

RESUMO

O presente artigo analisa criticamente as relações de gênero e poder entre o masculino e feminino, sob o prisma específico dos chamados direitos sexuais e reprodutivos. De acordo com o amplo posicionamento doutrinário, esses seriam meros direitos humanos, tendo apenas o valor de recomendações aos Estados que os reconhecem em documentos internacionais. Entretanto, em vista da atual perspectiva do pós-positivismo, a doutrina admite hoje a existência de direitos materialmente fundamentais. Destarte, defendemos no presente trabalho que os direitos ditos sexuais e reprodutivos são direitos materialmente fundamentais. Derivariam do regime de princípios da Constituição Federal de 1988, especificamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, do direito fundamental à saúde e do direito ao livre planejamento familiar.

PALAVRAS-CHAVES: Gênero, Direitos Fundamentais, Direitos Sexuais e Reprodutivos

ABSTRACT

This paper critically examines the gender and power relations between male and female, through the prism of the so-called specific sexual and reproductive rights. In accord to the broad doctrinal position, these would be merely human rights, and had only the value of recommendations to the States that recognize them in international documents. However, in face of the current outlook of post-positivism, the doctrine now admits the existence of a materially fundamental rights. Thus, we argue in this paper that the sexual and reproductive rights are materially fundamental rights. They derive from the system of principles of the Federal Constitution of 1988, specifically the Principle of Human Dignity, the fundamental right to equality between men and women, the fundamental right to health and the right of freely family planning.

KEYWORDS: Gender, Fundamental Rights, Sexual and Reproductive Rights

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, vivenciamos o paradigma pós-positivista na interpretação e aplicação do direito, com a superação do jusnaturalismo e do positivismo e de seus respectivos defeitos e reducionismos, este reduzindo o direito à lei e aquele pela crise de insegurança jurídica que gerou.

Deveras, após o horror do holocausto, juristas de diversas nações, em especial as européias continentais sentiram a necessidade de uma nova forma, um modelo renovado de se estudar, pensar e trabalhar com o direito, a fim de que os erros do passado não fossem repetidos.

Atualmente, há um amplo surgimento de novos direitos fundamentais, chegando alguns autores a afirmar que tal “popularização” desses pode levar a sua degeneração em face de que os mesmos tornar-se-iam, em face desta vulgarização, improficuos para proteger o valor da pessoa humana.

Entretanto, mesmo com esta tendência a cada vez mais serem reconhecidos novos direitos fundamentais, identificamos que a doutrina nacional ainda não considera os direitos sexuais e reprodutivos como autênticos direitos fundamentais, mas como meros direitos subjetivos, recomendações aos Estados membros feitas por órgãos e declarações jurídicas internacionais desprovidas de força normativa vinculante.

Irônico que tal explosão no número dos direitos não tenha contemplado com o qualificativo de “fundamentais” os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres que, consoante veremos, durante séculos sofreram opressões da sociedade machista burguesa ocidental.

Aprofundemo-nos então no que consistem os direitos fundamentais e quais as conseqüências de tal qualificação para efeitos de aplicabilidade jurídica a fim de, posteriormente, contemplarmos os direitos sexuais e reprodutivos como tal.

1 O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE EVOLUÇÃO DO JUSNATURALISMO AO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

Com o fracasso do jusnaturalismo e do positivismo vivemos o período, ainda inacabado^[1], dito pós-positivista, segundo o qual o direito não se resume meramente aos valores metajurídicos ou à aspereza da norma. Na atual fase pós-positivista vivenciamos a reaproximação da ética ao direito, bem como uma valorização dos princípios.

O jusnaturalismo fracassou pela insegurança jurídica que levou ao buscar priorizar em demasia uma ordem jurídica baseada em valores anteriores e imemoriais que orientariam a atividade jurídica, exacerbando em demasia a noção de justiça. Para esse, a norma de direito positivo só é justa se compatibilizar-se com as normas de direito natural^[2].

Segundo Kelsen, o direito natural acaba por se converter em direito rigorosamente conservador buscando apenas legitimar a ordem jurídica vigente, sendo um falso conceito a identificação daquele como doutrina revolucionária^[3].

Sucedeu a este o paradigma do positivismo jurídico. Fruto da penetração do positivismo filosófico na doutrina jurídica, para o positivismo jurídico a única fonte do direito seria a lei. Para este há verdadeira identificação entre direito e lei, sendo ambos uma mesma realidade.

Verificamos de início que o positivismo guardava em si o germe de sua própria destruição, pois levou as disciplinas jurídicas a um duplo reducionismo, qual seja, reduzir o direito ao direito positivo e o direito positivo à lei. Assim, no que se refere ao modo juspositivista de abordar o direito, este seria tido como um fato avalorativo[4], ou seja, o direito prescindiria de seu conteúdo, não sendo formulados quaisquer juízos de valores sobre o direito[5].

Sobre esta característica, perfeitamente coincide a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, o chamado positivismo normativista kelseniano. Para Kelsen a sua teoria do direito é dita “pura” em vista de que

[...] se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico. [...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüências, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.[6]

O próprio modo de se interpretar o direito seria meramente mecanicista, com uma interpretação meramente declarativa, ausente a função criativa dos juristas, o que é de toda outra impropriedade desta doutrina[7]. Conforme Paulo Bonavides:

O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por natureza. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são duas funções totalmente distintas [...] [8]

Decerto, é a normatividade uma das características essenciais do direito, porém, além do aspecto normativo, o direito também possui, nos moldes da teoria tridimensional proposta por Miguel Reale[9], os aspectos ético e axiológico. A exaltação da norma jurídica, em seu sentido mais estrito, qual seja o de lei, sob a bandeira da pureza científico-metodológica, com a negação de importância aos fatos e valores, acaba por desnaturar o direito, pois “[...]uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta”[10].

Com efeito, embora não fosse o objetivo de Kelsen sua teoria foi utilizada pelos nazistas para legarem aos operadores do direito o papel de meros aplicadores da lei pura e desprovida de valores. Leis estas que no apogeu do regime nazista relegaram aos judeus e aos alemães considerados social e biologicamente indesejáveis, bem como certo povos de territórios ocupados de início a condição de cidadãos de segunda categoria e verdadeiros inimigos do regime nazista, culminando com deportações e assassinatos em massa de milhões de seres humanos[11].

Vê-se, portanto, que o culto ao normativismo positivista, mais que a desnaturação do direito gera a própria desnaturação do homem. Em suma: O direito não se reduz a um único elemento, qual seja a normatividade. A tríade que o compõe é essencial para uma adequada compreensão da realidade jurídica e, em especial, em relação aos direitos fundamentais, enunciado por normas jurídicas de feições abertas e carregadas de enorme conteúdo valorativo.

Normas estas dotadas inclusive de força normativa, pois, consoante a lição de Rui Barbosa, destacada por Bonavides[12], não existem normas constitucionais desprovidas de força cogente. Destarte, é mister a visão dos direitos fundamentais como normas que, não obstante sua feição altamente axiológica, gozam de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

O pós-positivismo é chamado desta forma justamente porque vai além do positivismo. A Constituição não é mais vista como mera carta informativa de princípios. Segundo leciona Konrad Hesse, ela “[...] logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra ‘despertar a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.”[13]

Neste novo paradigma jurídico é de suma importância uma adequada compreensão dos direitos fundamentais, das normas que enunciam e veiculam estes direitos, bem como diferenciá-los de demais categorias que, embora assemelhadas, com os mesmos não se confundem.

1.1 Um conceito de direitos fundamentais

A tarefa de estabelecer as características básicas, porém essenciais, dos direitos fundamentais que os distinguem dos demais tipos ou espécies de direito, é deveras pernóstica, em face de que diversos filósofos, juristas e sociólogos já se puseram a enfrentá-la sem uma resposta conclusiva e uniforme que pacifique a mesma.

Neste trabalho, essencial será a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois o ponto principal reside justamente na compreensão de que os direitos ditos sexuais e reprodutivos não são meramente direitos humanos, sendo também direitos fundamentais.

