

## DIREITO À SEXUALIDADE: UMA PERSPECTIVA JUSCIVILÍSTICA

Jamille Saraty Malveira<sup>1</sup>

**Resumo:** A sexualidade, em que pese ser parte inerente do desenvolvimento do ser humano ainda é assunto acompanhado de tabu e envolto de uma moral hipócrita tendo em vista legado do histórico de repressão sexual e desabono do prazer. O sexo era sinônimo de sujeira. O desenvolvimento tecnológico trouxe mais liberdade e com isso a busca incessante pela igualdade. O assunto é recorrente na contemporaneidade da sociedade, está em voga e, portanto, é merecedor de tutela jurídica. Apesar de uma vastidão de diplomas internacionais sobre o tema, estes não são integrados às realidades regionais. Nomeadamente no Brasil e em Portugal falta regulamentação específica. O Direito Civil pode suprir esta salvaguarda no momento em que o Direito à sexualidade é enquadrado dentro do conjunto de Direitos da personalidade, aqueles inerentes ao homem.

**Palavras-chaves:** Sexualidade, contemporaneidade, direito de personalidade, Direito Civil.

## SEXUALITY LAW AN CIVIL PERSPECTIVE

**Abstract:** Sexuality, despite an inherent part of the development of the human subject is still taboo and shrouded accompanied by a moral hypocrite in view of the historical legacy of sexual repression and discredit the pleasure. The sex was synonymous with dirt. Technological development has brought with it more freedom and the relentless pursuit of equality. The subject recurs in contemporary society, is in vogue and therefore is worthy of legal protection. Despite a multitude of international instruments on the subject, these are not integrated into regional realities. Particularly in Brazil and Portugal lack specific regulations. The Civil Law can meet this safeguard in time the right to sexuality is framed into all the Rights of personality, those inherent in man.

**Keywords:** Sexuality, contemporary, right personality, Civil Law.

---

<sup>1</sup> É advogada, mestranda no mestrado Científico com menção em Ciência jurídico-civilística pela Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, pós- graduanda no 15º curso de proteção de menores prof. Dr. Pereira Coelho pelo Centro de Família da Universidade de Coimbra. [jsaraty@gmail.com](mailto:jsaraty@gmail.com).

*Amor é um livro*  
*Sexo é esporte*  
*Sexo é escolha*  
*Amor é sorte.*  
**Rita Lee, Amor e Sexo.**

## INTRODUÇÃO

O Direito à sexualidade, que não denota apenas a prática do sexo em si, mas também, da abstinência até a liberdade de dispor do seu corpo, é o direito de exercer a sua sexualidade da forma que melhor lhe aprouver, que mais lhe trouxer prazer.

A sexualidade por configurar o primeiro passo da formação de uma prole, que resulta em família<sup>2 3</sup> (ainda hoje, considerada a base da sociedade pela Carta Magna brasileira, art. 226), está indiretamente ligada aos interesses precípuos do Estado, da moral e do Direito, porém, não é um assunto muito confortável de se tratar<sup>4</sup>. Envolto por pudores, cheio de tabus, ainda enfrenta veto na hora de ser desenvolvido. Padecendo de tutela jurídica adequada que elimine os contrastes trazidos em virtude de seu livre exercício.

A sexualidade como um valor tanto jurídico, como social ainda tem expressão tímida, pois as cicatrizes da história a marcam e estereotipam<sup>5</sup>, tornando mais árduos os passos

---

<sup>2</sup> Águeda Arruda Barbosa e Giselle Câmara Groeninga citado por Zeno Veloso menciona a sexualidade como pressuposto essencial para a família: observam que embora sistematicamente a concorrência sucessória pertença ao direito das sucessões, as respectivas relações jurídicas pressupõem efeitos de constituição de família anterior, que se transformam pela morte de um dos cônjuges, e a ordem da vocação hereditária traz o reconhecimento do que é fundamental para a organização das famílias – a legitimação da diferença entre gerações e sua inserção genealógica, ao longo da sucessão de gerações: “Uma diferença que é marcada pela morte, diversamente das diferenças em vida, *marcadas pela sexualidade* e interdição do incesto, também *essenciais para a constituição das famílias*.” (**Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15)

<sup>3</sup> O conceito de Família hoje encontra-se flexibilizado, ao passo, que doutrina defende, a lei protege e a jurisprudência entende haver várias formas de família, como a monoparental – composta por um genitor apenas, a família extensa – composta para além dos genitores e prole, a família homossexual – composta por casais com mesmo sexo, família adotiva – composta por pais não biológico, entre outras. O mais importante atentar, é que para o Direito Pós-modernos, para que haja família, basta o afeto. (MALVEIRA, Jamille Saraty. **A família lego**. in *Juristas –portal jurídico* <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-familia-lego/18/>, 2011. acessado em 13 de janeiro de 2011.)

