

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG

GISELE MACHADO ALECRIM

AUTONOMIA DA MULHER SOBRE O CORPO E INTERVENÇÃO ESTATAL

SOUSA

2013

GISELE MACHADO ALECRIM

AUTONOMIA DA MULHER SOBRE O CORPO E INTERVENÇÃO ESTATAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Pordeus Silva

Coorientador: Prof. Jailton Macena de Araujo

SOUSA

2013

GISELE MACHADO ALECRIM

AUTONOMIA DA MULHER SOBRE O CORPO E INTERVENÇÃO ESTATAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Eduardo Pordeus Silva

Coorientador: Prof. Jailton Macena de Araujo

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Orientador: Prof. Eduardo Pordeus Silva

---

Examinador (a) interno

---

Examinador (a) interno

Dedico a minha mãe, base de toda a  
minha vida, exemplo de força, humildade,  
dedicação, honestidade, luz e afeto.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, fonte de infinita misericórdia e bondade, obrigada por todo o teu amor, por sempre me amparar, por a força que me proporciona no decorrer de todos os meus dias.

A minha mãe Miraní, por estar ao meu lado em todos os momentos, pelo amor, pela força, pelo companheirismo e por ter feito do meu sonho um sonho também seu. Obrigada por tudo, por cada conselho, cada sorriso, por essa pureza infinita que te preenche e que me faz sentir a pessoa mais sortuda do mundo, por tê-la ao meu lado.

Ao meu irmão Geandro, por todo o incentivo prestado no decorrer dos meus dias, auxiliando de forma decisiva para a concretização desse sonho.

Ao meu pai Genivaldo, por existir.

A toda a minha família, seja de sangue ou mesmo de afinidade, vocês fazem parte dessa conquista.

A todas as minhas amigas e amigos, em especial a Antônia Carla, Suzana Martins, Rainily Garrido, Rafaela Patrícia, Mayara Arruda, Catia Moreira, Adriana Carvalho, Jourdávilla Diniz, Valéria, Alick Sulliman, Arilânia Vilar, Tamylla Elias, Jeane Moreira Rodrigo Leal, Carlinhos, Cassio e Cícero. Foi de grande importância contar com a presença de vocês, alegrando os meus dias em Sousa e incentivando na concretização desse sonho, levarei comigo um pouco de cada uma.

A Eduardo Pordeus, a quem tive o prazer de conhecer no início do curso e que desde então sempre auxiliou no meu crescimento acadêmico, instigando - me a produção científica e me presenteando com sua sabedoria sem tamanho. Um excelente orientador, faltam-me palavras para agradecer-lo por tamanha dedicação, paciência e carinho, sempre se colocando a disposição no decorrer de todo o trabalho.

A Jailton Macena tê-lo como coorientador foi um prazer enorme e não poderia ser diferente, sabendo de todo o teu desempenho e dedicação, tem uma enorme contribuição desde o início do curso, obrigada pelos ensinamentos, admiro-o bastante.

A Halana, Cléuma, Clébia, Alícia, pessoas que tive o prazer de reencontrá-las na família, obrigada pelo incentivo e fé que sempre depositaram em mim.

Ao pessoal da Casa do Caminho, por terem sido uma família, sempre me acolhendo nas minhas dúvidas e me fortalecendo com os ensinamentos da doutrina.

A Amanda Paiva e Maurício Cardoso, amigos de longas datas e que mesmo distante fisicamente, sempre que possível se fizeram presente, despertando em mim vários sorrisos.

A todos que de alguma forma participaram da arquitetura desse sonho, muito obrigada.

Mirem-se no exemplo  
Daquelas mulheres de Atenas:  
Geram pros seus maridos,  
Os novos filhos de Atenas.  
Elas não têm gosto ou vontade,  
Nem defeito, nem qualidade;  
Têm medo apenas.  
Não tem sonhos, só tem presságios.  
O seu homem, mares, naufrágios...  
Lindas sirenas, morenas.  
(CHICO BUARQUE E AUGUSTO BOAL)

## RESUMO

Este trabalho desenvolve as reflexões feitas em torno das transformações sociais no contexto dos direitos da mulher, considerando as implicações éticas oriundas dos avanços tecnológicos e do paradigma de intervenção estatal sobre o seu corpo e sobre a sua vontade. Sendo assim, correlaciona a bioética ao biodireito, promovendo o diálogo com a questão da biotecnologia, de modo a examinar as controvérsias existentes entre o ritmo acelerado das descobertas e os limites da cidadania e dos direitos fundamentais da mulher. Ato contínuo, com base na problematização acerca dos direitos da personalidade, discute os direitos sexuais e reprodutivos da mulher à luz da intervenção do Estado. Ademais, expõe, sucintamente, a evolução dos direitos da mulher, a atuação do movimento feminista, bem como a importância de se conferir uma nova roupagem aos seus direitos, no contexto da valoração da autonomia privada. Para a execução desta investigação, maneja-se o método de abordagem dedutivo, partindo da ideia geral de autonomia da mulher sobre as relações jurídicas sociais em face do seu próprio corpo, tendo em conta a avaliação de situações que põem em evidência os novos paradigmas da bioética e do biodireito. Utiliza-se o método de procedimento histórico, analisando, sucintamente, a evolução dos direitos das mulheres na história e a sua influência na sociedade, amparando-se, também, no método de procedimento comparativo, realizando comparações da influência e dos direitos da mulher no processo de evolução social. Com o manejo das técnicas de pesquisa de documentação indireta bibliográfica, fazendo um apanhado das obras existentes acerca do assunto abordado, bem como a pesquisa documental direta, consultando legislação pertinente à matéria. Há de se vislumbrar, pois, que mesmo diante dos preceitos relativos à autonomia da vontade da mulher, há de ser ponderada a sua aplicação ante a proteção à dignidade da pessoa humana, demonstrando-se que a concretização dos direitos da personalidade como forma de desenvolvimento da própria autonomia e consequente efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos que devem deter carga eficaz máxima.

Palavras-chave: Autonomia. Mulher. Biodireito. Estado. Conflitos de Direitos.

## ABSTRACT

This paper develops about the social transformations in the context of women's rights, considering the ethical implications originated from technological advances and the paradigm of the state intervention on their body and on their will. Thus, it associates bioethics to biolaw, promoting the dialogue with the biotechnology issue in order to examine the controversies existing between the rapid pace of discoveries and the boundaries of citizenship and fundamental rights of women. Thereby, based on the matter regarding to the rights of the personality, it discusses the sexual and reproductive rights of women pursuant to the state intervention. Moreover, it exposes briefly the evolution of the women's rights, the role of the feminist movement and the importance of giving a new lease of life to their rights within the context of the valuation of the private autonomy. In carrying out this research, it was used the deductive reasoning, based on the general idea of the women's autonomy on legal and social relationships over his own body, taking into account the situations which put in evidence the new paradigms of bioethics and biolaw. It was used the historical method, analyzing briefly the evolution of the women's rights in history and its reflection on the society. Also it was made use of the comparative method, making comparisons on the influence of the women's rights and the process of social evolution. Handling research techniques of bibliographic indirect documentation, it was made an overview of existing titles on the subject discussed, so as the direct documentary research, consulting the legislation concerning to this matter. It must be taken into account that, even facing the rules concerning to the women's freedom of choice, it must be given a second thought on its application therewith the protection of human dignity. So, the implementation of personal rights as a way of developing one's own autonomy and the consequent effectuation of sexual and reproductive rights are human rights and must be enforced massively.

Keywords: Autonomy. Woman. Biolaw. State. Conflicting Rights.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 – El Estado no Decide Aqui. ....	51
Ilustração 2 – Aborto é um Direito. ....	51
Ilustração 3 – Aborto Não.....	52
Ilustração 4 – Nascimento de anencéfalo. ....	54
Ilustração 5 – Religião e Aborto. ....	55
Ilustração 6 – Aborto: Justiça <i>versus</i> Religião.....	55
Ilustração 7 – Ela Vendeu a Vingindade. ....	56
Ilustração 8 – Leilão Catarina.....	57

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
2 BIOTECNOLOGIA: SEUS DESAFIOS À ÉTICA E AO DIREITO .....	13
2.1 Evolução Histórica e Princioplógica da Bioética .....	13
2.1.1 Princípios Norteadores da Bioética .....	18
2.2 Bioética Constitucional: a Dignidade Humana Como Conteúdo Ético dos Direitos Humanos .....	20
2.3 Critérios de Resolução entre Conflitos Princioplógicos .....	22
3 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS DICOTOMIAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER .....	27
3.1 Conceito e Contextualização dos Direitos Humanos.....	27
3.2 Dicotomia Entre os Direitos da Personalidade e os Direitos Fundamentais.....	30
3.3 A Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal.....	35
3.4 A Autonomia Privada Frente ao Estado Intervencionista .....	37
4 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER E INTERVENÇÃO ESTATAL: LIMITES DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS .....	42
4.1 Breve Historicidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher Como Direitos Humanos.....	42
4.2 Colisão de Direitos e o Papel do Estado Sobre a Vida .....	48
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho pretende discutir as possíveis melhorias proporcionadas pela biotecnologia, com o intuito de demonstrar a necessidade da atuação da bioética, servindo de base moral para a ponderação de limites entre a ciência e o desenvolvimento. Buscar-se-á explanar a importância do biodireito nesse âmbito, de modo a regular as relações sociais advindas do avanço tecnológico.

Diante do contexto social, marcado pelas crescentes inovações e mudanças contínuas de valores, é que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres merecem um olhar mais aprofundado, visto que, se encontram no envolver dos direitos da pós-modernidade, sem a garantia dos direitos da pré-modernidade.

Neste entrelaçar de situações surge o Estado como regulador das normas e propulsor da efetivação dos direitos fundamentais assegurados, seja de forma omissiva, de modo a não interferir na esfera individual, seja de modo comissivo com o fito de resguardar referidos direitos.

O biodireito está, intrinsecamente, ligado à promoção da vida humana, devendo agir juntamente com a bioética, alargando as fronteiras dos direitos humanos e fomentando o Estado Democrático de Direito. Falar de direitos humanos é tratar da própria emancipação humana, da liberdade, do fim da opressão e por consequência da efetivação do direito à vida digna.

Sendo assim, este trabalho, objetiva expor, criticamente, os direitos da personalidade à luz da bioética e do biodireito, relacionando o princípio da autonomia da vontade da mulher em face da intervenção estatal sobre o seu corpo especialmente avaliando, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher diante do paradigma do direito.

Para a execução desta investigação, será manejado o método de abordagem dedutivo, partindo da ideia geral de autonomia da mulher sobre as relações jurídicas sociais em face do seu próprio corpo, tendo em conta a avaliação de situações que põem em evidência os novos paradigmas da bioética e do biodireito. Utilizar-se-á o método de procedimento histórico, analisando, sucintamente, a evolução dos direitos das mulheres na história e a sua influência na sociedade, amparando-se, também, no método de procedimento comparativo, realizando comparações da influência e

dos direitos da mulher no processo de evolução social. Com o manejo das técnicas de pesquisa de documentação indireta bibliográfica, fazendo um apanhado das obras existentes acerca do assunto abordado, bem como a pesquisa documental direta, consultando legislação pertinente à matéria. Para tanto, a temática será desenvolvida com base na seguinte estrutura: O primeiro capítulo tratará dos desafios da biotecnologia para a ética e para o direito, abordando o avanço tecnológico e relatando brevemente a história da bioética de forma a explicar seus princípios norteadores, analisando-a de forma sistemática com a constituição em prol da efetivação dos direitos humanos, buscando sempre a harmonização principiológica.

No segundo capítulo será feita uma abordagem dos Direitos humanos apontando seu conceito e contextualização no decorrer da história. Serão analisados ainda os direitos fundamentais, realizando um estudo quanto as dicotomias dos direitos da personalidade da mulher, avaliando a autonomia desta diante do seu corpo e a intervenção estatal.

Já no terceiro capítulo é apresentada de forma sucinta a historicidade dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher como direitos humanos, versando sobre a colisão de direitos e o papel do Estado sobre a vida, no qual serão tecidas considerações críticas acerca da regulação estatal da autonomia da mulher, bem como das questões bioéticas pertinentes.

É de grande respaldo a contextualização de tudo que será abordado, para então se chegar a uma análise dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher em face da intervenção estatal.