Alexy[14] diferencia os direitos fundamentais dos direitos do homem. Estes, segundo o doutrinador tedesco, seriam caracterizados por serem direitos universais[15], morais, fundamentais, preferenciais e

abstratos. A qualidade de distinção entre os mesmos e os direitos fundamentais seria a da positivação, reconhecimento, institucionalização e proteção destes por um dado ordenamento jurídico, ou seja, mediante sua constitucionalização.

Entretanto, para Canotilho[16], não basta a mera positivação de um direito para que este possa ser considerado fundamental. Na ótica do doutrinador lusitano, os direitos fundamentais devem ser positivados na Constituição de um dado Estado. Todavia, importa ressaltar que a positivação, por si só, não garante a sua efetividade, muito menos retira a qualidade de serem a base para o controle de legitimidade[17] de um ordenamento jurídico.

Ainda na lição de Canotilho, diferenciam-se as características de positivação das de constitucionalização e fundamentalização, material e formal, dos direitos fundamentais. A constitucionalização,[18] diz respeito justamente ao reconhecimento destes por normas básicas (constitucionais), possibilitando a sua proteção mediante o controle de constitucionalidade.

Já a fundamentalização[19] é formal e material. Aquela corresponde às qualidades de superioridade hierárquica dos direitos fundamentais, ao procedimento mais dificultoso para a sua reforma e revisão, ao fato dos mesmos constituírem limites matérias da própria revisão e também à vinculatoriedade dos mesmos aos poderes públicos. Por sua vez a material é relativa ao fato de que os direitos fundamentais tratam dos valores mais básicos de um Estado e de uma sociedade, como a vida, o trabalho, a saúde, a privacidade.

Guerra Filho[20] destaca que os direitos fundamentais, embora tenham sido originalmente direitos humanos, evoluíram destes vindo a qualificar-se por uma eficácia jurídica, isto é pela capacidade de produzir efeitos diretos no plano jurisdicional mediante o uso de procedimentos apropriados.

Os direitos humanos seriam normas suprapositivas, isto é, de forma similar aos direitos naturais, situar-se-iam acima do plano dos direitos positivos, com bases jusnaturalistas[21]. Destarte, tratar-se-iam de normas deonticamente diversas dos direitos fundamentais, pois, careceriam de eficácia jurídica.

Por sua vez, Bonavides[22] e Pereira[23], entendem basicamente que os direitos fundamentais podem ser tratados através de duas perspectivas: uma “lato sensu” ou do ponto de vista material e outra “stricto sensu” ou do ponto de vista formal.

Segundo a primeira perspectiva, direitos fundamentais são aqueles que concernem aos valores máximos da vida, liberdade e dignidade humana, ao passo que conforme a segunda seriam os direitos que a Constituição reconhece como fundamentais, recebendo uma proteção mais forte do ordenamento para a sua alteração e/ou revogação, inclusive perante as demais normas de direitos constitucional.

Destarte, não se fala em mera fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais não são meramente aqueles que estão escritos, postos, pela Carta Constitucional. Existem também direitos materialmente fundamentais, quais sejam aqueles que, não obstante não estarem postos expressamente pela Constituição desta derivam, direta ou indiretamente, assunto no qual nos deteremos mais a frente.[24]

Andrade[25] estabelece que vital mesmo não é a fundamentalidade formal, mas sim o critério material para a caracterização de determinadas normas como direitos fundamentais, inclusive destacando na Constituição Portuguesa de 1976 existência de normas que, não obstante estarem incluídas no rol de direitos fundamentais dessa, não seriam genuinamente direitos fundamentais[26].

Para o doutrinador lusitano, o domínio ou núcleo essencial subjetivo dos direitos fundamentais é definido basicamente por um critério tríplice[27]: primeiro, sua matéria tem como núcleo posições jurídicas subjetivas atribuídas à todos os indivíduos ou a um grupo destes; segundo, sua função é a salvaguarda e proteção de bens jurídicos primários e essenciais das pessoas ou de suas relações com a sociedade; e terceiro sua intenção específica é a de explicitarem a idéia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, não podemos deixar de destacar aqui a doutrina de Galuppo[28]. Segundo o professor mineiro, direitos fundamentais são originalmente direitos humanos, porém nestes predomina a argumentação prática dos discursos morais, que nada garante, pois o mero conhecimento de como se deve agir não avaliza que aquela ação tida como adequada se produzirá. Ademais, é necessário um grande esforço argumentativo para orientar as ações dos indivíduos nos discursos meramente morais.

Já em relação aos direitos fundamentais, esta argumentação meramente moral converte-se em jurídica, menos complexa, em vista da seleção pelo direito de pontos de partida par a argumentação. Os direitos fundamentais são assim aqueles que, num dado momento histórico, os cidadãos democraticamente reconhecem uns aos outros, daí a base de sua legitimidade.

Deste modo, na concepção do professor mineiro, mais do que a necessidade de o Estado reconhecer os direitos aos indivíduos, estes precisam reconhecê-los a si mesmos de modo recíproco. Outrossim, nesta perspectiva, reconheceu expressamente a historicidade dos direitos fundamentais. Daí uma importante característica destes, qual seja, não são atemporais, mas sim localizados e reconhecidos pela sociedade em um dado momento.

Bobbio leciona em sentido similar que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[29]

Os Estados não criam os direitos fundamentais, apenas reconhecem aqueles que a sociedade tem para si como os que salvaguardam seus bens e valores mais admiráveis em face de um dado momento histórico. Por exemplo, durante a revolução francesa não se falava em direitos trabalhistas, ao passo que hoje são de suma importância.

Partindo dos posicionamentos elencados pelos doutrinadores acima, poderíamos estabelecer alguns pontos essenciais que nos permitem chegar às seguintes conclusões acerca dos direitos humanos e dos fundamentais.

1. Direitos fundamentais são direitos históricos, ou seja, surgem de acordo com um determinado momento propício ao seu reconhecimento pela Constituição[30], ao passo que os direitos humanos são direitos suprapositivos;

2. Direitos fundamentais não são criados pela Constituição, e sim reconhecidos por esta, sendo originários em meio à sociedade, daí o seu caráter vinculativo em relação aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois estes devem proteger e efetivar os direitos fundamentais. Por sua vez os direitos humanos são típicos de normas de cunho internacional, carecendo, em regra, mas não sempre, de eficácia jurídica perante um dado ordenamento jurídico;

3. O fato dos direitos fundamentais serem reconhecidos, e não criados pelo Estado não significa que sejam meros postulados sem eficácia, suprapositivos, semelhante às regras de direitos naturais. Não são normas meramente programáticas, diferentemente dos direitos humanos.

Assim, os direitos fundamentais não possuem apenas uma dimensão formal, mas também material, ou seja, apesar de haver normas na Constituição que, não obstante sejam formalmente inseridas no rol de direitos fundamentais, não o são sob o aspecto material, de seu conteúdo.

Feitas estas considerações, adentremos na questão dos direitos sexuais e reprodutivos e de como os mesmos podem ser considerados como verdadeiros direitos fundamentais e não meros direitos humanos.

2 GÊNERO X SEXO: O CONTROLE DO FEMININO NAS RELAÇÕES DE PODER

Comumente, longe dos meios acadêmicos de pesquisa, costuma-se confundir o gênero com o sexo. A redução das relações de gênero ao sexo, entretanto, é um erro no qual não podemos comungar neste trabalho, vez que o reconhecimento da diversidade de gênero entre homens e mulheres é um primeiro passo ao processo emancipatório do feminino.

Segundo Lopes et al.[31], gênero diferencia-se do sexo basicamente pelo fato de que, enquanto este é determinado biologicamente desde o nascimento, aquele é de construção social. O sexo dirige-se ao indivíduo concreto, em face de suas características físicas naturais que o qualificam como homem ou mulher, ao passo que o gênero trata do comportamento humano, caracterizando-o como masculino ou feminino em face de características sociais, culturais e educacionais.