<sup>4</sup> Nessa linha Marianna Chaves leciona: Toda temática relativa à sexualidade parece ser revestida de uma certa ‘aura de silêncio’, provocando intensas inquietações e uma quase insaciável curiosidade. Acaba por existir a propensão de conduzir e de controlar o exercício da sexualidade, culminando com a tentação de a sociedade enxergar a moral puramente em termos de comportamento sexual. (**Homoafetividade e Direito: proteção Constitucional, União, casamento e parentalidade -um panorama Luso-Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 32.)

<sup>5</sup> A Falta de conhecimento científico e o imaginário popular criaram, ao longo dos tempos, uma série de ideias que se foram cristalizando como verdades absolutas, formando mitos ou preconceitos relacionados com determinados assuntos que são transmitidos de geração em geração. O perigo é que esses mitos, às vezes provocam traumas e não permitem que as pessoas vivam felizes e sem culpas ou medo. Os mitos multiplicam-se proporcionalmente ao desconhecimento, ao medo e às inibições e conduzem as pessoas a um sofrimento

daqueles que clamam por inserção e equalização em relação àqueles considerados “normais”<sup>6</sup>. Contudo, o exercício livre da sexualidade está em voga e, como todo assunto popular, gerador de furor e reivindicações, é merecedor de tutela jurídica.

Em que pese às reivindicações constantes e algumas vitórias acerca da homossexualidade, do aborto, da autodeterminação sexual da mulher, da prostituição infantil, do tráfico de mulheres, da produção independente, da relativização do princípio da monogamia e o “poliamorismo”, da fertilização in vitro, entre outros, o direito à sexualidade ainda clama por consolidação.

Na falta de lei específica que os aborde, a tutela geral dos direitos de personalidade, disposto no Código Civil, é instrumento adequado para ser invocado quando exercício da sexualidade de alguém é agredido. Por ser um conjunto de direitos que resguardam a dignidade do homem é valioso também para a proteção e (re) afirmação da matéria, permitindo que todos exercitem suas faculdades, com dignidade e respeito, sem serem rechaçados.

Assim, verificado a necessidade de uma tutela específica que trate do exercício livre da sexualidade, tem o presente trabalho o escopo de enquadrá-lo como um direito de personalidade, apontando dispositivos legais, bem como entendimento jurisprudencial que embasam a tese. Para tanto, serve-se de revisão bibliográfica luso-brasileira perpassando por entornos biológicos, filosóficos, históricos e culturais da sexualidade que demonstram que o direito ao livre exercício da sexualidade é digno proteção jurídica, pois trata de faculdade inerente a individualidade de cada ser humano. Além disso, apontará as dificuldades que tem o tema ao ser tratado e as possibilidades de proteção jurídica daqueles que são reprimidos por uma sociedade ainda marcada por resquícios de uma moral hipócrita. Ao final, sugere uma leitura contemporânea do Direito que viabilize a aplicação de uma tutela de proteção jurídica específica que responsabilize aquele que adentra e fere a esfera sexual de outrem.

---

desnecessário. Existem também os mitos individuais criados no interior de cada um, e que refletem medos e inseguranças pessoais que se arrastam ao longo da vida, impedindo a realização sexual. Mais informação e a mente aberta são fundamentais para combaterem os preceitos e as ideias falsas acerca da sexualidade. (Crawford, Marta. **Sexo sem tabus**. 5º ed, Lisboa: A esfera do livros, 2008., p. 21)