## 2 BIOTECNOLOGIA: SEUS DESAFIOS À ÉTICA E AO DIREITO

Diante da revolução biotecnológica, surgem efeitos tanto na esfera moral como legal, dando ensejo a modificações em todos os setores do conhecimento. Tendo em vista que o sistema jurídico deve acompanhar as transformações para então regular a sociedade é que se faz importante analisar a relação existente entre a bioética e o biodireito.

Deste modo, o presente capítulo visa à elucidação dos desafios decorrentes da biotecnologia, incluindo seus aspectos legais e bioéticos, fazendo um apanhado sucinto da história da bioética e dos seus princípios.

### 2.1 Evolução Histórica e Princioplógica da Bioética

No decorrer do tempo e o com o surgimento das novas tecnologias, a bioética foi se desenvolvendo com o intuito de pautar as mudanças tecnológicas na moral.

Consoante definição de Amaral (1999, p. 36), a bioética é a disciplina que “[...] examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de respeitar os valores da pessoa humana.” No mesmo percurso conceitual, Leo Pessini esclarece que:

A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levamos pelas ciências biológicas, os quais não são primeiramente de ordem médica (1996, p. 11).

Ao se falar em bioética, tem-se em mente a questão da interdisciplinaridade, justamente porque o objeto de estudo da mesma abrange inúmeras áreas, tais como a biologia, a sociologia, a ecologia, a filosofia, dentre outras.

Sendo assim, a bioética se presta a realizar um estudo sistemático da conduta humana, examinando-a a luz dos aspectos morais, especialmente

realizando o controle positivo por meio de princípios, que, a despeito de não dotarem de poder coercitivo, facultam o desenvolvimento das descobertas científicas.

Justamente a partir dessas discussões, Vieira (1999, p. 21) entende que a bioética “[...] prioriza a proteção ao ser humano e sua dignidade, na medida em que a ciência deve existir como esperança e não como ameaça a vida”. Com base nesse mesmo argumento de respeito à vida, Espinosa (1998, p. 20-23) aduz, peremptoriamente, que a referida disciplina:

É personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e à dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades. (1998, p. 20-23)

Há outros estudiosos, notadamente os juristas, que focam suas críticas a partir do tratamento da bioética enquanto instrumento em favor da ciência e da vida humana, a exemplo do que assevera Loureiro (2009, p. 5), porquanto afirma que “[...] um dos maiores desafios do século XXI será a busca do equilíbrio entre bioética e direito, ou, até mais, bioética e justiça, porque a bioética é ramo do conhecimento recente, que remonta aos anos cinquenta do século XX”.

Daí porque se vislumbra, claramente, a base principiológica da bioética, em particular e tendo em vista da ausência de coercitividade é que se faz necessário o tratamento jurídico sistematizado, a fim de se estabelecer normas cogentes para delimitar as ações humanas que, provavelmente, venham de modo efetivo, a vulnerar ou ameaçar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Eis as considerações de Loureiro (2009, p. 7), no sentido de conferir respeito efetivo ao sistema jurídico, pois: “[...] a dignidade da pessoa humana implica concluir que o ser humano é a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico, e é considerada como base na discussão bioética dos avanços científicos”.

Desta feita, o ser humano deve ser visto como pilar para qualquer reflexão em que pese tratar sobre questões bioéticas, sendo ele o beneficiado e não o utilizando para beneficiar interesses econômicos ou quaisquer outros que divergem da valorização humana.

Daí se poder falar em biodireito, conforme as reflexões de Loureiro, ao asseverar que:

Ainda que se entenda que todo o direito esteja relacionado ao homem e, portanto, pressuponha a vida, consagra-se o vocábulo em questão, no sentido de ser o conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas que envolvam a vida (2009, p. 8).

Complementando o significado do biodireito, Sauwen e Hryniewicz explicam que o biodireito trata-se de: “[...] uma área nova do direito que tem o compromisso de, com a normatização adequada, manter a real validade da principal divisão do Código Civil: direito das pessoas e das coisas (2000, p. 21)”.

Loureiro pontua, ainda, que a ligação entre a bioética e o biodireito, pode ser expressa da seguinte maneira:

Por um lado, a bioética tenta abrir novos caminhos para a discussão e a tomada de decisão numa sociedade pluralista e secular, na qual os referenciais religiosos e as escalas de valor não são mais objeto de consenso. Por outro lado, o direito implica valores dominantes na sociedade, por isso a lei sempre é invocada para organizar a conduta humana, no respeito e promoção dos valores que servem como base para a civilização. (2008, p. 9)

Neste contexto, a bioética para ter eficácia, necessita da atuação do biodireito, pois se faz necessária a intervenção do direito diante das ocorrências dos fatos. Sendo assim, a ordem jurídica e a ordem moral devem andar lado a lado. Para Vila-Coro a bioética:

[...] propõe limites à biotecnologia e a experimentação científica em seres humanos, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como prioridade sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se. Portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da bioética. Necessário por isso que as normas sejam jurídicas, e não apenas éticas, pois somente seu caráter coercitivo impedirá ao cientista sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos. (1995, p. 21-22)

O que se verifica é uma união entre os princípios da bioética e a normatização do direito, tendo este poder coercitivo. Ademais, entende-se que o direito não pretende retardar o processo de evolução das ciências, mas sim limitá-lo para que este não fira o disposto na Constituição Federal, no tocante ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros direitos.

É nesse percurso que, de acordo com Diniz (2006, p. 9), o biodireito teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Como assevera Pessini (2008, p.22) foi em 1927, na Alemanha, que um pastor, filósofo e educador chamado Fritz Jahr<sup>1</sup>, publicou em um periódico denominado “Kosmos” em um artigo “*Bio-ethics: A review of the ethical relationships of humans to animals and plants*” que em português significa “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”.

No entanto, o termo bioética, no sentido conceitual e de forma mais aprofundada, foi utilizado pela primeira vez pelo oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, mencionando o neologismo bioethics (bioética) em 1970. De acordo com ele, a bioética é a ciência da sobrevivência humana. Pessini, no seu livro *Bioética*, cita a contracapa do livro *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: ponte para o futuro) de autoria de Potter, que assim expressa:

Essa nova ciência, a bioética, combina o trabalho dos humanistas e cientistas, cujos objetivos são sabedoria e conhecimento. A sabedoria é definida como o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social. A busca da sabedoria tem uma nova orientação porque a sobrevivência do ser humano está em jogo. Os valores éticos devem ser testados em termos de futuro e não podem ser divorciados dos fatos biológicos. Ações que diminuem a chance de sobrevivência humana são imortais e devem ser julgadas em termos do conhecimento disponível e no monitoramento de parâmetros de sobrevivência que são escolhidos pelos cientistas e humanistas (PESSINI, 2008, p. 20).

Ainda Pessini ao tratar sobre Potter observa que:

---

<sup>1</sup> Maximizando o imperativo moral de Kant “[...] de tal modo que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa dos outros, sempre como fim e não como simples meio”, Jahr propôs o imperativo bioético o qual leva em consideração todas as formas de vida e se resume na máxima “Respeite todo ser vivo como princípio e fim em si mesmo e trate-o, se possível, enquanto tal”. Desde 1992 são realizados congressos a cada dois anos sob o foco da bioética, poder e injustiça, por meio da IAB (Associação Internacional de Bioética). No âmbito nacional tem a SBB (Sociedade Brasileira de Bioética).

<sup>2</sup> Para Leite e Sarlet (2008, p. 33-38), a dignidade “implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves

O oncologista pensava na bioética como uma ponte entre a ciência biológica e a ética. Sua intuição consistiu em pensar que a sobrevivência de grande parte da espécie humana, numa civilização decente e sustentável, dependia do desenvolvimento e manutenção de um sistema ético (2008, p. 21).

Desta maneira, foi em 1970, com a publicação do livro *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: ponte para o futuro) por Van Rensselaer Potter e a criação do Instituto Kennedy de Ética na Universidade Georgetown em 1971, por André Hellegers, que se teve início ao termo, dotado de um sentido aprofundado, e ao conceito de bioética. A *Enciclopédia de bioética*, em 1978, citada por Pessini (2008, p. 21), abordava, muito limitadamente, o termo bioética, considerando-a como “[...] o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e da saúde, enquanto esta conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”.

Uma linha de reflexão bioética que se vem fortalecendo é a chamada bioética personalista, que já conta com sua FIBIP (Federação Internacional de Centros e Institutos de Bioética de Inspiração Personalista). (...) Algumas tarefas urgentes da bioética personalíssima são apontadas, entre as quais está a defesa do conceito de dignidade humana. O conceito de dignidade humana foi o centro inspirador da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) (PESSINI, 2008, p. 26 - 27).

A FIBIP, organizadora de congressos internacionais, no ano de 2006, realizou na Espanha, um congresso sobre a dignidade da pessoa humana e o bem comum, conforme exposto a seguir:

A dignidade humana é digna de respeito absoluto, pelo mero fato de ser pessoa, ou seja, pelo fato de ser um membro da família humana. A dignidade da pessoa não se atribui, se reconhece; não se outorga, se respeita. Está escrita no interior de todo ser humano: não depende do seu estado de desenvolvimento, de sua saúde, de suas qualidades e capacidades, nem sequer de seus comportamentos. Todo ser humano, em qualquer estado e condição, é uma unidade indecifrável de corpo e espírito, aberto ao horizonte do infinito, capaz de interrogar-se sobre o sentido último de sua existência, de transcender a si mesmo e até abrir-se ao ser infinitamente transcendente de Deus (PESSINI, 2008, p. 27).

Evidentemente, é preciso que seja aprofundada a abordagem da bioética enquanto teoria que condiciona as novas relações entre o ser humano e a evolução tecnológica, para tanto, serão abordados no tópico seguinte os princípios que a

norteiam, quais sejam: o princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência, o princípio da autonomia, o princípio da alteridade e o princípio da justiça.

### 2.1.1 Princípios Norteadores da Bioética

Ao se reportar ao conceito de bioética, tem-se que seu objeto de estudo são as relações sociais e as condutas sócioindividuais, de forma que as condutas devem se pautar em princípios morais. Desse modo, serão abordados sucintamente, cada um deles.

Como o próprio nome já sugere, o princípio da beneficência se resume na promoção do bem, evitando prejuízos para o paciente, cumprindo o real fim da medicina, qual seja trazer benefícios e fomentar na realização da justiça social.

Assim, o ser humano deve ser respeitado e a medicina deve trabalhar para evoluir no seu sentido social, antropológico, para evitar a instrumentalização do homem.

Pereira e Silva (2003, p. 12) explica que “os princípios da beneficência e da não-maleficência são desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do embrião no âmbito biomédico”.

No tocante ao princípio da autonomia, este nada mais é do que um reflexo da autodeterminação humana e do livre convencimento, prezando pela liberdade individual. Assim, seria a aliança entre médico e paciente, o conhecimento dos meios disponíveis para determinado tratamento e o fins necessários, podendo o paciente agir de acordo com sua vontade.

Todo trabalho de conscientização e ação em defesa da vida humana deve ser pautado por uma antropologia que não reduza a pessoa a aspectos meramente biológicos, psicológicos ou sociais, mas que contemple aquela dimensão especificamente humana que caracteriza a pessoa como um ser-que-decide e como um ser responsável. (Texto-base da Campanha da Fraternidade de 2008, apud PESSINI, 2008, p. 46)

O princípio da não-maleficência seria uma ratificação do princípio da beneficência, onde, ao mesmo tempo que se deve buscar o bem-estar, não se deve

praticar mal algum à pessoa humana. Corrobora o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que preleciona que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, bem como com o disposto no inciso IX do mesmo artigo ao mencionar que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, não é absoluto, pois a ciência não pode ferir a dignidade da pessoa humana e nem submeter o homem a sofrimentos injustos.

Como assevera Loureiro (2009, p. 15):

[...] se houver conflito entre a livre expressão da atividade científica e o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, este deverá prevalecer, pois é o fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art.1º, inciso III, da Constituição Federal.

Tem-se ainda o princípio da justiça ou da equidade. No contexto da proteção humana, nos termos da bioética, o princípio da justiça é compreendida na sua acepção distributiva, pois como disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais, sendo assim, seja qual for à raça, religião, situação econômica, todos tem direito a assistência médica quando preciso for.