O início do uso do termo gênero como categoria analítica deu-se inicialmente nos anos 1960[32], justamente objetivando romper com a diferenciação baseada exclusivamente em fatores biológicos, sendo hoje tida como categoria útil para diversos tipos de análises disciplinares[33], dentre elas a jurídica.

O controle das relações de gênero com a imposição de condutas tidas como sexualmente aceitáveis, ao passo que outras não o seriam, é um forte meio de controle social e de repressão a um grupo específico da sociedade, qual seja as mulheres de qualquer faixa etária em todos os tempos.

Durante a evolução histórica, podemos observar um processo de naturalização ou “biologização”[34] das relações de gênero como relações de poder, visando estabelecer à mulher um papel de submissão nas relações sociais em geral que ocorrem na sociedade. Tal processo busca legitimar o domínio do masculino sobre o feminino, atribuindo-lhe supostas características biológicas que relegariam à mulher, por sua própria natureza, papéis subsidiários na sociedade.

Desde a antiguidade é notável a existência do controle das relações de sexualidade como relações de poder. Segundo Aristóteles[35], o homem, enquanto ser mais perfeito e mais velho, seria naturalmente mais habilitado à mandar do que a mulher.

Assim, o filósofo estagirita lecionou que no âmbito da administração familiar haveriam dois tipos de relações de poder e sujeição. O homem ocuparia o papel de senhor em ambas as relações. Enquanto esposo, deteria um poder político ou civil em relação à mulher, ao passo que, enquanto pai, deteria um poder real em relação aos filhos.

As doutrinas religiosas também contribuíram para o processo de naturalização da dominação do feminino pelo masculino, em especial a doutrina da Igreja Católica. Deveras, no decorrer de sua história institucional essa sempre ressaltou “[...] a vocação à maternidade inscrita por Deus em cada mulher.”[36]

Com efeito, leciona Foucault[37] que durante a época clássica descobriu-se o corpo como alvo e objeto do poder. Durante o século XVIII deu-se o que o mesmo denomina de docilização dos corpos, um disciplinamento dos corpos humanos. Aí surgiram as primeiras tentativas de automação dos homens, tal qual o objetivado pelos regimes totalitários modernos.

Bobbio[38] já alertou que o problema do poder, de como obtê-lo e mantê-lo, é o alfa e ômega da teoria política. Partindo assim de teorias que remontam a Aristóteles, podemos observar o uso do poder

disciplinar em relação aos corpos femininos sempre se fez presente, objetivando a docilização e o conformismo do feminino.

Osterne[39] destaca que a disciplina, enquanto espécie de poder, é bem sucedida justamente pelo fato de que seu uso é relativamente simples, qual seja, um olhar hierárquico e uma sanção correspondente. A disciplina não é uma instituição, mas uma forma de poder, traduzindo-se nas relações de gênero com a aceitação do predomínio e superioridade do masculino sobre o feminino.

Assim, podemos observar que o poder disciplinar em torno do feminino se deu – e ainda se dá - não mediante a ação isolada de uma, mas sim de diversas instituições, tais como a Igreja, as escolas, o Estado, e a própria família. Deveras, vivenciamos constantemente em nossa rotina situações nas quais, desde criança, a mulher é voltada a não expressar-se sexualmente, enquanto o masculino, o falo, é impulsionado justamente na direção contrária, de mostrar-se e ser exaltado.

É comum, por exemplo, na coletividade brasileira atual que os pais e mães – principalmente os pais – mandarem suas filhas ainda bebês, em faixas etárias nas quais sequer têm conhecimento da sexualidade, que se cubram quando na presença de estranhos, ao passo que em relação aos filhos quase que fazem questão de mostrarem que o mesmo é um varão.

Desde muito novas as mulheres são educadas a desenvolverem um tipo de comportamento no qual intrinsecamente há uma posição de submissão. O cuidado com os filhos e com a casa e relegado à sua tarefa dentro da sociedade familiar. Já previu Foucault que:

“[...] um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se “disciplinaram”, absorvendo desde a era clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal.[40]

Assim, em sociedades como a brasileira, marcadamente patriarcais e machistas o estereótipo da “moça de família”, casta, criada de modo a permanecer sempre em situação de subordinação e dependência em relação ao masculino[41], seja ele representado na figura do pai, irmão, namorado ou marido, ainda se faz deveras presente como forte instrumento de repressão e domínio.

Padrões de comportamento tido como “normal” são diariamente reinventados como novas formas de controle da mulher, independente de classe social, sendo aquelas que se comportam de forma diferente deste padrão de normalidade de plano taxadas como diferentes daquilo que se espera de uma “boa mulher”.

Destaca em outra obra o filósofo francês[42] que a sexualidade, como ponto de passagem nas diversas relações de poder da sociedade atual, entre homens e mulheres, pais e filhos, educadores e alunos etc, é um dos elementos dotados de maior instrumentalidade. No seu pensamento a histerização do corpo da mulher é um dos grandes procedimentos de poder a respeito do sexo.

Atualmente, em face do movimento de emancipação do feminino[43], busca-se alterar esta relação de poder em torno do feminino. Ganha especial destaque o tema da efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Vejamos então no que estes consistem e como, na nossa concepção, são direitos fundamentais dotados de plena eficácia, vinculando os poderes públicos.

3 RELAÇÕES DE GÊNERO E OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Vimos que, tradicionalmente, o controle da sexualidade feminina foi um dos diversos instrumentos de dominação nas sociedades ocidentais para a imposição de um padrão comportamental às mulheres. O domínio sobre os corpos femininos visava justamente coibir a autonomia das mulheres quanto à possibilidade de se expressar sexualmente, sendo bem sucedido e até mesmo intensificado na Era Moderna.

A diferenciação entre as chamadas mulheres honestas e as mulheres faladas, isto é, entre aquelas que obedeciam quase que bovinamente as ordens dos pais e maridos, e as que tinham suas condutas “socialmente indesejáveis” criminalizadas, visava justamente atender aos interesses das elites burguesas que aspiravam um comportamento tido como ideal de suas esposas e filhas[44].

Na sociedade moderna ocidental foi, e ainda é, fato comum taxar de criminosos aqueles indivíduos que integrem minorias marginalizadas, tais como mulheres, negros, prostitutas, homossexuais etc. Busca-se através disso inibir cada vez mais estes, além de legitimar o uso da força contra os mesmos, inclusive com o uso do direito penal[45].

Foi apenas no século passado que a mulher deixou de ser uma mera atriz secundária na sociedade política para começar a atuar como verdadeira protagonista, adquirindo paulatinamente a cidadania que a muito lhe era renegada. Embora a cidadania tenha sido garantida de modo meramente formal às mulheres durante boa parte do século passado, podemos afirmar que uma cidadania real e efetiva feminina é um processo cuja implementação se iniciou apenas em fins daquele e ainda está em pleno momento de consolidação.

Com efeito, desde a Revolução Francesa, sob a influência do pensamento iluminista, os ideais igualitaristas, tidos como basilares para uma sociedade dessacralizada e um Estado de direito que garantisse a liberdade[46], não contemplavam plenamente as mulheres.

Todavia, cumpre destacar que é com a Revolução Francesa que o modelo do sexo único, no qual a mulher era tida como um ser humano inferior, um homem atrofiado, intermediário entre a animalidade e a

verdadeira humanidade titularizada apenas pelos homens, foi rompido, passando-se aí ao modelo de dois sexos distintos[47].

Somente após a Segunda Guerra Mundial que diversos grupos minoritários da sociedade passaram a ser valorizados e reivindicarem a sua plena cidadania por dois motivos: primeiro, devido as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários dos países do eixo contra grupos minoritários como judeus, testemunhas de geová, ciganos e outros[48]; segundo, pela participação necessária de diversos grupos minoritários, como as mulheres e negros, dos países aliados durante o esforço de guerra nesses desenvolvido.