<sup>6</sup> Há dezenas de anos que nós só falamos de sexo fazendo pose: consciência de violar a ordem estabelecida, tom de voz que demonstra saber o que é subversivo, ardor em conjurar o que é o presente e o aclamar futuro para cujo pensamento de apenas em contribuir. Alguma coisa da ordem da revolta, da liberdade prometida, da proximidade de uma época da nova lei, passa exatamente sobre esse discurso de opressão do sexo. É por que se afirma esse repressão que ainda se pode fazer, coexistir discretamente, o que o medo do ridículo o amargor da história impedem a maioria de nós vincular: revolução e felicidade; ou então revolução e outro corpo, mais novo, mais belo; ou ainda revolução e prazer” (Foucault, Michel. **História da sexualidade, I vontade de saber**. Maria Thereza da Costa Albuquerque (trad.), 13º ed., Graal, 199, p. 12)

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEXUALIDADE E SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Estudos apontam que os primeiros registros que refletem à sexualidade, datam do período paleolítico, onde foram encontrados utensílios confeccionados em ossos e pedras que delineiam as partes genitais do homem e da mulher. Na era pré-histórica, também se encontrou simbolismos que remetiam ao falo ou ao pênis ereto<sup>7</sup>. Conforme pontua Eisler (1996, p.78), em sua obra *O Prazer Sagrado* “a união da fêmea com o macho, ou da mulher com o homem, era celebrada como uma epifania ou manifestação sagrada dos poderes misteriosos que concedem e mantêm a vida”. Esses rituais, assim como as imagens sexuais da arte paleolítica ou mesmo do período neolítico, refletiam uma visão da vida e da religião na qual a celebração do prazer era primordial.

Para Ceccarelli (2000, p.21), a visão pessimista sobre o sexo advém da Antiguidade, não sendo justo atribuir ao Cristianismo esta culpa<sup>8</sup>. O ascetismo advém da preservação do legado que hostilizava o prazer e corpo, pelo Cristianismo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Há indicações do culto à fertilidade em Çatal Hüyük, na Anatólia, Turquia, por volta de 600 a.C., representado em um relicário, sob forma da cabeça de três touros, plenamente realçadas, uma sobre a outra, tendo sobre elas uma figura feminina, braços e pernas estendidos, dando à luz um bezerro. Essa ilustração da fertilidade, assim como narrativas míticas do surgimento da vida na Terra, chegou até nós pelas religiões primitivas, demonstrando as preocupações dos caçadores e pastores do neolítico. O mito da ressurreição, explicando a morte e o renascimento anuais do solo, também era uma crença dos agricultores. (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor: da Pré-História à Renascença**. Vol.I, 3º ed., Ride Janeiro: Best Seller, 2013, p.23).

<sup>8</sup> O No Testamento são escritos sobre Jesus e seus seguidores. Entretanto, no Antigo Testamento não há o mesmo nível de repressão sexual que surge depois com o cristianismo, como apologia a castidade, rigor da monogamia e a concepção sexualizada do pecado original [...] O primeiro homem e a primeira mulher são condenados ao trabalho e à dor – trabalho manual ou trabalho de parto, acompanhados de sofrimentos físicos – e devem ocultar a nudez de seus corpos. Dessas consequências corporais do pecado original, a Idade Média tirou conclusões extremas. A sexualidade se fechou numa rede de definições, de proibições e de sanções. A igreja, para remissão dos pecados, elabora penitências. (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor: da Pré-História à Renascença**. Vol.I, 3º ed., Ride Janeiro: Best Seller, 2013, p.185).

<sup>9</sup> Apontam-se, muitas vezes no relato dos evangelhos, os sinais de uma tendência igualitária ou, pelo menos, de uma oposição a certas atitudes antigas ou, pelo menos, de uma oposição a certas atitudes antigas quanto ao comportamento sexual das mulheres. O episódio de Cristo com a mulher adúltera seria, a este respeito, bem elucidativo ruptura com a tradição judaica. O certo é que o princípio igualitário contido na lição dos evangelhos cedo viria a conhecer as primeiras limitações. Afastando as mulheres das funções sacerdotais e de certas funções litúrgicas, que reservou aos homens, a igreja lançava a semente de um regime discriminatório que o futuro da história viria confirmar de várias maneiras. É inegável que muitas das concepções fundamentais do cristianismo se vão caracterizar por uma marcada atitude androcêntrica, e a mitologia e o ritual da igreja são expressão fiel disso mesmo (BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**, Coimbra, 1982, p. 24.)