O princípio da alteridade, como o próprio significado do termo alteridade já se refere, significa em sua máxima respeitar o outro como assim o quer que ele o respeite. De forma sintética, Barreto (2008, p. 41-75) explica que:

Os princípios são referenciais de três campos de atuação distintos, ainda que referidos ao mesmo objeto, qual seja, a pessoa humana. Os princípios servem para privilegiar um dos aspectos médico-paciente [...]. Vemos, então, como os princípios da bioética exigem uma necessária complementariedade, que possa cobrir o vácuo normativo em que se encontra a normatividade social relativa às ciências da vida e suas tecnologias.

Nesse aspecto, é de salutar importância que os princípios da bioética sirvam como sustentáculo de todo o biodireito, de modo a preencher as lacunas normativas, buscando sempre resguardar os valores sociais dentro da perspectiva da dignidade humana.

## 2.2 Bioética Constitucional: a Dignidade Humana Como Conteúdo Ético dos Direitos Humanos

Ao se falar em bioética constitucional, se busca destacar no texto constitucional o que há disposto sobre os problemas bioéticos. O artigo 5º, IX, da Constituição Federal trata da liberdade científica, sendo que esta não pode ser absoluta, devendo ser limitada no momento em que for de encontro com outros bens também constitucionalmente tutelados.

O ordenamento jurídico possui inúmeras lacunas quando se trata de bioética e biotecnologia e é na Constituição Federal que se deve buscar respostas quando se há lacuna legislativa devido ao caráter aberto das normas principiológicas integrantes de sua estrutura.

Deste modo, a Bioética Constitucional apresenta-se como um subsistema normativo presente na Constituição, que busca tutelar a qualidade de vida e a dignidade humana em face do desenvolvimento científico e tecnológico. Urge ressaltar que há autores que preferem falar de Biodireito Constitucional ou Bioconstituição (DANTAS, apud LEITE; SARLET, 2008, p. 53).

Um dos valores existentes na Constituição, considerado supremo é a dignidade da pessoa humana. Ao se analisar o rol de direitos e garantias assegurados é visível que é da dignidade que flui os demais valores.

A Constituição Federal ressalta a importância do respeito à dignidade humana nos demais aspectos, em seu artigo 1º, inciso III, a considera como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 170, caput, como finalidade da ordem econômica e financeira, entre tantos outros momentos no decorrer do texto constitucional.

Neste aspecto Leite e Sarlet (2008, p. 55) afirmam que o avanço tecnológico deverá buscar não apenas a manutenção da vida ou o seu prolongamento, analisando sob o prisma quantitativo, mas deverá perseguir a manutenção ou prolongamento com qualidade, ou seja, com dignidade.

A dignidade é vista sob vários aspectos. Alguns doutrinadores traçam uma distinção entre dignidade humana e dignidade da pessoa humana, alegando que aquela seria a dignidade reconhecida a todos os seres humanos,

independentemente de sua condição concreta, já esta, seria a dignidade no contexto de um desenvolvimento tanto social quanto moral.

Para outros, a exemplo de Niklas Luhmann (apud LEITE; SARLET, 2008, p. 30), a dignidade é algo a ser alcançada por meio de uma conduta autodeterminada de uma construção da própria identidade. Tal conclusão não condiz com o estado constitucional democrático de direito, pois também aquele que nada presta para si ou para a coletividade, continua a ter dignidade e a merecer respeito e proteção.

Partindo do citado “equivoco de Luhmann”, sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplici, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação (LEITE; SARLET, 2008, p. 30).

Analisando as dimensões da dignidade<sup>2</sup>, tanto no seu aspecto assistencial como no aspecto referente a autonomia, em algumas situações um aspecto pode prevalecer sobre outro, conforme a transcrição abaixo:

Assim, de acordo com Martin Koppernock, a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da medicina e da bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido) (LEITE; SARLET, 2008, p. 30-31).

---

<sup>2</sup> Para Leite e Sarlet (2008, p. 33-38), a dignidade “implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças.”. Kant (2004, p.58) colaborou consideravelmente para as discussões acerca da pessoa humana, informando que ser humano não poderia jamais ser tratado como objeto, constituindo o homem um fim em si mesmo e não pode servir de forma arbitrária como meio para satisfação desta ou daquela vontade. Nesse mesmo sentido Leite e Sarlet concluem: Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (LEITE; SARLET, 2008, p.35-36)

Silva (2003, p. 105) refere-se à dignidade da pessoa humana como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

O reconhecimento e a consideração da dignidade humana apresentam-se como o fundamento dos direitos fundamentais, inclusive como fundamento do direito à vida, devendo o princípio da dignidade humana, portanto, também dirigir a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. (BOCKENFORDE, 2008, p. 61).

Na presença dos avanços tecnológicos, é, indubitavelmente, necessária uma abertura da Constituição a Bioética, com o intuito de oferecer respostas às inovadoras situações. O direito como instrumento de efetivação da dignidade humana não pode diante dessas situações, negar um tratamento jurídico.

Com a alteração dos fatos na sociedade, devido aos avanços tecnológicos, surge a necessidade de mudança nas normas, realizando alterações na Constituição para que a mesma se encontre atualizada, efetiva e abrangendo a dignidade da pessoa humana mesmo diante de tantas mudanças tecnológicas, gerando a reanálise dos valores constitucionais à luz de um novo tempo, onde as inovações terão além de uma justificação moral, uma justificação jurídica.

### 2.3 Critérios de Resolução entre Conflitos Principiológicos

A Constituição Federal é regida pelo princípio da unidade, o que significa que o texto constitucional deve ser interpretado de forma sistemática, uno, buscando-se a harmonia entre tudo que ali encontra disposto, visto que:

A Constituição não configura um simples repertório de normas isoladas, traduzindo antes um sistema unitário, cujos elementos são interdependentes. Assim, a busca dos limites e significados de cada princípio tem de considerar também as outras normas e valores plasmados na Lei Fundamental (SARMENTO, 2001, p. 38).

A doutrina denomina de “limites imanentes” a abrangência do campo normativo dos princípios, sendo a fronteira externa dos direitos fundamentais. O

conflito será assim determinado quando ocorrer uma situação concreta e esta contiver mais de um direito fundamental, afrontando assim esses “limites imanentes”<sup>3</sup> pertencentes a cada um.

Importante se fazer uma breve distinção entre regras e princípios. Dworkin (2001, p. 130) fez essa diferenciação, esclarecendo que as normas se dividiam em princípios e regras, ou seja, todas no âmbito do “dever ser” e que tal distinção é lógica, pois as regras se aplicam em um modo de tudo ou nada, caso os fatos enunciados por uma regra se concretizem, então ela é válida, caso contrário, não é, já os princípios possuem uma dimensão diferente, relacionada ao peso ou a importância.

Alexy (1997, p. 162) utilizando da diferenciação já exposta tenta sofisticar o pensamento de Dworkin, afirma “que o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto as regras tem o caráter de mandados definitivos” (tradução da autora). Assim, para ele, a satisfação de um princípio se dá de forma gradual, dependendo tanto das possibilidades fáticas como jurídicas, diferentemente das regras, pois estas possuem uma adequação ou não, de forma que não podem ser graduadas, ou ela é válida em um determinado caso ou não é. Afirma que a distinção entre princípios e regras não é de grau, mas sim, qualitativa.

Não deixa de haver conflitos entre os princípios se estes por possuírem uma estrutura aberta e flexível, diante da situação concreta, não são tão passíveis de limites, assim se faz necessário uma análise de como ponderá-los. Existem alguns critérios utilizados tradicionalmente em caso de antinomias entre regras, são eles, o cronológico, o hierárquico e o de especialidade.

---

<sup>3</sup> São exemplo de “limites imanentes” os seguintes: Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? [...] Nestes, como em muitos outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais. É que o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício de direito fundamental, é a própria constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação. (ANDRADE apud SARMENTO, 2001, p.39)

Devido ao fato de as normas constitucionais serem editadas em um único momento, exceto as emendas constitucionais, não há como resolver qualquer antinomia pelo critério cronológico nesse caso ele é ineficaz.

O critério da especialidade se encontra praticamente sem efetividade nesse caso, tendo em vista que ele é aplicável no caso em que se encontra em antinomia norma de caráter geral e outra de caráter especial.

Já o critério hierárquico não resolverá nenhuma antinomia, razão porque os princípios encontram todos dispostos de forma expressa ou implícita na constituição, estão todos na mesma hierarquia, não havendo primazia absoluta de nenhum sobre os demais.

Demais, é bem de ver que a inexistência de hierarquia absoluta entre as normas radicadas na Lei Fundamental configura corolário inafastável do princípio da unidade da Constituição, pois, como observou Canotillho, a pretensão de validade absoluta de certos princípios acarreta o sacrifício completo de outros, com o conseqüente comprometimento da unidade normativa da Lei Maior (SARMENTO, 2001, p. 44).

Como exposto nenhum dos critérios resolvem por completo as antinomias existentes entre os princípios constitucionais, sendo necessário a utilização de outro método, pois, como afirma Alexy, em caso de colisão de princípios será utilizado outro método de solução, diferente do usado em regras, qual seja, a ponderação.

Alexy (2008, p. 93-94) observa, que se dois princípios colidirem, um deve ceder, o que não significa que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que seja introduzida uma cláusula de exceção, simplesmente, diante de determinadas condições, um princípio tem precedência sobre o outro, assim, aquele que possuir maior peso deve prevalecer naquela situação. Para ele, quanto maior o grau de não satisfação ou de limitação de um princípio, maior a importância que deve ser dada a satisfação do outro. Os princípios são dotados de um valor e este varia a cada caso concreto, diante dos valores que se encontram em choque. Por esse motivo, a ponderação dos princípios deve acontecer por meio de uma análise aprofundada e levando em consideração o peso que cada um possui.

Assim sendo, diante da situação concreta a qual originou o conflito, deve o aplicador do Direito realizar a ponderação, tendo por fim chegar a um equilíbrio,

onde a parte restrita a cada um seja a porção mínima necessária a inter-relação e sobrevivência com os demais.

Na fase de ponderação de bens, se faz mister utilizar do princípio da proporcionalidade, para se realizar restrições proporcionais entre os princípios, sem adentrar de forma exagerada em nenhum, para não gerar a absoluta preponderância de algum deles.

A doutrina subdivide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, são eles, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação exige que as medidas adotadas tenham aptidão para se chegar aos resultados almejados pelo legislador. O da necessidade impõe ao legislador que quando se deparar com vários meios aptos a obtenção de determinado fim, escolha o menos gravoso. Já o da proporcionalidade em sentido estrito, faz a ponderação entre os efeitos positivos e os ônus de determinada norma.

Desta forma, a ponderação de bens se realiza por meio do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A teoria da ponderação de bens é objeto de várias críticas, apesar da aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência.

Em síntese, utilizam-se mais de três argumentos. O primeiro refere-se a relativização que os direitos fundamentais sofreria, tendo em vista que se tornariam subordinados a “reserva de ponderação”. O segundo argumento, recai sobre a margem de discricionariedade na eleição dos princípios que devem ser mantidos a cada caso concreto, assim, o juiz utilizaria de métodos desprovidos de qualquer racionalidade, caracterizando a parcialidade, a arbitrariedade. O terceiro alega que o método da ponderação de bens outorgaria excessivo poder ao Judiciário em detrimento do Legislativo, pois estaria o juiz valorando os princípios, realizando assim opções políticas, realizando a função do Legislativo.

O primeiro argumento, relativo ao suposto “esvaziamento” dos direitos fundamentais, não procede, pois o método de ponderação de bens tem justamente a preocupação de evitar a possibilidade deste fenômeno, que decerto ocorreria caso se adotasse uma hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. [...] a hierarquização absoluta dos princípios tornaria quase letra morta os cânones que o intérprete, por predileção pessoal, situasse em um escalão mais baixo. (SARMENTO, 2001, p. 68-69)

Como demonstrado a relativização dos princípios nada mais faz que ajudar na harmonização dos mesmos, ajudando na solução das antinomias. O segundo argumento tem fundamentação, não há como negar que com a ponderação dos bens, há a discricionariedade do julgador e por conseguinte fere a segurança jurídica. No entanto esse é o único meio e tal insegurança tende a desaparecer com cristalização de respostas aos conflitos que surgiram.