Escreve Santos que:

O papel da mulher na sociedade vem passando por mudanças drásticas no mundo. Os movimentos de emancipação nos países ocidentais industrializados encontram paralelos, embora minimizados, mesmo nas mais remotas comunidades rurais. Há países nos quais o padrão de vida das mulheres sofreu mudanças concretas e positivas. Em outros, as mudanças são menos definitivas, representando, muitas vezes, apenas uma melhoria da consciência sobre as circunstâncias de suas vidas, um repúdio aos antigos preconceitos de submissão e um vago sentimento de instabilidade.[49]

Foucault[50] destaca que o que importa nos movimentos de emancipação da mulher e libertação sexual não é a reivindicação em si de sua sexualidade ou dos direitos inerentes à esta, mas o fato de que tal reivindicação se deu dentro de um discurso sobre o interior de dispositivos milenares acerca da sexualidade. (melhorar esta construção)

Consoante vimos, os direitos humanos não estão estanques, mas sim num constante processo de evolução histórica[51], daí a característica da historicidade desses. No mesmo sentido doutrina Ávila:

Os conceitos de direitos humanos e cidadania vão se forjando historicamente e variando no tempo a partir de conflitos e lutas sociais e políticas. A cada contexto histórico, pensadores/as teóricos/as reelaboram seus significados em diversas perspectivas políticas e epistemológicas, o que faz com que esses conceitos recebam diversas definições e interpretações dentro de uma mesma época.[52]

Assim, só recentemente, principalmente a partir da década de 1990, com as Conferências do Cairo em 1994[53] e de Beijing em 1995, as quais trataremos posteriormente, que os direitos sexuais e direitos reprodutivos passaram a ser considerados como integrantes do rol dos direitos humanos.

Urge aqui fazer uma breve digressão acerca de ambos os tipos de direitos. Comumente, a doutrina trata os direitos sexuais e reprodutivos como um único grupo. Entretanto, a nosso ver esta compreensão é equivocada. Os direitos reprodutivos e os direitos sexuais compõem dois tipos de direitos que, embora tenham pontos em comum, não se confundem.

Segundo Mattar[54], os direitos reprodutivos concernem à autodeterminação reprodutiva das pessoas, especificamente das mulheres em face de que, como vimos, é primordialmente a liberdade destas que é cerceada, e não a dos homens. Destarte, os direitos reprodutivos dizem respeito à liberdade de reprodução, ou seja, sobre quantos filhos ter, de que forma e em qual momento mais apropriado da sua vida o fazer.

Já os direitos sexuais são direitos mais recentes, que não encontram positividade explícita nos ordenamentos jurídicos nacionais de forma ampla e geral como os direitos reprodutivos. Seu conteúdo abrange o livre exercício da sexualidade sem quaisquer discriminações ou preconceitos.

Além disso, a titularidade dos direitos sexuais é mais ampla que os direitos reprodutivos, pois não apenas as mulheres, mas outro grupos que igualmente têm sofrido preconceitos quanto aos modos de se exprimirem sexualmente, como por exemplo os homossexuais e transexuais.

Inobstante a acertada distinção entre ambos os tipos ou categorias de direitos, neste trabalho os abordaremos de forma indistinta, em face de que, trataremos aqui aprioristicamente dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Ademais, tal diferenciação pode ser astuciosamente utilizada para negar a categoria dos direitos sexuais à estas, garantindo apenas os reprodutivos que possuem maior grau de positividade jurídica, tanto sob a perspectiva internacional como a nacional.

Assim, podemos fazer uma amalgama do conteúdo básico de ambos os tipos de direitos, os sexuais e reprodutivos, das mulheres. Concernem basicamente à liberdade de reprodução e de exprimir sua sexualidade, à liberdade inerente à condição humana que homens e mulheres (principalmente as mulheres) possuem acerca do desejo de manter relações sexuais e de se reproduzir ou de não o fazer.

Tratamos assim da própria questão da autodeterminação individual[55] e moral[56] quanto ao livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva, sem qualquer ação do Estado no sentido de coerção à mesma. Diz respeito à própria dignidade da pessoa humana da mulher.

Destaca Brauner que:

[...] não se trata apenas das questões ligadas ao funcionamento do aparelho genital e do processo reprodutivo, mas abarca a idéia ligada à busca do prazer, reconhecendo a vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão. Homem e mulher, não mais se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica.[57]

Sobre a capacidade de autodeterminação como fator intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana elucidativa é a lição de Kant. Para o filósofo de Königsberg, os seres humanos, na qualidade de racionais, não obedecem a outra lei senão àquelas que eles mesmos dão a si mesmos. Destarte, sua vontade é tida como legisladora universal, autônoma perante a lei. Kant trata então do que chama reino de fins, qual seja, do vínculo existente entre os seres racionais que se submetem àquelas leis criadas por sua vontade.

A moralidade em Kant é justamente o fato dos seres racionais terem que obedecer ou proceder segundo essas leis, pois só podem integrar um reino de fins se forem tidos como legisladores universais. Em um reino de fins os fenômenos têm dignidade ou preço.

Se tem preço é porque possuem valor relativo, podendo ser permutados por coisas de valor equivalente; se porém têm dignidade é porque possuem valor interno, não podendo ser vendidos ou permutados. A humanidade possui dignidade, pois, conforme visto, os seres humanos são tidos como fins em si mesmos. Todavia, também a moralidade tem dignidade, vez que essa é condição para que os seres humanos racionais sejam fins em si mesmos.[58]

Como pessoas, os seres humanos são justamente seres racionais que não possuem preço, isto é, são fins em si mesmos, possuem dignidade. Dessa forma, são iguais e racionais, de modo que a moral kantiana baseia-se justamente no famoso imperativo categórico: Age segundo a máxima de que possas a todo tempo querer que se tornasse uma lei universal.[59]

Destarte, a não coisificação da mulher enquanto ser racional e capaz de se autodeterminar passa necessariamente pela efetivação dos seus direitos reprodutivos e sexuais. Frisemos ainda que além dessa feição negativa, de garantia da não violação a esses direitos, os mesmos possuem ainda uma feição nitidamente positiva, qual seja a de promoção de políticas de educação e de saúde voltadas especificamente para mulheres.

Entretanto, destacamos que ainda hoje existem controvérsias pontuais sobre a possibilidade dos direitos sexuais e reprodutivos femininos serem ou não reconhecidos no seu todo como direitos humanos, quanto mais como direitos fundamentais, bem como no que se refere à criação de mecanismos que garantam a sua efetividade.[60]

Este questionamento acerca de em qual categoria estariam enquadrados os direitos sexuais e reprodutivos não é de mero valor metodológico, vez que terá conseqüências também na efetividade e exigibilidade jurídica dos mesmos.

3.1 Direitos sexuais e reprodutivos: a evolução de direitos humanos a direitos fundamentais

Doutrina Häberle[61] que os direitos fundamentais são aqueles que possuem nível de bens constitucionalmente protegidos, sendo pressupostos para a constante atualização e reconstrução do ordenamento através do exercício das liberdades pelos indivíduos. Têm um valor duplo, pois “[...] de um lado, representam os valores supremos, e de outro, permitem ao homem encontrar valores e atualizar-los, garantindo-lhes o *status* de liberdade.” (tradução nossa)[62]

Vimos que os direitos fundamentais não possuem uma mera dimensão formal, não existindo apenas direitos formalmente fundamentais, mas, outrossim, direitos materialmente fundamentais, decorrentes do sistema de princípios exposto na Carta Magna.

Baseando no paradigma pós-positivista que reconhece a materialidade jusfundamental ao lado da formal, referentemente aos direitos sexuais e reprodutivos, inobstante para significativa parte da doutrina sejam meros direitos humanos, esses são verdadeiros direitos fundamentais, pois decorrem diretamente dos preceitos constitucionais expressos na Carta Magna e no ordenamento jurídico em geral brasileiro.