Pitágoras recomendava que as relações sexuais ocorressem de preferência no inverno, embora o fazer sexo fosse prejudicial em todas as estações do ano, já Hipócrates considerava que reter o sêmen proporcionava ao corpo a máxima energia; a sua perda, a morte. Segundo Sarano de Éfeso, médico pessoal do Imperador Adriano, o ato sexual só se justificava para a procriação. Foi essa visão redutora do sexo, intensificada pelo estoicismo – filosofia antiga 300 a.C a 250d.C – que trouxe a sua limitação ao casamento em prol da procriação<sup>10</sup>.

Na época romana, o paganismo não era tão aceito como se pensa. Para os romanos, era possível conhecer um autêntico libertino pela violação de três proibições: 1.fazer sexo antes do cair da noite; 2.fazer sexo sem criar penumbra; 3.fazer sexo com uma parceira cuja roupa havia sido toda retirada, pois um homem honesto só teria oportunidade de apreciar a nudez da amada se a lua passasse na hora certa pela janela aberta. Havia muitos tabus: a cunilíngua e a felação eram exemplos de vergonha, injúria suprema para o cidadão romano. O homem teria que estar sempre no domínio já que o prazer feminino não era considerado importante<sup>11</sup>.

Mais tarde, entretanto, o próprio casamento passa a ser questionado ao colocar-se a questão do prazer carnal no ato conjugal<sup>12</sup>. Uma das mais fortes consequências disto foi a valorização do celibato. O gnosticismo deixou uma influência marcante na moral cristã, pregando a castidade, já que Deus só criara a alma, uma vez que o mundo provinha do demônio. Embora, sob vários aspectos, o Cristianismo tenha resistido ao pessimismo gnóstico, adota amplamente a idealização da castidade como algo mais próximo de Deus<sup>13</sup>.

O judaísmo também influenciou o Cristianismo no que concerne à cura das moléstias que são advindas do pecado pela Igreja católica, e foi esta tradição judaico-cristã, acrescida da concepção teológica de uma Natureza (*physis*) herdeira do pensamento grego, em particular de Aristóteles, que deu origem ao discurso que separa as práticas sexuais em “normais” e “anormais” (ou perversas desviantes). Defende-se a ideia de uma sexualidade normal, conforme a natureza, cujo desvio, a depravação (*pravus*), é definido como “contra a

---

<sup>10</sup> Ceccarelli, Paulo Roberto. **Sexualidade e preconceito** in Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, vol. III, núm. 3, 2000, pp. 18-37, P. 21.

<sup>11</sup> Lins, Regina Navarro, **O livro do amor: da Pré- História à Renascença**. 3º ed., Rio de Janeiro: Best seller, 2013, pp. 109-110.

<sup>12</sup> Mas há outro elemento importante na doutrina da igreja que vem marcar fortemente o tratamento jurídico dos problemas da sexualidade. A ideia de continência sexual é condição de felicidade e de que a virgindade representa um estado de maior perfeição do casamento. Mas a exaltação da continência sexual levava a que o casamento fosse considerado, pela doutrina mais próxima das tendências ascéticas, como *bonus usus mali*, de que falava Santo Agostinho, e constituísse assim o degrau mais baixo – a virgindade e a viuvez representariam precisamente os escalões superiores – desse modelo de perfeição feminina que a igreja construiu como expressão da pureza e da castidade, nem por isso a união pelo matrimônio deixou de ter para a religião católica o sentido positivo de um remédio. *Remedium* para o mal da fornicção em geral, mas *remedium* também para a própria mulher, enquanto imagem de sensualidade e da concupiscência. (BELEZA, *op. Cit.*, pp. 26-27).

<sup>13</sup> Ceccarelli, Paulo Roberto, *op. Cit.*,P. 22-23.

natureza<sup>14</sup>.” Assim, segundo Foucault (1999, p. 24) pregava a Igreja Católica, a confissão, com intuito de instalar a penitência através da reflexão meticulosa em si mesmo, assim o sexo tinha que ser mencionado com prudência, pois representava uma cumplicidade “mal afastada entre a mecânica do corpo e a complacência do espírito”, sendo assim, um mal que atinge todo homem sobre as mais diversas formas<sup>15</sup>. Em vista disso, concluía Foucault (1999), que todo bom cristão deve procurar fazer de todo o seu desejo um discurso, era uma possibilidade apenas de tornar o discurso sobre sexo moralmente aceitável e tecnicamente útil<sup>16</sup>.