O terceiro argumento também não se sustenta, tendo em vista que a ponderação dos bens ao ser aplicada, nada mais se estará fazendo que aplicando o disposto na Constituição Federal ao caso concreto e isso é função do judiciário.

No Brasil, não é tão utilizada a teoria da ponderação dos bens, pois predomina o entendimento que se deve presar pela exegese sistemática. Ademais, tal método acaba por causar receios, por partir para uma valoração subjetiva por parte do julgador.

Quando se fala sobre os direitos sexuais e reprodutivos, a intervenção estatal e a autonomia da vontade da mulher sobre o seu corpo, acontece justamente um confronto é neste sentido que a ponderação dos bens, aplica-se, perfeitamente, a situação em estudo.

### 3 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS DICOTOMIAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER

Antes de comentar a possível dicotomia existente entre direitos humanos fundamentais e os direitos da personalidade, é necessário abordar, ainda que sucintamente, os aspectos conceituais a respeito dos direitos da pessoa humana e sua evolução ao longo do tempo. Para tanto, este capítulo correlaciona tais direitos frente à intervenção estatal de modo a destacar a autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo, como efetivação da dignidade da pessoa humana, pois esta assume, em conjunto com a liberdade e a igualdade um papel central na ordem jurídica.

#### 3.1 Conceito e Contextualização dos Direitos Humanos

A doutrina dos direitos do homem teve início com a doutrina dos direitos naturais, os quais surgiram na Antiguidade, pois desde lá existia a ideia que a pessoa humana possuía direitos natos, não estabelecidos pelos homens, mas ofertados a estes pelos deuses.

Os direitos do homem são também conhecido por direitos humanos, tais direitos são unos e indivisíveis tendo como prerrogativas a efetivação da dignidade da pessoa humana. Canotilho (2004, p. 393) salienta que os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto que os direitos fundamentais seriam garantidos e limitados no espaço e no tempo, revelando ainda que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, que já desde últimos devem se excluídos os de matiz político e aqueles direitos a prestações, por não ser relacionarem com a dimensão existencial da subjetividade humana.

A Declaração de 1789 dos Direitos do Homem e do Cidadão foi a responsável pela consagração dos direitos humanos, mantendo influencia nas demais declarações editadas até a Primeira Guerra Mundial. Era composta por 17 artigos

que previam, entre outros, os seguintes direitos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, legalidade e liberdade religiosa.

Entre tantas outras teorias, Moraes (2003, p. 34), considera relevante três delas, para a explicação dos direitos humanos fundamentais, quais sejam: a teoria jusnaturalista, a positivista e a moralista conforme se explica a seguir.

Para a primeira os direitos fundamentais estão em uma ordem superior, inderrogável e imutável, dessa forma, os direitos fundamentais não são uma criação do legislador, não podendo desaparecer por sua vontade. Os direitos humanos independem ou não de estarem positivados, já os direitos fundamentais são prerrogativas positivadas nas Constituições. Assim é o pensamento de Faria (1958, p. 51), expondo que é “[...] da personalidade humana e de sua eminente dignidade que decorrem os direitos do homem, direitos naturais, inalienáveis e que não podem ser negados ou restringidos por ninguém”.

Já a teoria positivista fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa, só aceitando aqueles devidamente positivados. Para a teoria moralista a fundamentação dos direitos humanos é encontrada na própria experiência moral de um povo.

Aludidas teorias devem coexistir, conforme esclarece Moraes,

[...] somente na consciência social (teoria moralista) baseada em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais encontram substrato para reconhecerem a existência de direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista) (2003, p. 34-35).

Em 1948 foi proclamada e adotada pela Resolução da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo assinada pelo Brasil, a qual reconhece a dignidade como inerente a todos os seres humanos e como fundamento da paz, da justiça e da liberdade no mundo.

Como o próprio termo já diz, foi apenas uma declaração, porquanto os direitos não foram instituídos ou criados, com o intuito de proteger os direitos do homem contra atos do governo e instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais. Por mais que os direitos humanos sejam historicamente datados, não são criações históricas, tal cronologia serve apenas para demonstrar sua ascensão a consciência ética da humanidade.

Ora, o fato de ser uma declaração, remete a uma preexistência, são direitos naturais, derivados da natureza humana e por consequência são do Homem, indistintamente.

A Constituição Federal de 1988, em sua sistemática, subdivide os direitos fundamentais<sup>4</sup> em individuais, coletivos, sociais, políticos, de nacionalidade e dos partidos políticos. Não basta apenas o reconhecimento dos direitos humanos pela constituição, se faz necessário também garanti-los.

Para José Afonso da Silva (apud SILVA; CASTRO, 2011, p. 220-221), as garantias dos direitos fundamentais podem ser gerais e constitucionais. As gerais são destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais se referem à organização da comunidade política, que favorecem o exercício dos direitos fundamentais. Sendo dessa forma, a estrutura de uma sociedade que caminha para a concepção do Estado Democrático de Direito.

Já as garantias constitucionais, são as instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais, e podem ser de dois tipos: a) garantias constitucionais gerais: instituições constitucionais de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; e b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais estatuindo técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial.

Estas garantias servem como imposições positivas ou negativas ao Poder Público, para assegurar a observância ou a reintegração dos direitos fundamentais, sendo assim uma limitação ao estado, como assevera Pieroth e Schlink (2012, p. 67), “os direitos fundamentais tem uma função jurídico-objetiva pelo fato de limitarem a margem de atuação e de decisão do Estado”.

---

<sup>4</sup> Historicamente os direitos fundamentais são vistos para fins didáticos sob o aspecto de gerações, tal proposta foi feita em 1979 por Karel Vasak, que de forma resumida assim foi apresentada: direitos da liberdade (1.ª geração), direitos da igualdade (2.ª geração) e direitos da fraternidade (3.ª geração). No entanto tal classificação, acabou por gerar a falsa idéia de distanciamento e desconexão entre tais direitos, por isso alguns doutrinadores optam pelo termo dimensão e não geração, pois eles existiram mutuamente, sem precisar esgotar um para surgir o outro.

Loureiro (2009, p. 68) expõe que os direitos declarados são naturais por derivarem da natureza humana; abstratos; pertencentes ao homem; imprescritíveis, não se perdendo com o tempo por se prenderem a natureza imutável do ser humano; inalienáveis, por não haver a possibilidade de abrir mão da sua própria natureza; individuais, porque cada ser humano é um ente perfeito e completo e universais por pertencerem a todos os homens.

Para Canotilho, os direitos fundamentais têm:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (1993, p.373).

É por meio da positivação desses direitos que qualquer cidadão pode exigir a sua efetivação através do Poder Judiciário, concretizando a sua democracia e por consequência a sua dignidade humana.

### 3.2 Dicotomia Entre os Direitos da Personalidade e os Direitos Fundamentais

Os direitos humanos são complementares, apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade de forma progressiva, devem ser considerados em sua relatividade uns com os outros, a fim de realizar seu potencial revolucionário, evitando sacrificar um em detrimento dos demais.

No entanto, em vista o caráter humanitário dos direitos humanos, não há que os relativizar ou mesmo os ignorar diante de determinada cultura. Assim, atos degradantes, que não respeitam a dignidade da pessoa humana, independentemente de estarem em consonância com a cultura, são atentatórios aos direitos humanos.

Por mais que existam zonas de intersecção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, não são sinônimas. Para tanto, a possível dicotomia entre esses direitos tem origem nos distintos ramos do Direito onde estão positivadas suas

normas, sendo que os direitos da personalidade no Direito privado e os direitos fundamentais no Direito público.

Outro critério a diferenciar tais direitos é pela posição dos sujeitos, o Direito público constitui e organiza o Estado e outros entes públicos regulando as suas atividades pelo poder de império, enquanto que o Direito privado regula as situações envolventes de sujeitos em posição de paridade, incluindo até mesmo o Estado. Neste aspecto, Mazur (2012, p. 27-28) ressalta que o Direito privado não pode ser considerado o “direito dos egoísmos individuais”, e o direito público não pode ser considerado o direito das forças de dominação, sendo corolários da ordem unidade da ordem jurídica, por consequência complementares e indispensáveis entre si.

Nas relações jurídicas, independentemente da esfera normativa se encontram presentes os bens da personalidade, em tal contexto a personalidade é objeto de todas as formas de direito, seja identificada com os direitos, com as obrigações ou até mesmo como pressuposto.

A personalidade não é um direito, mas sim a base de irradiação de direitos e obrigações. Ao se tratar sobre personalidade, se recorre à ideia de “ser capaz de direito.” Corroborando com tal entedimento, manifesta-se Cupis (1961, p. 17) esclarecendo que os direitos de personalidade dão conteúdo essencial à personalidade e por isso são qualificados como direitos essenciais, onde sem eles a personalidade restaria uma suscetibilidade irrealizada, destituída de valor concreto.

Diferentemente dos outros bens tutelados pelo direito, os direitos de personalidade tem por bens tuteláveis, objetos não exteriores ao sujeito e que não se confunde com a pessoa do sujeito.

Para Reis (2001, p. 7), a pessoa se qualifica pela sua identidade, que se encontra configurada na sua personalidade. Deste modo, o Código Civil ao considerar no art. 2º que todo homem é sujeito de direitos e obrigações, assegura proteção a todas as pessoas na efetivação dos seus direitos. Considerando a ideia geral e restrita, ou seja, deve-se respeitar todos e cada um de uma sociedade.

A doutrina majoritária considera os direitos de personalidade como poderes que o indivíduo exerce sobre sua pessoa, evocando os princípios da liberdade e da autonomia, se autodeterminando.

Pinho (2005, p. 307) esclarece que os direitos de personalidade são “resguardados a partir do momento em que surge o ser humano, pois nesse instante

o mundo jurídico já lhe garante proteção mesmo não tendo esse adquirido ainda o status de pessoa, o que ocorrera quando de seu nascimento. Para Limongi França, os direitos de personalidade constituem o conjunto de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”. Nesta perspectiva, esclarece Pontes de Miranda:

Direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registro do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já esse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal (2000, p. 31).

Alguns afirmam que os direitos da personalidade são absolutos, gerais, intransmissíveis, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, inexpropriáveis e ilimitados.

Assim sendo, os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*, ou seja, tem-se aí uma obrigação universal, em que todos devem respeitar as faculdades do sujeito. No entanto não se pode falar que são absolutos, tendo em vista que existe uma ordem moral e jurídica que acaba por limitá-los.

Como assevera Rogel Vide (1985, p. 48), os aludidos direitos são extrapatrimoniais porque constituem “bens ideais, não patrimoniais, que representam um interesse do mesmo tipo, estranho ao patrimonial e fora do comércio dos homens e não avaliável em dinheiro”. No entanto, excepcionalmente, estes direitos podem ter substrato pecuniário. São indisponíveis, pois o sujeito não possui a faculdade de realizar um ato que venha a dispor do direito, diversamente dos direitos patrimoniais, que faculta ao titular a disposição da coisa de forma gratuita ou onerosa.

A sua intransmissibilidade esta intrinsecamente ligada a sua indisposição, pois como assevera Rogel Vide (1985, p. 50) a faculdade de transmitir não é senão um aspecto concreto da genética de dispor.

A respeito da irrenunciabilidade, Barreto (apud HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 77) afirma que:

A inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de leis naturais; qualquer ato ou negócio jurídico que

cogitasse da transferência de quaisquer destes atributos personalíssimos e inalienáveis constituiria atentado contra a ordem natural das coisas e seria, por isso, absolutamente nulo, de pleno direito, por impossibilidade física objetiva.

Como não há possibilidade de transmissão, de disposição e muito menos de patrimonialidade, não se pode falar em expropriação, assim, são inexpropriáveis.

Sua imprescritibilidade decorre do fato de serem inerentes à pessoa, sendo assim é impossível a aplicação da prescrição extintiva. Ademais são ilimitados, pois não há como dizer que eles se encontram elencados taxativamente no art. 5º da Constituição Federal, não sendo assim *numerus clausus* e sim *numerus apertus*<sup>5</sup>.

Esclarece Diniz, citando Telles Júnior:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens(2003, p. 119).

No ordenamento jurídico brasileiro a personalidade surge com o nascimento com vida, embora ressalvados os direitos do nascituro desde a concepção e cessa com a morte real ou presumida.