Vejamos então como tais direitos foram consagrados no âmbito da legislação internacional como direitos humanos para, numa derradeira análise os estudarmos e qualificarmos como direitos fundamentais.

3.1.1 Direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico internacional: direitos humanos

É palmar que originalmente referidos direitos foram reconhecidos em documentos internacionais, como, por exemplo, os resultantes das conferências do Cairo e de Beijing, já citadas brevemente acima, que ocorreram em meados da década de 90 do século passado. Ocorre que, se investigarmos a fundo a evolução destes, podemos constatar, ainda que de forme embrionária e incipiente, as raízes destes no âmbito internacional.

Segundo Mattar[63], a história os direitos reprodutivos como direitos humanos tem início com a Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, em 1968, sendo que o termo direitos reprodutivos foi formulado inicialmente em 1984, no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em Amsterdã, visando encarar a maternidade não mais como uma obrigação, mas sim a luta pelo direito à anticoncepção e ao aborto seguro.

No ano de 1973, um importante avanço na efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos foi obtida na jurisprudência norte-americana no julgamento do Caso Roe contra Wade (410 U.S. 113), que figura entre os mais conhecidos da história da Suprema Corte dos Estados Unidos[64]. Neste caso o Justice Harry Blackmun, juiz daquela corte que redigiu o acórdão e foi acompanhado pela maioria, destacou que:

Este direito à privacidade, tal qual encontrado nos conceitos de liberdade pessoa e restrições sobre a atividade estatal na Décima Quarta Emenda, é suficientemente amplo para abranger a decisão de uma mãe de quando terminar ou não a sua gravidez.[65] (tradução nossa)

Em 1979, a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher – CEDAW, considerada uma carta de direitos humanos específicos da mulher.

Em 1993, ocorreu em Viena a Conferência Mundial de Direitos Humanos, a qual teve como fruto a

Declaração e Programa de Ação de Viena. Tal declaração buscou a plenitude dos direitos humanos em condições igualitárias para homens e mulheres[66]. Ademais tratou de diversos órgãos e organismos contra a discriminação da mulher, tais como: o Comitê da Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação da Mulher – CEDAW (visto no parágrafo anterior); a Comissão sobre a Condição Jurídica e Social da Mulher; o Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher - UNIFEM[67]; e a Divisão para o Progresso da Mulher - DAW[68].

Ainda em 1993 o Tribunal Constitucional Federal Alemão no julgamento do caso 88 BverfGE 203, 1993 - Aborto II (88 BverfGE 203, 1993 - Schwangerschaftsabbruch II)[69] considerou inconstitucional a legalização do aborto, salvo em casos especiais.

No entendimento desta corte, os embriões possuem dignidade, porém não uma dignidade absoluta, devendo o direito à vida do nascituro ser mensurado com certos direitos da mulher, tais como à proteção e respeito a sua dignidade, seu direito à vida e à integridade física e seu direito ao desenvolvimento da personalidade, ou seja, de autodeterminação.

A corte alemã afirmou neste mesmo caso que não necessariamente a proteção ao feto deveria ser feita pelos meios repressivos de direito penal, ou seja que outras condutas são mais eficazes que a ameaça de sanção penal. Dois anos mais tarde, em 1995 foi editada na Alemanha uma lei que descriminalizou o aborto nas 12 semanas iniciais da gestação, com um procedimento próprio que inclui um serviço de aconselhamento.

Apesar do notável avanço proporcionado pela conferência de Viena, a maioria dos autores destaca as conferências do Cairo em 1994 e de Beijing em 1995 como as que proporcionaram um maior avanço na temática dos direitos sexuais e reprodutivos e do seu reconhecimento como direitos humanos.

Ensina Piovesan[70] que a partir da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada na cidade do Cairo em 1994 teve como avanço histórico a inauguração de um novo paradigma acerca da saúde reprodutiva da mulher.

Abandonou-se o vetusto modelo que a trata sob uma perspectiva meramente demográfica, voltada para o controle da reprodução e, por conseguinte, da expressão sexual da mulher, para a adoção de um novo, no qual a liberdade de autodeterminação da mulher e a luta contra quaisquer tipos de discriminação à esta foi o carro chefe.

Outrossim, em 1994 foi adotada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 25 de Novembro de 1995.

Os avanços continuaram no ano seguinte, quando em 1995, em Beijing, realizou-se a IV Conferência Mundial da Mulher, a qual não enfatizou meramente a saúde reprodutiva da mulher como no Cairo, mas os próprios direitos sexuais e reprodutivos numa perspectiva de igualdade de gênero.[71]

Em suma, estes foram os principais avanços na legislação internacional e na jurisprudência do direito comparado em relação aos direitos sexuais e reprodutivos. Adentremos agora no assunto sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.2 Direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico nacional: direitos materialmente fundamentais

No que se refere ao ordenamento jurídico nacional, os direitos sexuais e reprodutivos estão intimamente ligados não só ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana das mulheres, mas também a outros princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, como o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art.5º, caput), o direito à saúde (art. 5º, III)[72] e a liberdade em relação ao planejamento familiar (art. 226, §7º).

Quanto ao princípio da igualdade, tratamos aqui da igualdade material e não da meramente formal, ou seja, tal qual sugerida pelos ideólogos do individualismo burguês no período iluminista e revolucionário. Este viés liberal da igualdade, meramente formal, caiu em desuso logo após a constatação de que, a garantia da liberdade sem que houvessem condições materiais que proporcionassem igualdade às pessoas acaba por transformar os mais fracos em escravos dos mais fortes.

Era uma nova forma de escravidão que surgia junto às ruelas imundas dos cortiços sob o falso pretexto da liberdade. Daí se seguiram críticas a esta concepção de igualdade, que podem ser resumidas nas palavras de France: “Majestosa igualdade de leis, que proíbe tanto ao rico, como ao pobre, dormir sob as pontes, mendigar nas ruas e furtar o pão.”[73] Em sentido semelhante, Goyard-Fabre aduz que

O legislador devia doravante admitir que, tendo os direitos do homem assumido uma conotação social e econômica, cabia ao direito não só assegurar por suas disposições, como em 1789, a proteção das “liberdades fundamentais”, de todo cidadão, mas permitir a decência do nível de vida dos trabalhadores e, correlativamente, referir-se às condições econômicas de sua existência.[74]

Assim, Radbruch[75] já relata em sua clássica lição que tanto os homens quanto as coisas não são iguais, mas eminentemente desiguais, sendo a igualdade sempre uma abstração, devendo as desigualdades sempre serem avaliadas em face do caso concreto.

Deveras gritante é a diferença entre homens e mulheres, tanto que a Carta Magna expressamente

consagra direitos fundamentais de titularidade específica da mulher, como por exemplo, a licença-maternidade (art. 7º, XVIII) e a diferença relativa ao período de tempo trabalhado para fins de aposentadoria (art. 40, §1º, III).

Em sentido similar, Miranda[76] ao comentar dispositivos similares da Carta Magna lusitana que albergam como matéria a igualdade entre homens e mulheres ressalva que cabe ao Estado português proteger e promover não apenas a igualdade jurídico-formal, mas também jurídico-material, sendo inadmissível qualquer *capitis diminutio* entre ambos os sexos.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente a liberdade em relação ao planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, bem como a vedação de coerção tanto por parte de entidades públicas quanto privadas. Nesse sentido, destacam Brauner et al.[77], que, referentemente ao planejamento familiar, questões que digam respeito à reprodução e contracepção são de esfera privada, relativas à intimidade do casal.

Daí se segue que a mulher ou o homem solteiros, bem como o casal gozam de ampla liberdade para planejarem sua vida reprodutiva, o que passa por uma necessária atuação estatal que garanta o acesso, mas não coercitivamente, à meios seguros de contracepção. Nesse sentido, a Lei nº 9.263/96, regulamentadora do planejamento familiar, destacou logo em seu art.1º que esse é direito de todo cidadão[78].

