Parker, Richard. *Na contramão da AIDS – sexualidade, intervenção, política*. Rio de Janeiro, ABIA: Editora 34, 2000.

Pimentel, Silvia; Schriztzmeyer, Ana Lúcia & Pandjjarjian, Valéria. *Estupro: crime ou 'cortesia' – abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

Rosanvallon, Pierre. *A Nova Questão Social: repensando o Estado Providência*. Trad. Sérgio Barth. Brasília, Instituto Teotônio Vilela, 1998.

Taylor, Wilson. The discursive construction and regulation of dissident sexualities – The case of SM. In: Jane M. Ussher (org.). *Body Talk – the material and discursive regulation of sexuality, madness and reproduction*. New York, Routledge, 1997. p. 106-130.

Tribe, Laurence & Dorf, Michael. Levels of Generality in the definition of rights. *University of Chicago Law Review*, outono, 1990.

Ventura, Miriam (org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Advocaci, 2003.

Weeks, Jeffrey. *Sexuality*. London, Tavistock Publications, 1986.

Wintemute, Robert. *Sexual Orientation and Human Rights: the United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*. Oxford, Clarendon Press, 1995.