Os direitos da personalidade no Brasil encontram no direito Civil seu âmbito normativo primário, assim sendo as normas dispostas no Código Civil guarnecem os meios primários de vinculação dos particulares, sem precisar recorrer permanentemente ao texto constitucional para sua efetivação.

Segundo Bittar (2004, p. 1), os direitos de personalidade são aqueles “reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.

---

<sup>5</sup> Assim, Barreto (In: Hammerschmidt, 2008, p.113) esclarece que a[...] identificação desta característica é contemporânea e coerente com a concepção da existência não de um único direito geral, mas de tantos direitos específicos da personalidade quantos lograssem acolhida na consciência da sociedade e paulatino reconhecimento e tutela da ordem jurídica e legal. Segundo Bitar (2004, p.23) os direitos da personalidade, “são [...] os direitos naturais ou inatos, imposteráveis, anteriores ao Estado e inerentes à natureza livre do homem”.

Gomes (2003, p. 243) esclarece que são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

Os direitos da personalidade são motivos de debate entre os doutrinadores, em relação a sua natureza de serem ou não direitos naturais, inerentes ao ser humanos e por consequência não taxativos e ilimitados.

Para os positivistas, os únicos direitos da personalidade existentes são aqueles reconhecidos pelo Estado, que os reveste de obrigatoriedade. Já para os naturalistas, não existe possibilidade de limitar os direitos da personalidade, pois estes nada mais são do que faculdades inerentes a condição humana<sup>6</sup>.

Diante das mudanças socioculturais e tecnológicas, o entendimento de que os direitos da personalidade são inerentes à condição humana é mais condizente com a própria ideia de proteção a dignidade da pessoa humana. Ademais, a evolução da sociedade se dá de forma rápida e o direito positivado não consegue acompanhar, o que abriria espaço para novas formas de afronta aos direitos da personalidade, caso estes não fossem inerentes à condição humana.

Destarte, os direitos da personalidade nada mais são do que desdobramentos da dignidade da pessoa humana, sendo direitos subjetivos, inatos e permanentes, que considera a personalidade do seu titular no seu aspecto físico, moral e intelectual de modo a coibir qualquer ato que atente contra a dignidade.

Tais direitos são dotados de características próprias<sup>7</sup>, são elas: absolutos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, intransmissíveis, vitalícios, oponíveis erga omnes.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, Bittar (2004, p. 07) afirma que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerente à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhece-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares .

<sup>7</sup> Citando tais características, Venosa (2002, p. 150) faz referência a Borba, conforme destaques a seguir: a) São inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescindíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são imprescritíveis; c) são inalienáveis, ou mais

Há situações em que as pessoas por meio de negociações abrem mão dos seus direitos de personalidade. Surgem inúmeros problemas contemporâneos que envolvem a incidência dos direitos da personalidade nas relações humanas, como a liberdade de expressão, as manipulações genéticas, a proteção da imagem nos *reality shows* e o caráter (não) disponível dos direitos da personalidade.

Levando em consideração os avanços tecnológicos e inúmeras situações inovadoras é que a dignidade da pessoa humana se encontra inexplorada nesse contexto e é, justamente, com o intuito de alargar a consciência ética da humanidade é que surge o biodireito.

O biodireito possui uma pluridimensionalidade como assevera Silva (2003, p.23) tanto no tocante ao direito à vida, abraçando tanto o direito de não ser privado arbitrariamente da própria existência (direito de liberdade), como também a qualidade atribuída a esta vida, com condições dignas (direito de igualdade).

### 3.3 A Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal

Etimologicamente, o termo autonomia deriva do grego onde *auto* significa próprio e *nomos* significa lei, regra, norma. Dessa forma, significa a autodeterminação da pessoa em realizar suas escolhas, decidindo o que é o bom.

Para se falar em autonomia, há que se verificar se existe liberdade de pensamento, sem coações internas ou externas. Se não existir possibilidade de escolha, não se pode falar em liberdade e por conseguinte não existe autonomia. Deste modo a autonomia, nada mais é que uma liberdade moral, conferida a todos e que deve ser respeitada.

Tendo em vista o controle social, o estado psíquico do ser humano, das suas relações sociais, se torna impossível falar em uma autonomia pura, desvinculada de

---

propriamente, relativamente indisponíveis, porque em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*. Diante de todas as características expostas é ratificada a certeza de que sem o respeito aos direitos da personalidade não há que se falar na concretização a dignidade humana.

qualquer coação interna ou externa, no entanto existe algumas situações que é visível a falta total da autonomia.

Deste modo, se não há liberdade, a autonomia não é desenvolvida de forma ampla, é o que ocorre, por exemplo, com a falta de recursos em um determinado grupo social os tornando vulneráveis e os impedindo de ter escolhas seja pela falta de recursos econômicos seja pela falta de conhecimentos.

Charlesworth (1993, p. 131, tradução da autora) tem uma perspectiva social na definição de autonomia do indivíduo, pois de acordo com ele, pode conduzir à própria noção de cidadania e afirmando que ninguém está capacitado para desenvolver a liberdade pessoal e sentir-se autônomo se está angustiado pela pobreza, privado da educação básica ou se vive desprovido da ordem pública, sendo assim a assistência à saúde básica é uma condição para o exercício da autonomia. Em alguns momentos é difícil se perceber a presença ou não da autonomia e é nesse momento que surgem inúmeras repercussões na bioética.

Não se deve confundir autonomia como individualismo, pois o homem vive em sociedade e a autonomia nada mais é do que uma ética humana para ajudar na harmonização dos interesses sociais e individuais.

No entanto à medida que o homem exerce de forma autônoma a sua razão prática<sup>8</sup>, passa a construir distintas personalidades.

Deste modo, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado.

Lima Neto, nesse sentido traz que a Teoria Geral dos Direitos da Personalidade é

[...] fundada na ideia de que o livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essenciais para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se

---

<sup>8</sup> Immanuel Kant (*Apud Santos, 2000, p.43-56*), esclarece que o ser humano é um valor absoluto, fim em si mesmo, por ser dotado de razão. Deste modo, a sua autonomia por ser racional é a raiz da dignidade, pois ela é que faz do homem um fim em si mesmo.

destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução (2003, p. 116).

A autonomia da mulher sobre o seu corpo não deve sofrer limitações de forma arbitrária. Em todo o aparato jurídico encontram-se normas limitando a autonomia das pessoas sobre o seu próprio corpo, tanto no que se refere à sexualidade e quanto no tocante à vida e à morte.

Atrás de toda a regulação desse direito, encontra-se o Estado, maquiado sobre o nome da coletividade para realizar tais limitações. As liberdades individuais muitas vezes estão sendo limitadas sem o seu exercício gerar dano a outrem, apenas como uma valorização e manutenção da uniformização de conduta.

Os direitos sexuais e reprodutivos se acham emoldados por um Estado ainda conservador, que subtrai a autonomia impondo modelo de conduta a ações que não causam nenhum dano à coletividade e que pertencem a esfera individual de cada ser. Ponte de Miranda assim preceitua:

[...] não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder público; é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas (2000, p. 325).

Diante do abordado, faz-se necessária a análise quanto à autonomia privada e os limites estatais, tendo em vista que a liberdade tem por princípio a dignidade da pessoa humana a qual se encontra na base do Estado Democrático de Direito.

### 3.4 A Autonomia Privada<sup>9</sup> Frente ao Estado Intervencionista

O ordenamento jurídico embasado no princípio da dignidade da pessoa humana releva uma concepção antropocêntrica do ordenamento, a qual não se confunde com uma visão individualista, facultando ao sujeito a agir, como melhor entender com limitação externa de ordem pública.

---

<sup>9</sup> Foi atribuído a Kant no ano de 1796 através da “Crítica da Razão Prática”, o uso do termo autonomia da vontade como princípio fundamental da ordem jurídica.

O bem coletivo seria resultado do bem individual e este nada mais seria do que resultado da autonomia (liberdade) conferida a cada indivíduo. Dessa forma, as únicas restrições admissíveis à autonomia privada seriam de caráter negativo, apenas para por demarcar as fronteiras dentro dos quais a liberdade contratual dos indivíduos podem ser expandidas.

Como esclarece Mazur (2012, p. 37) o princípio da autonomia privada é o poder de autorregulamentação de interesses pelos particulares, ordenando suas relações jurídicas, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando seu conteúdo. Possibilitando o poder de livre exercício dos seus direitos ou do livre gozo dos seus bens.

O ordenamento jurídico, fundante da autonomia privada, tem como máximas de liberdade as características atribuída a propriedade privada e ao conteúdo, assim era entendido como essencialmente de caráter privado.

No que se refere a interesse público, Mello (2008, p. 60) resume:

[...] o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se obrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer. Já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

Com a necessidade de intervenção na igualdade formal, diante das desigualdades concretas, o Estado passa a intervir por meio de intervenções legislativas, tanto nas relações patrimoniais como econômicas, áreas antes facultadas à livre regulamentação pelos particulares ocorrendo o que se pode chamar de “socialização” do direito privado.

No texto constitucional é visível a relação entre o direito público e o direito privado, ambos pautados na dignidade da pessoa humana. Em vários campos de encontram presentes o papel ativo do Estado como citado abaixo:

Conforme dispõe o art. 1º do Texto Maior, o Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV, respectivamente). Como fundamentos, assim definidos pelo próprio constituinte, estes princípios devem condicionar a atividade econômica, de forma a que devem condicionar a atividade econômica, de forma a que se

cumpra o objetivo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art.3º,I). Estes contornos da relação entre o Estado e o particular são complementados pelos dispositivos concernentes à ordem econômica, cuja definição mesma os reforça de forma explícita: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art.170, *caput*). (NEGREIROS, 2001, p. 365)

Além disso, o Estado intervém em tantas outras esferas, como na atividade econômica, na política urbana, na ordem social e em tantos outros aspectos. Nesse mesmo sentido, Negreiros (2001, p. 366) preceitua:

Nesse contexto traçado pela Constituição, não restam dúvidas de que estamos muito distantes daquele Estado abstencionista, fundado no pressuposto ideológico de que a garantia do interesse individual pelo próprio interessado através do exercício de sua autonomia privada e é a força motriz do bem-estar social. Ao contrário, no atual quadro constitucional, a própria atividade econômica, privada por excelência, está condicionada à realização de finalidades que importam à coletividade (e não à soma, segmentada, dos indivíduos), como seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que assegure “a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art.170, *caput*)

Deste modo, diante da intervenção estatal a autonomia individual esta sofrendo mudanças na sua conceituação não sendo tão ampla como antes era considerada e sendo limitada seja no seu aspecto quantitativo, no tocante ao livre arbítrio do sujeito, da sua autodeterminação ou qualitativo, havendo uma substituição do indivíduo por pessoa.

O que antes era determinado de privado por satisfazer interesses estritamente privados, hoje já não existe, bastando que a atividade privada seja feito por meio de instrumentos privados, havendo uma alteração de conteúdo no decorrer do tempo. Assim, ao se distinguir indivíduo de pessoa, acaba por extinguir a dicotomia existente entre o direito público e o direito privado.

Tendo em vista a necessidade e respeito à dignidade da pessoa humana, base do atual estado democrático de direito, buscando-se a construção da sociedade democrática, solidária, não se pode visualizar o direito privado separadamente do direito público, pois, o desenvolvimento econômico passou a ser o desenvolvimento da pessoa, assim o indivíduo encontra-se ligado à sociedade de tal forma, que não se pode falar que é autônomo.

Alguns doutrinadores a exemplo de Mazur (2012, p. 41) alega que a constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição.

Neste contexto os choques existentes entre as vantagens civis (autonomia e liberdade) e a adstrição constitucional, no tocante a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deve ser pautar em alguns pontos, são eles: a autonomia da vontade; a supremacia da Constituição e o âmbito dos direitos fundamentais; e a interpretação da Constituição.

Constitucionalizar o direito privado não endoa a natureza jurídica de suas normas, muito menos seu conteúdo e o alcance dos princípios basilares, principalmente no tocante a autonomia da vontade, considerada assim um direito fundamental privado emparelhado ao princípio da livre iniciativa e da liberdade.

Negreiros (2001, p. 369), esclarece que “o público e o privado compenetraram-se para garantir, em todas as suas múltiplas – e concretas – dimensões, a existência socializada e livre, por isso digna, da pessoa humana”.