Vemos aí ambas as feições dos direitos sexuais e, especialmente, reprodutivos já tratadas, qual seja a positiva, eminentemente voltada para a promoção e incentivo desses, bem como a negativa, de vedação de coerção. Apesar disso, vemos iniciativas como a da chamada Frente Parlamentar de Defesa da Vida[79], movimento conservador de forte influência religiosa que atual junto ao Congresso Nacional e que, a nosso ver, compromete o caráter laico do Estado brasileiro.

Não estamos aqui a advogar a ausência de valores religiosos ou mesmo uma guerra contrária a estes, porém como ressaltou Siches “[...] os valores religiosos e os valores morais não podem ser cumpridos por via legal, porque sua realização requer espontaneidade e vontade livre.” (tradução nossa)[80]

Uma vez que questões morais e religiosas são de foro íntimo, não deve haver influência na liberdade do indivíduo[81]. Questões relacionadas à autodeterminação reprodutiva e sexual das mulheres são de escolha exclusiva e ao livre alvedrio dessas, baseadas em suas crenças particulares.

Destarte, a nosso ver a autonomia da mulher para a expressão sexual e reprodutiva não se baseia apenas no princípio da liberdade[82], mas também no princípio da igualdade. Aliás, além do princípio da igualdade, consoante já adiantamos, o direito fundamental à saúde, garantido expressamente pelo Constituição, está diretamente relacionado aos direitos sexuais e reprodutivos.

Pessini[83] estabelece que a saúde seria composta por um equilíbrio dinâmico entre quatro dimensões a ela inerentes: a orgânica, a psíquica e mental, a ecológico-social e a ética. Já Lucena[84] assevera que o direito a saúde teria as qualificações de direito subjetivo, individual (de primeira geração), fundamental, social (de segunda geração), transindividual (de terceira geração), de quarta e de quinta gerações. Por sua vez, Stepke e Drumond[85] tratam a saúde como direito essencial à pessoa humana, assegurando a sua subsistência, sendo direito de universalidade consagrada.

A Organização Mundial de Saúde – OMS (*World Health Organization*) entende o conceito de saúde não como a mera ausência de doença, mas o completo bem estar físico e psíquico da pessoa. Já na sua formação em 1948, uma das prioridades da OMS foi a saúde feminina, sendo que hoje tal entidade ressalta o assombroso número de meio milhão de mortes maternas anuais em face de complicações da gravidez[86].

Para se ter uma idéia do problema, só entre 2006 e 2007, dos 3,3 bilhões de dólares gastos pela OMS, cerca de 53% foram investidos em intervenções essenciais de saúde, dentre as quais se incluem a saúde reprodutiva, com a redução da mortalidade materna[87].

Concluimos então que, no que se refere à Carta Magna atual, os direitos sexuais e reprodutivos não são apenas direitos humanos sem qualquer força normativa, sem eficácia jurídica, mas de verdadeiros direitos fundamentais implícitos ao ordenamento jurídico brasileiro, decorrendo dos direitos e princípios supracitados, do próprio ordenamento jurídico e do sistema constitucional brasileiro.

Cerceá-los é flagrante violação à Constituição. O próprio Estado passar a atuar em sentido contrário ao que deveria, qual seja o do resguardo e efetivação dos direitos fundamentais. Esta situação ocorre em face de uma herança patriarcal e machista da sociedade brasileira, buscando impor as mulheres um padrão comportamental desejado[88].

Consoante lecionam Lopes et al.:

Apesar das conquistas femininas, como o direito ao voto, da evolução dos costumes, das reivindicações do movimento feminista e de acontecimentos como as grandes guerras – que fizeram com que as mulheres assumissem tarefas tradicionalmente reservadas aos homens -, ainda não se vislumbra uma paridade entre sexos[...][89]

Deste modo, faz-se necessário que o Estado encampe, através de políticas públicas voltadas para a conscientização e educação de gênero, uma nova ótica mediante a qual nas inumeráveis situações nas quais ainda remanescem discriminações às cidadãs brasileiras, violando-as em seus direitos sexuais e reprodutivos, sejam repensadas. Aliás, não apenas repensadas, mas que seja posta em prática esta nova perspectiva.

Apesar de a batalha pela cidadania feminina estar apenas em início, assistimos a alguns avanços, tais

como a criação da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, criada pelo Presidente Lula em 2003, no primeiro dia de seu governo, pela Medida Provisória nº 103/03, posteriormente convertida na Lei nº 10.683/03.

Destacamos derradeiramente no âmbito da legislação infraconstitucional a recente promulgação da Lei nº 11.340/06, comumente conhecida como Lei Maria da Penha, que tem por objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, situação que reforça claramente a dominação feminina pela violência de gênero. Tal lei constituiu mais um significativo passo rumo a igualdade de gênero em nosso país.

CONCLUSÃO

Vimos que hoje, no modelo pós-positivista, não se fala apenas em mera fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, mas também em direitos materialmente fundamentais, quais sejam aqueles que, não obstante não estarem postos diretamente pela Constituição desta derivam, direta ou indiretamente.

De modo diferente dos direitos humanos, cujas normas que enunciam e veiculam esses são de cunho predominantemente internacional, carecendo de eficácia jurídica perante um dado ordenamento jurídico, os direitos fundamentais gozam de plena e imediata eficácia perante o Estado e particulares, não sendo meras normas programáticas.

Hoje, a doutrina majoritária reconhece os direitos sexuais e reprodutivos não como direitos fundamentais, mas sim como direitos humanos. Como vimos, esta não é a posição mais acertada. De que adianta defendermos teorias como a da fundamentalidade material quando, em face de casos concretos, apenas as normas que a Constituição expressamente consagra são dignas de serem qualificadas como direitos fundamentais?

Nas civilizações ocidentais, sob o influxo das idéias burguesas liberais, as mulheres experimentaram – a ainda sofrem – diversas formas de controle e repressão em relações de gênero. Deveras, o controle das relações de gênero como relações de poder nos remete à Aristóteles, com a imposição às mulheres de uma modo “normal” de se portarem e se exprimirem sexualmente, amparados numa suposta vocação natural e biológica.

Entretanto, com o movimento feminista da segunda metade do século passado, paulatinamente as mulheres conquistaram uma nova forma de cidadania, não sendo mais o meio público área exclusiva dos homens. Isto levou a que diversas declarações de direitos fossem redigidas com a contemplação e consagração dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos.

Todavia, como destacamos, o ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, contempla diversos dispositivos normativos que consagram tais direitos, o que nos leva a considerá-los não como meros direitos humanos, mas sim passíveis de receberem o qualificativo fundamentais.

Entendê-los apenas como direitos humanos seria de todo temerário para a efetivação de uma cidadania real às mulheres. Deveras, os novos tempos não demandam este posicionamento, mas sim um modelo vanguardista que consagre os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, ostentado assim eficácia plena e imediata.

Admitir esta teoria a que propomos é dar um passo a mais para que o “status quo” atual, que ainda mantém milhares de brasileiras submissas, tratando-as, ainda que não o faça de forma implícita, como serem inferiores e violando o princípio da dignidade da pessoa humana, acaba por ser perpetuado.

Urge, portanto, que tomemos a bandeira da fundamentalização material dos direitos sexuais e reprodutivos, a fim de que travemos a boa batalha pela emancipação do gênero feminino.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008;

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: SAFe, 1996;

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007;

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, [s.d.];

ÁVILA, Maria Betânia. Cidadania, Direitos Humanos e Direitos das Mulheres. In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo/FCC: Editora 34, 2002;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004;

BARSTED, Leila Linhares. Direitos humanos e descriminalização do aborto. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005;
- _____. *Teoria do Estado*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004;
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000;
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Anais da I Conferência Nacional de Políticas voltadas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004;
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos Direitos Humanos. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003;
- BRAUNER et al. Biodireito e saúde reprodutiva: permanências e transformações no exercício do planejamento familiar no Brasil. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) *Biodireito e gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007;
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003;
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993;
- CARLOS, Paula Pinhal de. A reprodução das desigualdades de gênero no discurso dos julgadores e a vítima mulher frente ao sistema de justiça penal. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) *Biodireito e gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007;
- DINIZ, Márcio Augusto de Vascelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;
- EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988;
- _____. *Microfísica dopoder*. Tradução de Roberto Machado. 24. Ed. São Paulo: Graal, 2007;
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 33. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007;
- GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais?” In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. Ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007;
- HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997;
- HERBET, Ulrich. Ideological legitimization and political practice of the leadership of the national socialist secret Police. In: MOMMSEN, Hans. (Edit.) *The Third Reich Between Vision and Reality: New Perspectives on German History 1918-1945*. Oxford/New York: Berg, 2002;
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991;
- HITLER, Adolf. *Mein Kampf - Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2005;
- JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006;
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006;
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001;
- _____. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. PortoAlegre: SAFE, 2001;
- LOPES, Ana Maria D’Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. In: *Revista Nomos* Fortaleza, v. 28, p. 15-34, jan./jul., 2008.1;
- LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;
- MATTAR, Laura Davis. Desafio e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. (Orgs.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Perspectivas & desafios contemporâneos*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2007;
- _____. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, n. 8, ano 5, p. 60-83, jun, 2008;

- MIRANDA, Jorge. Os princípios da universalidade e da igualdade na constituição portuguesa. In: BONAVIDES, Paulo et al (Orgs). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha*. (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009;
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004;
- MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Sobre gênero, sexualidade e O segredo de Brokeback Mountain: uma história de aprisionamentos. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira e SWAIN, Tânia Navarro. (Orgs.) Florianópolis: Mulheres, 2008;
- NECKEL, Roselane et al. Aborto e infanticídio nos códigos penais e nos processos judiciais: A pedagogia de condutas femininas. In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003;
- OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. *Violência nas relações de gênero e cidadania feminina*. Fortaleza: EdUece, 2007;
- PAULO II, Sumo Pontífice João. *Carta encíclica evangelium vitae do Sumo Pontífice João Paulo II: aos bispos aos presbíteros e diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana*. 5. Ed. São Paulo: Paulinas, 2007;
- PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003;
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004;
- PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;
- PIOVESAN, Flávia e PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998;
- PITANGUY, Jacqueline. Gênero, cidadania e direitos humanos. In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo/FCC: Editora 34, 2002;
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979;
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968;
- ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: 2005;
- ROSADO-NUNES, Maria José. Direitos, cidadania das mulheres e religião. In: *Tempo social: revista de sociologia da USP*. São Paulo, v. 20, n. 2, p. 67-81, Nov., 2008;
- SANTOS, Yasmin Ximenes. “Os direitos femininos e a lei” In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;
- SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) *Biodireito e gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007;
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Rennig et al. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2006;
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. Ed. México: Porrúa, 1973;
- SIMIONI, Fabiane. As relações parentais e de gênero no direito de família brasileiro: estudo de caso sobre a guarda compartilhada. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. (Org.) *Biodireito e gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007;
- SOUZAS, Raquel; ALVARENGA, Augusta Thereza de. Direitos sexuais, direitos reprodutivos: concepções de mulheres negras e brancas sobre liberdade. In: *Saúde Soc*. São Paulo, v. 16, n. 2, p. 125-132, mai./ago., 2007;
- STEPKE, F. L. e DRUMOND, J. G. de F. *Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/ Loyola, 2007;
- VALLS, Álvaro L. M. Da ética à bioética. Petrópolis: Vozes, 2004;
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002;
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Working for health: an introduction to the World Health Organization*. Updated Edition. Geneva: WHO Press, 2007

- [1] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos da Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.
- [2] VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101.
- [3] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125-128.
- [4] A própria validade do direito foi influenciada durante o predomínio do positivismo jurídico do direito, pois, para este a aferição de validade de uma norma diz respeito a meros aspectos formais, a estrutura formal da norma, não se referindo ao seu conteúdo. É o chamado formalismo jurídico.
- [5] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131.
- [6] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 e 79.
- [7] Cappelletti já afirmou que “[...] é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘law-making’” CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993, p. 25.
- [8] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 07.2005, p. 172-173.
- [9] REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 73.
- [10] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.
- [11] Nesse sentido: HERBET, Ulrich. Ideological legitimization and political practice of the leadership of the national socialist secret Police. In: MOMMSEN, Hans. (Edit.) *The Third Reich Between Vision and Reality*: New Perspectives on German History 1918-1945. Oxford/New York: Berg, 2002, p. 95-106.
- [12] BONAVIDES, op. cit., p. 236-237.
- [13] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 24.
- [14] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-49.
- [15] Consoante a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, este seria uma característica não apenas dos direitos humanos, mas também dos direitos fundamentais. Segundo o doutrinador gaúcho: “[...]os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado).” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.
- [16] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377-378.
- [17] Em sentido semelhante, Germana de Oliveira Moraes destaca em sua obra dedicada ao controle jurisdicional dos atos discricionários da administração pública que ao Poder Judiciário cabe, ao exercer o controle de constitucionalidade destes atos normativos, além de auferir a legalidade destes, exercer também o controle de sua juridicidade de acordo com os princípios positivados na lei fundamental. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 16.
- [18] CANOTILHO, op. cit., p. 378.
- [19] CANOTILHO, op. cit., p. 378-380.
- [20] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. Ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007, p. 39-40.
- [21] Nesse sentido: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 125.
- [22] Conforme: BONAVIDES, op. cit., p. 561-562.
- [23] Conforme: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.
- [24] Robert Alexy expressamente admite a existência de normas de direito fundamentais que não decorrem diretamente do texto constitucional, pois se apenas estas fossem normas de direito fundamental este rol seria por demasiado restrito. Destarte, em face da abertura, tanto semântica quanto estrutural, admite normas que, por serem atribuídas à Constituição através de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais adquirem esta característica de fundamentalidade. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008, p. 69-76.
- [25] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 77.
- [26] Dentre os quais cita os direitos de antena, de resposta e de réplica política dos partidos políticos da oposição parlamentar, inclusos no Art. 40, nº 2 da Constituição Portuguesa. Para o doutrinador lusitano, referidos direitos seriam muito mais normas de organização política e democrática. *Ibidem*, p. 90-91.
- [27] *Ibidem*, p. 82-83.
- [28] GALUPPO, Marcelo Campos. “O que são direitos fundamentais?” In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 230-237.
- [29] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
- [30] Para Ana Maria D’Ávila Lopes, os direitos fundamentais traduzem a idéia de dignidade humana de uma dada sociedade tendo em vista o conjunto de valores e necessidades mais caras a esta. LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Democracia hoje*: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001, p. 38-39.
- [31] LOPES, Ana Maria D’Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. In: *Revista Nomos* Fortaleza, v. 28, p. 15-34, jan./jul., 2008.1, p. 17.
- [32] Frisemos que segundo parte da doutrina, tal conceito não teria tido origem nos anos de 1960, mas sim na década posterior, especificamente na área das ciências sociais. CARLOS, Paula Pinhal de. A reprodução das desigualdades de gênero no discurso dos julgadores e a vítima mulher frente ao sistema de justiça penal. In: BRAUNER, op. cit. p. 136.
- [33] MUNIZ, Diva do Couto Gontijo. Sobre gênero, sexualidade e O segredo de Brokeback Mountain: uma história de aprisionamentos. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira e SWAIN, Tânia Navarro. (Orgs.) Florianópolis: Mulheres, 2008, p. 118.
- [34] ROSADO-NUNES, Maria José. Direitos, cidadania das mulheres e religião. In: *Tempo social*: revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 20, n. 2, p. 67-81, Nov., 2008, p. 72-73.
- [35] ARISTÓTELES. *A política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, [s.d.], p. 31.
- [36] PAULO II, Sumo Pontífice João. *Carta encíclica evangelium vitae do Sumo Pontífice João Paulo II*: aos bispos aos presbíteros e diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. 5. Ed. São Paulo: Paulinas, 2007, p. 205.
- [37] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhet. 33. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 117-121.
- [38] BOBBIO, op.cit., p. 143.
- [39] OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. *Violência nas relações de gênero e cidadania feminina*. Fortaleza: EdUece, 2007, p. 48.
- [40] FOUCAULT, op. cit., p. 178.
- [41] “A tradição patriarcal contribuiu para estruturar as relações familiares em uma rígida divisão de atribuições. A atividade de cuidar dos filhos é representada no imaginário social como uma função natural da mulher e, por sua vez, o bom pai é aquele que garante o exercício desta atividade.” SIMIONI, Fabiane. As relações parentais e de gênero no direito de família brasileiro: estudo de caso sobre a guarda compartilhada. In: BRAUNER, op.cit., p. 107.
- [42] FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 98-99.
- [43] Destacamos aqui que a optamos pelo termo “emancipação do feminino” pois, estamos nos referindo ao gênero feminino. Consoante vimos, gênero sexo são fatores diferentes entre si. Não são meramente as mulheres que se emancipam biologicamente. Esta é uma última e derradeira fase de um procedimento muito mais amplo de libertação social e cultural de uma relação de poder entre o masculino e o feminino.
- [44] NECKEL, Roselane et al. Aborto e infanticídio nos códigos penais e nos processos judiciais: A pedagogia de condutas femininas. In: PEDRO, Joana Maria (Org.) *Práticas proibidas*: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX. Florianópolis:

- [45] EMMERICK, Rulian. *Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8-9.
- [46] “A questão principal, a partir daquele momento [a Revolução Francesa], passou a ser a fundação de uma nova ordem social, livre e estável, sobre os escombros da anterior, com base em princípios universais de justiça, igualdade e fraternidade, elementos sem os quais não era concebível nenhuma convivência humana livre.” DINIZ, Márcio Augusto de Vascelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 56.
- [47] MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, n. 8, ano 5, p. 60-83, jun, 2008, p. 65.
- [48] Para o movimento nacional socialista alemão, por exemplo, os judeus eram uma raça de parasitas, que deveria ser exterminada por serem nocivos aos demais povos. Segundo Hitler: “Sua expansão através de países sempre novos só principia quando neles existem condições precisas para lhe assegurar a existência, sem que tenha que mudar de domicílio como o nômade, É e será sempre o parasita típico, um bicho, que, tal qual um micróbio nocivo. Se propaga cada vez mais, assim que se encontra em condições propícias. A sua ação vital igualmente se assemelha à dos parasitas, onde ele aparece. O povo, que o hospeda, vai se exterminando mais ou menos rapidamente. [...] Uma vez, porém, que adquira bastante força para prescindir de tal disfarce, deixava afinal cair o véu e torna-se de súbito, aquilo, que os outros não queriam, dantes, nem crer nem ver: o judeu.” HITLER, Adolf. *Mein Kampf - Minha luta*. São Paulo: Centauro, 2005, p. 164.
- [49] SANTOS, Yasmin Ximenes. “Os direitos femininos e a lei” In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 124.
- [50] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 24. Ed. São Paulo: Graal, 2007, p. 268.
- [51] Nesse sentido, Lopes destaca ainda que tal historicidade é dinâmica, vez que o consenso em torno de quais seriam os direitos fundamentais é variável em face das circunstâncias históricas em torno das quais se desenvolve o direito. LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: SAFe, 2001, p. 101-102.
- [52] ÁVILA, Maria Betânia. Cidadania, Direitos Humanos e Direitos das Mulheres. In: BRUSCHINI, Cristina e UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC/Editora 34, 2002, p. 123.
- [53] “O Plano de Ação do Cairo reconhece, como parte do direito à saúde sexual e reprodutiva, o direito das pessoas de usufruírem o progresso científico, e recomenda aos Estados-Partes que garantam o acesso à esse direito através da oferta de tratamento e medicamentos que possibilitem o controle de homens e mulheres de sua fecundidade.” BARSTED, Leila Linhares. Direitos humanos e descriminalização do aborto. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 103.
- [54] MATTAR, Laura Davis. Desafio e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. (Orgs.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Perspectivas & desafios contemporâneos. V. 2. Curitiba: Juruá, 2007, p. 827-831.
- [55] BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Anais da I Conferência Nacional de Políticas voltadas para as Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 82.
- [56] SOUZAS, Raquel; ALVARENGA, Augusta Thereza de. Direitos sexuais, direitos reprodutivos: concepções de mulheres negras e brancas sobre liberdade. In: *Saúde Soc*. São Paulo, v. 16, n. 2, p. 125-132, mai./ago., 2007, p. 125-127.
- [57] BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos Direitos Humanos. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.) *Humanismo Latino e estado no Brasil*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2003, p. 398.
- [58] JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006, p. 120.
- [59] VALLS, Álvaro L. M. Da ética à bioética. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 127.
- [60] PITANGUY, Jacqueline. Gênero, cidadania e direitos humanos. In: BRUSCHINI, UNBEHAUM. op. cit., p. 117.
- [61] HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Tradução de Carlos Ramos. San Miguel: Pontificia Universidad Católica Del Peru, 1997, p. 55-59.
- [62] *Ibidem*, p. 55.
- [63] MATTAR, op.cit., p. 827 e 834.
- [64] No âmbito de aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold vs. Connecticut* e *Roe vs. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente previsto na Constituição, que foi o direito de privacidade. BARROSO, op. cit., p. 222-223.
- [65] Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=410&invol=113>. Acesso em 20.04.09.
- [66] ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: SAFe, 1996, p. 117.
- [67] Disponível em: <http://www.unifem.org/>. Acesso em 20.04.09.
- [68] Disponível em: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/english/about_daw.html. Acesso em 20.04.09.
- [69] SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Rennig et al. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 273-293.
- [70] PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO; PIOVESAN, op. cit., p. 60-61.
- [71] SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Biodireito e gênero*. (Org.) Ijuí: Ed. Unijuí, 2007, p. 77.
- [72] É o pensamento de Piovesan e Pirota segundo o qual os direitos reprodutivos relacionam-se diretamente com “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde.” PIOVESAN, Flávia e PIROTA, Wilson Ricardo Buqueti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 167-168.
- [73] VASCONCELOS, op. cit., p. 137.
- [74] GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 335-336.
- [75] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1979, p. 90.
- [76] MIRANDA, Jorge. Os princípios da universalidade e da igualdade na constituição portuguesa. In: BONAVIDES, Paulo et al (Orgs.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha*. (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 71-76.
- [77] BRAUNER et al. Biodireito e saúde reprodutiva: permanências e transformações no exercício do planejamento familiar no Brasil. In: BRAUNER, op. cit., p. 19-20.
- [78] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 29.01.09.
- [79] Sobre esta bancada, seus membros e objetivos principais, bem como o histórico, vide: <http://www.frenteparlamentarpelavida.com.br/quem.php>. Acesso em 29.01.09.
- [80] SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. Ed. México: Porrúa, 1973, p. 284.
- [81] ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: 2005, p. 72.
- [82] Esse é o entendimento de Sarmento. Vide: SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO; PIOVESAN, op. cit., p. 45.
- [83] PESSINI, Leo. *Eutanásia: Porque abreviar a vida?* São Paulo: São Camilo/Loyola, 2004, p. 131-132.
- [84] LUCENA, Cintia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 245-247.
- [85] STEPKE, F. L. e DRUMOND, J. G. de F. *Fundamentos de uma antropologia bioética: o apropriado, o bom e o justo*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/ Loyola, 2007, p. 74-75.
- [86] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Working for health: an introduction to the World Health Organization*. Updated Edition. Geneva: WHO Press, 2007, p. 1-4.
- [87] *Ibidem*, p. 21.
- [88] PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: PEDRO, op. cit, p. 45.
- [89] LOPES, Ana Maria D’Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. In: *Revista Nomos* Fortaleza, v. 28, p. 15-34, jan./jul., 2008.1, p. p. 23.