Com mudanças sociais e com o conseqüente surgimento de conflitos na esfera jurídica é que se faz necessário à quebra da dicotomia entre o público e o privado, para garantir a efetivação da dignidade da pessoa humana não somente em abstrato, mas de forma concreta.

Torna-se necessário ultrapassar os marcos históricos, teóricos entre o que é público e privado para se pacificar todo o sistema normativo pátrio, tendo como finalidade principal e essencial a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, Negreiros (2001, p. 373) assevera:

A funcionalização axiológica da dignidade da pessoa humana, portanto, não pode servir a teses que, de um lado, defendam a supremacia do interesse dito individual sobre o público – já que não mais se trata de proteger o indivíduo em si mesmo-, nem que, de outro lado, invoquem este valor como fundamento para uma invariável sobreposição do interesse dito público sobre o privado.

O Estado nada mais deve ser do que garantidor das liberdades individuais e dos direitos sociais, devendo algumas vezes abster para proteger, relegando

atitudes paternalistas e atuando como facilitador da efetivação dos direitos fundamentais.

## 4 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER E INTERVENÇÃO ESTATAL: LIMITES DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Com o surpreendente avanço das tecnologias, do progresso técnico e científico, novas realidades foram surgindo. Cabe ao direito, avançar juntamente com as mudanças sociais, sem relegar a um segundo plano os fatos históricos, adequando as normas jurídicas à nova realidade social. É nessa perspectiva que os direitos sexuais e reprodutivos serão abordados, sob o olhar da moderna conjuntura social, levando em consideração questões referentes à efetivação e interferências que até hoje os vitimizam.

### 4.1 Breve Historicidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos da Mulher Como Direitos Humanos

Faz-se necessária uma sucinta abordagem acerca da evolução história dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher na sociedade, de modo a contextualizá-los na perspectiva dos direitos humanos.

Nesse percurso, as mulheres iniciaram sua luta desde há muito tempo, mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que elas passaram a ter um espaço maior.

Como assevera Villela e Arilha (2003, p. 95-150), não havia diferenciação entre homens e mulheres, mas apenas uma única classe, a dos homens, podendo estes serem completos ou incompletos, enquadrando as mulheres como homens incompletos, pois assim eram vistas, seja na sua formação física ou moral.

Foi durante a Revolução Francesa que iniciaram as lutas incisivas das mulheres, o desabrochar das suas consciências, em 1789, inspiradas pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

A questão de gênero, como menciona Faúndes (1999, p. 4), vai muito mais além de fatores biológicos, faz parte das conjunturas política e socioeconômica referentes aos próprios papéis sociais que se alteram a depender da cultura.

O pensamento inicial da mulher ser o “homem incompleto” mudou com o tempo, graças ao movimento feminista, que por meio de manifestações foi conseguindo mudar a visão da sociedade, para que esta passasse a vê a mulher como um ser individualizado, com suas próprias características.

No entanto, a mulher, ainda, continuou a ser vista como inferior ao homem, devido as suas funções biológicas a exemplo da maternidade, da menstruação, a mulher era vista como feita por Deus para apenas procriar, pois tal função já lhe retiraria todas as forças, sendo assim um ser frágil e assim geraria instabilidade colocar sua participação no mundo, restando ao homem desenvolver todas as outras funções sociais.

No decorrer desse contexto da mulher advir do homem, é que este é tido como sexo forte e aquela como sexo frágil<sup>10</sup>, e essa ideia de submissão surgiu da ideia de um determinismo biológico, como elucida Hermann (2008, p. 25):

É lei da natureza que, sendo cada espermatozoide tão pequeno, um macho possa produzir vários milhões deles, todos os dias. Isso quer dizer que ele é potencialmente capaz de gerar muitos filhos num período de tempo curto, fecundando diferentes fêmeas. Essa possibilidade natural existe porque cada novo embrião recebe alimento adequado da mãe, que é quem vai gestar e nutrir a cria. Logo, a função maternal estabelece limite ao número de filhos que a fêmea pode ter ao longo da vida, mas o macho pode produzir, teoricamente, quantidade ilimitada de filhotes. Como literalmente afirma Richard Dawkins, a exploração da fêmea começa aqui. O comprometimento da fêmea com a gestação – e, no seu rastro, a desigualdade de condições entre machos e fêmeas para replicação dos próprios genes – é o fundamento genético-biológico que, na espécie humana, deu origem às diferenças de socialização, convivência e atribuições entre homens e mulheres, denominadas diferenças de gênero. [...]

Criou-se a ideia da mulher como ser apenas procriador, sendo sua obrigação ter filhos e se por vontade ou motivos biológicos elas não corresponder a tal expectativa, passa a ser vista como desrespeitadora do papel social que lhe é imposto.

---

<sup>10</sup> Alguns estudiosos, entre eles GOMES (2003, p. 51 – 52), a própria bíblia foi quem trouxe essa diferenciação e preconceito entre o papel e importância do homem e da mulher, pois, a bíblia relata que o homem foi feito da costela de Adão, sendo assim incompleta e feita de uma parte do homem, dando a ideia de inferioridade e permanente submissão. A própria igreja católica, faz uma distinção entre a função da mulher na igreja como freira e a função do homem ao exercer o sacerdócio, dando aparente diferenciação as possibilidades de liberdade dos sexos dentro da própria instituição religiosa.

Ainda hoje a mulher está sempre associada à figura de mãe, sendo ainda motivo de estranhamento social, uma mulher em determinada faixa etária que não é e não tem interesse em ser mãe.

O movimento feminista se inicia nessa patente de proteção à liberdade das mulheres em tomar decisões de acordo com a sua autonomia da vontade e não meramente por coação diante do controle social.

Desde a década de 60, algumas mudanças já se tornaram visíveis, a mulher por meio de movimentos sociais, lutou pela sua liberdade, abordando temas como o uso de anticoncepcionais, o direito a esterilização e tantos outros. Na década de 70 houve grandes campanhas, com o slogan “meu corpo é meu” e foi na década de 80 que o direito a saúde da mulher, tomou uma nova roupagem.

No Brasil, até a República, a mulher era vista de forma submissa ao homem, tal visão era reflexo da igreja católica e resultaram em muitos reflexos. Como esclarece Gomes (2003, p. 56):

Exemplos desse reflexo na legislação não faltam. A interpretação restritiva dada ao sufrágio universal constante na Constituição Federal de 1891, limitando-o aos homens, ou ainda a negativa de capacidade jurídica da mulher casada no Código Civil de 1916, a qual figurava como relativamente incapaz junto aos menores impúberes, silvícolas e pródigos (artigo 6º, inciso II), são tristes marcos deste pensamento.

A Constituição de 1934, já deu um elevado salto, ao trazer a igualdade como pressuposto do Estado, em seu art. 113 que assim rezava: “Art. 113. Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão, própria ou dos pais, classe social, riqueza, cargos religiosos ou ideias políticas”.

Alguns fatos merecem ser citados após essa data, um deles foi o governo de Getúlio Vargas, durante 1937 a 1945, onde houve um retrocesso quando a democratização, ocorrendo só em 1950 um movimento relevante da luta das mulheres, o qual buscava a reforma do Código Civil, por constar nele que ao casar a mulher renunciava sua capacidade plena da mulher.

A partir dos anos 60, mesmo diante da ditadura, as mulheres permaneceram em luta, enfatizando seus direitos sexuais e reprodutivos, como relata Buglione (2000, p. 24)

A participação das mulheres na luta contra a ditadura dava-se igualmente na busca dos direitos civis e políticos, porém, alguns grupos de mulheres, dentro da lógica de expansão desses direitos, foram, paralelamente as lutas anti-ditadura, inserindo a discussão da sexualidade e reprodução, ou seja, o direito de ter ou não ter filhos e a relação com os serviços de saúde. Essas reivindicações faziam com que as mulheres brasileiras, a partir dos anos 60, processassem uma ruptura com o clássico e exclusivo "papel social" que lhes era atribuído, contribuindo para uma redefinição das relações sociais como um todo.

No decorrer dos tempos, obstáculos foram sendo rompidos e preconceitos derrubados, a mulher conquistou direito ao voto, ao trabalho, a participação familiar efetiva e, sobretudo o direito de ter dignidade, de ter garantido seus direitos fundamentais e de serem vistas como um todo e não um fragmento.

Assim, a Constituição Federal de 1988 deu um enorme passo, tratando da igualdade substancial entre os sexos, de modo a detalhar direitos, aumentando as garantias constitucionais. Assim, menciona Gomes (2003 p. 59-60):

A Constituição Republicana de 1988 é um marco na luta pela igualdade de direitos entre os sexos, bem como na positivação de uma gama de "novos" direitos no que tange à situação jurídica da mulher que, tutelada em nível constitucional, passa a gozar de um outro status enquanto sujeito de direitos. Resultado de forças sociais antagônicas, em uma época de crescentes complexidades e transformações no cenário nacional e internacional, o mencionado Diploma Legal, seguindo inclusive a tendência alienígena, não se poderia furtar ao reconhecimento e positivação de demandas tão antigas como a isonomia entre os cônjuges na sociedade conjugal, a não discriminação da mão-de-obra feminina, a proteção à gestante e à empregada-mãe, dentre outras tantas. Nunca uma Constituição brasileira tratou tão minuciosamente de um número tão significativo de direitos especificamente reconhecidos às mulheres.

Só em 1993, na Conferência de Direitos Humanos que ocorreu em Viena, foram vistos como direitos humanos os direitos das mulheres e mesmo assim ainda não existe um efetivo reconhecimento, até hoje as mulheres vivem em constante luta, por ascensão na esfera trabalhista, por exemplo e lutando contra a precariedade de tantos outros direitos.

Por meio das lutas constantes e das questões sociais é que se chegou a repercussão dos direitos da mulher sendo explicitados os direitos sexuais e reprodutivos. A discussão sobre tais temas foram enfatizadas devido ao pensamento de realizar controle de taxas de natalidade e fecundidade, de modo ao Estado interferir em tais liberdades, limitando-as.

Algumas teorias, passaram a analisar a relação as questões sociais, o crescimento populacional e o desenvolvimento, entre eles Marquês de Condorcet (1743-1794) e Thomas Malthus (1766-1834), enquanto o primeiro acreditava que ocorreria uma diminuição das taxas de natalidade diante do crescimento econômico, Thomas Malthus, acreditava que independentemente, a sociedade sempre cresceria em proporção geométrica aos meios de subsistência, os quais se encontravam em progressão aritmética, se posicionando a favor da abstinência sexual.

Assim, como destaca Alves (2002, p. 18 - 22) a única diferença entre a teoria malthusiana e neomalthusianas é quanto a aceitação de contraceptivos, sendo que última aceita. Diante das políticas de uso de contraceptivos, realização de esterilização, onde o Estado até mesmo concedia premiações para os que agissem de acordo com suas determinações, é que inúmeras reivindicações ligadas aos direitos reprodutivos passaram a surgir, pois tais políticas eram voltadas apenas para o público feminino, fruto de uma história de “marginalização” dos direitos das mulheres.

Com algumas crises, como a do petróleo em 1973, foi de grande importância para os direitos reprodutivos, pois foram com elas que o foco do Estado passou a ser qualidade de vida e não quantidade, a própria igreja católica foi precursora de tal pensamento.

Algumas conferências foram realizadas no decorrer dos anos, entre elas a de Teerã, Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, onde se percebeu uma ponderação de valores, de direitos. Surgindo aí debates sobre a autonomia da mulher em decidir quantos filhos terá, quem será o pai, entre outros.

Outra conferência de grande importância, foi a que aconteceu no Cairo, na qual, consoante Brauner (2003, p. 12):

[...] observou-se essa mudança do foco das discussões, abandonando-se as premissas meramente demográficas, adotando-se, finalmente, políticas

orientadas pelos direitos humanos e sociais e pela igualdade entre gêneros, com ênfase em saúde e direitos sexuais e reprodutivos.

Em 1995, na IV Conferência Internacional sobre a Mulher, em Beijing, constava na plataforma de ação, no § 96 o seguinte:

Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no tocante às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito à integridade da pessoa humana, exige o respeito mútuo, o consentimento e a responsabilidade comum pelo comportamento sexual e suas conseqüências. Gradualmente a mulher foi conquistando seu espaço, sua liberdade, por meio das lutas feministas o Estado passou a resguardar seus direitos, de modo a permitir a mulher atuação nos diversos campos, inclusive nas relações socioeconômicas e políticas. No entanto, continua a existir políticas de intervenção na autonomia reprodutiva e sexual da mulher.

Diante de um breve esboço histórico é que se chega a conclusão que os direitos sexuais e reprodutivos da mulher integram o esteio dos Direitos Humanos Fundamentais, haja vista serem pautados em valores superiores, como o da dignidade da pessoa humana, vale ressaltar que 1994, na Conferência do Cairo, que tratou sobre população e desenvolvimento, foi acolhido por 184 estados o entendimento do direito reprodutivo como Direitos Humanos.

Em síntese, direitos reprodutivos consistem no direito que as pessoas possuem de decidirem livremente se querem ou não ter filhos, quando querem, quantos querem, tendo também o direito à informação quanto aos meios e técnicas para terem ou não filhos. Os direitos sexuais já dizem respeito ao direito de viver e poder expressar livremente o exercício da sexualidade, sem nenhum tipo de coação, violência, imposições ou discriminações, possuindo o direito de escolher seu parceiro, podendo escolher se quer ou não relação sexual, entre outros direitos.

O que ocorreu por muito tempo, foi uma ligação intrínseca entre tais direitos, de modo a equivocadamente se ter a ideia que a prática sexual estava ligada à reprodução, o que, violaria o próprio sentido do exercício da sexualidade de forma livre.

## 4.2 Colisão de Direitos e o Papel do Estado Sobre a Vida

Como já visto, os direitos fundamentais comportam uma atuação positiva e negativa do Estado. A atuação positiva reside no dever do Estado de resguardar a efetivação de tais direitos, um exemplo, são as políticas públicas na promoção dos direitos, já quanto a atuação negativa é o deixa de fazer, a não interferência, as limitações ao Estado quanto aos interesses individuais dos particulares.

Ao se analisar o fato concreto, pode existir colisão entre os direitos fundamentais, de modo que a efetivação de um comprometa a do outro. É nesse contexto que deve ser realizada uma ponderação entre eles e a predominância de um sobre o outro, apesar de não existir qualquer hierarquia axiológica entre tais direitos.

De acordo com Canotilho (2003, p. 1191) “considera-se existir uma colisão autêntica entre direitos [...] quando o exercício de um direito [...] por parte do seu titular colide com o exercício do direito [...] por parte de outro titular.”.

Existem alguns critérios hermenêuticos clássicos, a saber, o hierárquico, cronológico ou da especialidade, no entanto, como já tratado, nesse contexto, nenhum efeito prático pode ser visto, pois os direitos fundamentais não se submetem a tais técnicas.

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado como forma de harmonização entre os interesses conflitantes, de modo a não restringir excessivamente um direito em face do outro. Como atesta Sarmiento (2000, p. 87) “[...] o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”.

O Estado deve pautar sua atuação na proteção do direito a vida, o qual possui precedência sobre os demais, pois é requisito para a aquisição de todos os outros. Ademais, a vida a ser assegurada deve ser digna, o Estado deve atuar de forma positiva a garantir o mínimo necessário à sobrevivência digna do ser humano, assim sendo, a dignidade da pessoa humana serve como norte para as interpretações normativas, devendo ser analisada juntamente com o princípio da proporcionalidade, quando da existência de conflitos.

Ao tratar de conflitos sobre a vida, Dworkin (2003, p. 101-102) afirma que a vida humana é valiosa sob análise de três diferentes prismas: subjetiva, instrumental e intrinsecamente valiosa. Seria valiosa sob o aspecto subjetivo, quando a vida é importante para as outras pessoas, quando ela deixa um legado. É instrumental ou pessoal o valor que aquele próprio ser dá a si mesmo, como vontade de permanecer vivo e repelir as agressões que lhes são feitas. É intrinsecamente valiosa a vida pelo fato de existir.

O Estado deve agir de modo a permitir que os direitos sexuais e reprodutivos sejam efetivados, livres de qualquer coação e com possibilidade de desenvolver-se na sua amplitude.

É de importante aprofundamento a obra de Sen (2000, p 17), Desenvolvimento como liberdade, o foco do autor é justamente demonstrar que “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.” Assim sendo, o desenvolvimento está intrinsecamente ligado às liberdades, pois não há como se efetivar o desenvolvimento humano se não houver possibilidades para isso, de forma que o desenvolvimento de um ser se condiciona a liberdade que este tenha. Sen ainda esclarece:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos (2000, p.18).

Os direitos sexuais e reprodutivos não têm como serem desenvolvidos em grupos sociais pobres que já se encontram na falta de inúmeros outros direitos, privados de sua dignidade humana. Deve ser respeitado a integridade das decisões sexuais e reprodutivas das mulheres e coibidas as condições sociais que possam tolher sua liberdade, obrigando-as, diante da situação a ter escolhas que possivelmente não teria em outras condições, ou que mesmo que tivessem, estaria esta desincumbida de qualquer falta de oportunidade ou coercividade social.

Como asseveram Côrrea e Petchesky

Para que as decisões reprodutivas sejam “livres”, e não compelidas pelas circunstâncias ou por desespero, é necessário que existam certas

condições que constituam a base dos direitos sexuais e reprodutivos, o que as feministas denominam “autonomia feminina” (1996, p.159).

A mulher possui seu direito de autodeterminação, em situação digna, é capaz de decidir quanto aos seus direitos, deve ser vista como sujeito da sua história, dos seus desejos e não como um mero meio de atuação estatal na criação de políticas de planejamento familiar, por exemplo.

Os direitos sexuais e reprodutivos envolvem tanto as liberdades individuais onde o Estado deve abrir espaço a autodeterminação, como também as obrigações sociais, onde é dever dele agir para a garantia de tais direitos, dessa forma deve haver uma relação ética entre ambas. Ainda, nesse aspecto, atinente à vida, surgem tantas outras problematizações, entre elas tem-se o aborto. O termo aborto<sup>11</sup> significa a interrupção do processo normal de gestação, pode ocorrer tanto de forma natural ou espontânea; acidental, voluntária ou provocada.

Alguns grupos ligados ao movimento feminista lutam pela legalização do aborto em qualquer hipótese alegando que este é um direito da mulher, pois pertence a sua esfera individual, na qual o Estado não pode interferir, sendo um direito do seu corpo. Tal luta dá-se não apenas no Brasil, mas em muitos outros países, conforme as imagens abaixo.

---

<sup>11</sup> No Brasil, o aborto está tipificado no Código Penal a partir do artigo 124, que reza que “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.” No entanto o Código penal, faz duas ressalvas, onde não há punição, seja o chamado aborto necessário, para salvar a vida da gestante ou o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, ambos previstos no art. 128 do CP.



Ilustração 1 – El Estado no Decide Aqui.

(Fonte: <<http://www.viomundo.com.br/falatorio/a-mulher-que-aborta.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013)



Ilustração 2 – Aborto é um Direito.

(Fonte: <<http://www.bulevoador.com.br/2011/01/o-show-de-falacias-do-padre-pro-vida-luiz-da-cruz/>>. Acesso em: 11 mar. 2013).

Foi nesse mesmo sentido o posicionamento do movimento feminista, quando da polêmica sobre a possibilidade ou não do aborto em caso de anencefalia<sup>12</sup>. Este debate se iniciou em agosto de 2008, no Brasil.

A corrente contrária, fundamenta-se no valor da vida de modo a defender que não há que se falar em um ser humano em potência, mas sim, logo após a concepção, em um ser humano na sua na sua individualidade. Para estes há que se fazer uma diferenciação entre a possibilidade de converter-se em ser humano e a capacidade de desenvolver-se, pois desde a concepção o que existe é o ser humano em desenvolvimento contínuo. Neste sentido, foram os slogans utilizados por algumas igrejas.



Ilustração 3 – Aborto Não.

(Fonte: <<http://www.portalrenovar.com/portal/?p=6409>>. Acesso em: 11 mar. 2013)

De acordo com tal corrente, as anomalias não privam o homem de sua dignidade, ao contrário, a sociedade deve ter o papel de proteger a todos e, como

---

<sup>12</sup> A anencefalia dá-se por uma má formação do tubo neural, entre a vigésima e o vigésimo oitavo dia da gestação, onde sua extremidade superior não se fecha. Como forma de prevenção, os médicos orientam o uso de ácido fólico pelas gestantes, três meses antes da gravidez até a 14<sup>o</sup> semana. Duas correntes se formam sobre o aborto de anencéfalos. Os que são favoráveis alegam a liberdade da mulher sobre o seu corpo, de tal modo que tal direito seria maior que o direito a vida humana. Outros ainda complementam, alegando que o aborto é uma conduta difícil de ser controlada pelo Estado, sendo assim, as normas que o reprimem se tornam ineficazes e as mulheres continuam a abortar, aquelas que não possuem condição econômica de realizar de modo seguro o aborto colocam em risco sua própria vida, assim, o aborto se tornaria um problema da saúde pública.

reza a igualdade material, tratar os desiguais na medida em que se desigalam, sendo assim, os que possuem anomalias precisam de maior proteção, pois são vulneráveis. Sobre o aborto de anencéfalos, classificam-se como eugênico, ou seja, como esclarece Silva (2003, p. 127), “significa algo que se relaciona ao controle social dos fatores capazes de aprimorar ou de denegrir as qualidades físicas e psíquicas das futuras gerações”, o adjetivo eugênico foi criado por Francis Galton. Nesse percurso, esclarece Ford (apud SILVA, 2003, p. 135)

Ninguém pode colocar em discussão a humanidade de um embrião ou de uma criança afetados pela síndrome de down; um embrião ou uma criança atingidos pela espinha bífida grave não perdem sua natureza de ser humano; o mesmo se deve dizer de um feto ou de uma criança dotados somente de função no tronco cerebral e que sobrevivem ao nascimento apenas algumas horas ou, no máximo, um dia.

Alguns estudiosos, a exemplo de Marie-Magdeleine Chatel, tratam da medicalização da gestação, afirmando que a gestação é colocada nas mãos dos médicos, onde estes veem o feto com um pedaço de carne, e o homem é analisado apenas sob os aspectos dos seus desejos, sendo um objeto e não um sujeito. Ademais, afirmam que as formas invasivas de detectar doenças genéticas nos fetos, não servem para trata-las ou preveni-las, mas sim como forma de eliminar tal ser humano da história social.

Vários exemplos surgem, diariamente, de gestantes que foram vítimas da medicalização da gestação, algumas, se sobressaem; outras deixam sua autonomia ao relento dos médicos.



Ilustração 4 – Nascimento de anencéfalo.

(Fonte: <[http://catolicoargrade.blogspot.com.br/2012\\_03\\_01\\_archive.html](http://catolicoargrade.blogspot.com.br/2012_03_01_archive.html)>. Acesso em: 11 dmar. 2013)

O Supremo Tribunal Federal, no dia 12 de abril de 2012, julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, a qual visava declarar a inconstitucionalidade de interpretação da interrupção de gravidez de anencéfalos ser conduta tipificada nos arts. 124, 126, 128, entre outros do Código Penal. Com 8 votos a 2, foi decidido que o aborto de fetos anencéfalos não será considerado crime. Dessa forma, cabe a mulher, escolher ou não realizar o aborto em casos de anencefalia, sem nenhuma interferência estatal ou moral, geralmente representada pela religião.



Ilustração 5 – Religião e Aborto.

(Fonte: <<http://domacedo.blogspot.com.br/2012/04/stf-diz-sim-interruptao-da-gravidez-de.html>>. Acesso em: 12 mar. 2013)



Ilustração 6 – Aborto: Justiça versus Religião.

(Fonte: <<http://blogs.estadao.com.br/tragico-e-comico/tag/aborto/>>. Acesso em: 12 mar. 2013)

Outro caso polêmico acerca do conflito entre autonomia da vontade e a intervenção estatal sobre o corpo diz respeito à virgindade leiloada (dispor da sua virgindade, temporariamente), razão porque o aludido tema passou a ser centro de

discussões no mês de outubro de 2012. Uma catarinense resolveu leiloar sua virgindade, com intuito lucrativo. Nesse caso, a mulher dispõe do seu corpo, submetendo sua virgindade em leilões da internet. O fim almejado pela negociante é meramente econômico. Essa questão foi capa da Revista Veja, de novembro de 2012, enfatizando a temática do consumismo inerente à sociedade capitalista. Em outras palavras a reportagem problematizou o paradigma da coisificação do ser humano e a relativização dos seus direitos, indagando se tudo tem um preço.



Ilustração 7 – Ela Vendeu a Virgindade.

(Fonte: <<http://silvioemblog.blogspot.com.br/2012/11/tudo-se-compra.html>>.  
Acesso em: 11 mar. 2013)

**CATARINA**  
HIGHEST BIDDER FOR VIRGIN IS:  
**NATSU** **\$780,000**  
Bid final on 24 October 2012

Current number of bids made: 616

Name	BID	Country	Date
Natsu	US\$ 780,000	Japan	24 Oct 2012
Jack Miller	US\$ 740,000	USA	23 Oct 2012
Kevin Chalkers	US\$ 730,000	India	24 Oct 2012
Jack High	US\$ 670,000	USA	23 Sep 2012
Chris White	US\$ 640,000	Australia	24 Sep 2012
Martin Robinson	US\$ 620,000	USA	24 Oct 2012
Benny JF	US\$ 150,000	Brazil	19 Sep 2012
Shak Ross	US\$ 100,000	Brazil	19 Sep 2012

Ilustração 8 – Leilão Catarina.

(Fonte: <[http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2012/10/25/brasileira-que-teve-  
virgindade-leiloadada-tera-sua-1a-vez-com-japoneses-de-53-anos/](http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2012/10/25/brasileira-que-teve-<br/>virgindade-leiloadada-tera-sua-1a-vez-com-japoneses-de-53-anos/)>. Acesso em: 10 mar. 2013.)

Evidentemente, tem-se que dois aspectos devem ser analisados. Os direitos devem ser vistos de forma correlacionada, visto que os direitos sexuais e reprodutivos não são indissociáveis dos demais direitos. Não há que se falar em liberdade de desenvolvimento desses direitos na deficiência dos demais, os direitos devem andar de modo a se complementarem. Assim, sendo, os direitos sociais são essências para tal desenvolvimento e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. Um dos aspectos econômicos é justamente esse, referente à falta de possibilidades de escolhas, na maioria das vezes advindos da falta de educação, saúde, lazer, trabalho, e assim sucessivamente. A deficiência em um direito causa deformidade em todos os outros, seja direta ou indiretamente.

A catarinense que submeteu sua virgindade à leilão na internet não alegou ter feito por prazer, mas sim para conquistar lazer, educação. Convém observar que os direitos sexuais encontram-se presos, a inércia de se efetivarem, dependendo da efetivação de tantos outros direitos, para conquistarem seu desenvolvimento pleno.

Outro aspecto econômico é a própria negociação do uso de um corpo, o tabu que ainda é posto e a importância da virgindade feminina, mostrando um retrocesso

de valores em uma sociedade marcada pelo capitalismo e pelo consumismo exacerbado, onde tudo é visto como objeto de negociação.

Cabe ao estado resguardar os direitos, no momento em que o exercício do direito a autonomia passa a ir contra o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Um exemplo citado por Leite e Sarlet (2008, p. 84) foi o caso do arremesso de anões, onde uma empresa, querendo promover o lazer dos jovens, teve a ideia de fazer competições com o arremesso de anões, para ver quem os lançavam a uma distância maior, tal fato ocorreu em Paris e na França. Vale ressaltar, que tudo ocorreu com o consentimento dos anões.

Houve a interrupção dos eventos por parte de ordem do poder executivo local. No entanto um anão recorreu, alegando que a única forma que havia de manter seu sustento acabava de ser proibida, e que fazia parte da sua autonomia optar por participar ou não de tais eventos. Diante do exposto, seu pedido foi acatado pelo Tribunal Administrativo. No entanto, o órgão máximo, o Conselho do estado Francês, decidiu que a autonomia da vontade do anão não há como prevalecer sobre a sua dignidade a qual o arremesso atentava gritantemente. Assim, tal pensamento se enquadra na autonomia da mulher sobre seus direitos sexuais e reprodutivos.

O art. 6º da Constituição Federal no seu *caput* consagra o direito à saúde como direito social, de forma sistemática no art. 196, assegura-o como direito de todos e dever do Estado que deve garantir por meio de políticas sociais e econômicas.

É aqui que se encontram os princípios éticos que orientam todo o desenvolver do direito a saúde sexual e reprodutiva, visto que a saúde é assegurada amplamente, sendo desdobramento de tal direito, a autonomia, a igualdade, entre tantos outros corolários da dignidade da pessoa humana.

Com o desenvolvimento tecnológico e científico, surgem inúmeras possibilidades de melhoria na qualidade de vida, juntamente com questionamentos socioeconômicos quais são fatores instigadores do biodireito.

As transformações advindas da tecnologia trouxeram mudanças de valores e uma reflexão quanto aos limites da autonomia no acesso a assistência reprodutiva, englobando de forma direta os direitos humanos e sua atuação perante a falta de normas.

As tecnologias biomédicas devem vir interligadas com o fomento da autonomia da vontade, subtraindo o machismo arraigado há tempos e que deixam vestígios legais até hoje, pois, como defendido por muitos, o direito tem sexo e este é masculino, diante da imparcialidade de quem está com o Poder Legislativo, em sua maioria formada por homens.

## 5 CONCLUSÃO

O direito existe para promover e assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, cabe ao biodireito a compreensão e a sistematização em torno da adequada tutela universal da vida.

Em outras palavras, o biodireito deve caminhar a passos largos para acompanhar as inovações tecnológicas e, concomitantemente, promover o bem estar social, sem desvincular dos ditames previstos na Constituição quanto à defesa dos direitos fundamentais.

Conclui-se que os direitos da mulher no decorrer da história vem sendo reconhecido gradualmente, onde quem antes era vista apenas como parte incompleta do homem, passou a ser vista como ser humano, mas ainda restrita a função de reproduzir. Hoje se encontra dissociando-se dessa ideia e partindo para a conquista de direitos referentes ao seu desenvolvimento como liberdade e é nesse cenário que o biodireito trouxe inúmeros avanços, pois foi por meio dele que as biotecnologias foram sendo regulamentadas para o alargamento dos direitos do homem.

A cada dia a mulher conquista mais um campo de atuação e vai tendo seus direitos reconhecidos e regulados, pois, diante do atual Estado Democrático de Direito, a ausência deliberada do Estado em atos que atentam contra a própria dignidade da pessoa, violaria todo o disposto na Constituição, tornando a Carta Magna um texto morto.

A ciência evolui no sentido de promover ,qualitativa e quantitativamente, a vida, cabe a mulher dispor dos seus direitos de personalidade, melhorando sua qualidade de vida, alargando suas possibilidades de desenvolver-se livremente e estabelecendo conquistas, mas estas devem andar em consonância com todo o amparado jurídico, desde que este não viole seus direitos, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos.

Assim, a dignidade da mulher não pode ser disponibilizada nem mesmo por ela, a vida é direito maior do estado democrático de direito e deve ser vista sob dois aspectos, um referente a existência e o outro a existência digna, tais valores estão intrinsecamente ligados.

Dessa forma, os direitos da personalidade fazem parte de um sub-direito dos direitos fundamentais e por consequência são irrenunciáveis. Fazem parte da individualidade de cada pessoa, sendo impalpáveis, intangíveis.

Com a polemização de vários assuntos referentes aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, percebe-se que tais direitos passaram a ser pauta nos jornais, revistas e nos próprios tribunais, chegando mesmo ao Supremo Tribunal Federal (STF). O que se nota é um grande avanço na humanização desses direitos, no entanto, como já ressaltado, se faz importante sopesar todos os princípios constitucionais e os fundamentos estabelecidos na Constituição, entre eles a dignidade humana, para se chegar a uma efetivação justa, de modo que um direito não afete tantos outros.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. ed. 2. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Francisco. **O poder das ciências biomédicas: os direitos humanos como limite**. A moralidade dos atos científicos. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde/Fiocruz - Fundação Osvaldo Cruz, 1999.

ALVES, J. E.D. **A polêmica Malthus versus Condorcet reavaliada à luz da transição demográfica**. Texto para discussão da Escola Nacional de Ciências Estatísticas, ENCE/IBGE, nº4, Rio de Janeiro, 2002.

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. ed. 7. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético**. Direitos fundamentais e biotecnologia. Ingo Wolfgang Scarlet (Org.), George Salomão Leite. São Paulo: Método, 2008.

BUGLIONE, Samantha. **Ações em direitos sexuais e direitos reprodutivos**. Porto Alegre: Themis, 1999/2001. Disponível em:  
<[https://sistema.planalto.gov.br/spmulheres/textos/THEMIS/acoes\\_em\\_direitos.pdf](https://sistema.planalto.gov.br/spmulheres/textos/THEMIS/acoes_em_direitos.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. ed. 6. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Charlesworth, M. **Bioethics in a liberal society**. Melbourne: Cambridge University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. 7. Coimbra: Almedina, 2003.

CHARLESWORTH, M. **Bioethics in a liberal society**. Melbourne: Cambridge University Press; 1993.

CORRÊA, Sônia. PETCHESKY, Rosalind. **Direitos Sexuais e Reprodutivos: Uma Perspectiva Feminista**; In: Physis -Revista de Saúde coletiva, Rio de Janeiro: IMS/UERJ. V. 6, nº. 1/2, 1996.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, V. 1: teoria geral do direito civil. Ed. 20. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. ed. 3. São Paulo: Saraiva: 2006.

DWORKIN, Ronald. **É o direito um sistema de regras?** Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, RS, V. 34, nº. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. **Domínio da vida: aborto eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPINOSA, Jaime. **Questões de bioética**. São Paulo: Quadrante, 1998.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Democracia humana**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

FAÚNDES, Aníbal. Estado atual e perspectivas dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil. In: **Jornal da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia**. Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil. São Paulo: FEBRASGO, ano 6, nº. p. 04-06, 6 jul. 1999.

FRANÇA. Assembleia Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 26 jan. 2013.

GOMES, Renata Raupp. Os “novos” direitos na perspectiva feminina: a constitucionalização dos direitos das mulheres. In: **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. WOLKMER, A. C. e LEITE, J. R. M. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Luzia da Silva; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos humanos aos direitos fundamentais no Brasil: passeio histórico-político**. São Paulo: Baraúna, 2011.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006**: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas, SP: Servanda, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Discriminação Genética e proteção da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo, 2003. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZUR, Maurício. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. ed. 26. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. ed. 3. rev. E actual. T. IV. Coimbra: Almedina, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Ed. 5. São Paulo: Atlas, 2003.

NEGREIROS, Teresa. A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. In: Mello, Celso de Albuquerque [*et al.*] Org.: Ricardo Lobo Torres. **Teoria dos direitos fundamentais**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em:

<[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **IV Conferência Internacional Sobre a Mulher**. Beijing Declaration and Platform for Action. Beijing, 1995. Disponível em:

<<http://www.sepm.gov.br/Articulacao/articulacao-internacional/relatorio-pequim.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2003.

PESSINI, Léo. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. ed. 3. rev. e atual. São Paulo: Paulinas, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Leda de Oliveira. **Direitos da Personalidade, difusos, coletivos e individuais homogêneos** : investigação sobre as possíveis correlações entre direitos. V.5 ,nº.1. Revista Jurídica Cesumar. Maringá, 2005.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. t. 7 Campinas: Bookseller, 2000.

REIS, Clayton. **A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro**. n.1, Revista Jurídica Cesumar. Maringá, 2001.

ROGEL VIDE, Carlos. **Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades publicas**. Bolonia: Publicaciones del Real Colégio de España, 1985.  
Santos NS, Almeida PF, Venâncio AT, Delgado PG. **A autonomia do sujeito psicótico no contexto da reforma psiquiátrica brasileira**. *Psicol Cienc Prof* 2000; 20(4):46-53.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. ed. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito in vitro - da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Morta. São Paulo: Companhia de Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 12. rev. atua. São Paulo : Malheiros, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. Ed. 2. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Teresa Rodrigues. **Bioética e biodireito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILA-CORO, Maria Dolores. **Introducción a la biojurídica**. Madrid: Serviceo de publicaciones facultad derecho universidad complutense Madrid, 1995.

VILLELA, Wilza Vieira; ARILHA, Margareth. **Sexualidade, gênero e direitos sexuais e reprodutivos**. In: BERQUÓ, Elza (Org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. p. 95-150. Campinas, SP: Unicamp, 2003.