Com o declínio da Igreja Católica e a desestruturação do mundo medieval a ascensão da burguesia trouxe novas concepções acerca da sexualidade<sup>17</sup>. Com o Capitalismo nascente, o sexo era reprimido em prol do trabalho na operação das máquinas. A nudez, que na época medieval era tida como natural, começa a ser coberta, as informações sobre o assunto começam a ser rechaçadas, pois o sexo é o grande inimigo do trabalho. “Instaura-se uma certa negação do corpo e até uma certa negação do ‘eu’, suprimido em favor da civilidade, da máscara social”. A psicanálise emerge acelerando a transformação acerca dos conceitos relacionados à sexualidade. De 1870 até a Primeira Guerra Mundial, surge o princípio de uma Ciência Sexual. A revolução industrial, o capitalismo e o crescimento populacional,

---

<sup>14</sup> *Idem, ibidem. P. 25.*

<sup>15</sup> Consideremos a evolução da pastoral católica e do sacramento da confissão depois do concílio de Trento. Cobre, progressivamente a nudez das questões que os manuais de confissão da Idade Média formulavam e grande número daquelas que eram correntes do séc. XVII. Evita-se entrar nesta numeração que, durante muito tempo, alguns, como Sanchez e Tamburini, acreditaram ser indispensável para que a confissão fosse completa, todo um exame minucioso do ato sexual em sua própria execução. A discrição é recomendada cada vez com mais insistência. Quanto aos pecados contra a pureza é necessária a maior reserva: Essa matéria assemelha-se ao breu que, qualquer que seja a maneira de manuseá-lo, mesmo que para jogá-lo longe, ainda sim mancha e suja sempre. (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**, I vontade de saber. Maria Thereza da Costa Albuquerque (trad.), 13º, Graal, 1999, pp. 22-24.)

<sup>16</sup> Em qualquer estudo que toque nos problemas ligados à repressão sexual pode-se encontrar a afirmação de que, ao longo da época medieval, se vai realizando uma progressiva atenuação da disparidade do tratamento sexual entre homem e mulher, e que boa parte da responsabilidade pelo sentido da evolução operada nesse período da história cabe à influência da religião católica. (BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra, 1982, p. 23.)

<sup>17</sup> Já no séc XVIII, a célula familiar parece ter tido para a burguesia uma importância maior do que para as outras classes. Derrubada a estrutura hierarquizada do antigo regime, é a vez da família burguesa tomar o lugar da unidade fundamental na nova ordem da sociedade. Uma nova moral doméstica, correspondente ao espaço familiar ao sistema de valores, que a nova classe impõe, com caráter exclusivo e de verdade incontestável. O isolamento estrutural da célula familiar, fechada sobre si mesmo receosa de um exterior potencialmente agressivo da esfera de direitos, de bens e de património em que se resolve a própria liberdade do homem, reclamava uma ordenação e uma disciplina defensiva que vão marcar profundamente todas as faces da vida comunitária. (BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra, 1982, p.44)

colaboraram para a preocupação acerca do estudo da sexualidade e seus impactos no homem<sup>18</sup>  
19.

O discurso psiquiátrico contemporâneo surge na segunda metade do século XIX<sup>20</sup>, ainda marcado por uma visão moralista que dá continuidade às posições teológicas e jurídicas. Os chamados “efeitos nocivos da sexualidade” – práticas contra a natureza, ou seja, que não tivesse fins de procriação – eram discutidos em uma perspectiva higienista e repressiva. Havellock-Ellis e Krafft-Ebing ocuparam-se em classificar e etiquetar as práticas sexuais que escapavam aos ditames morais, traçando-se um minucioso inventário das perversões sexuais: àquelas em que o outro é usado para obtenção de prazer - voyeurismo, exibicionismo, sadismo, masoquismo vêm juntar-se à infindável nosografia psiquiátrica da época - e a finalidade natural da sexualidade<sup>21</sup>.

Hodiernamente a sexualidade ainda é assunto polêmico e de difícil progresso. Em que pese de alguns esboços legislativos de proteção, bem como instrumentos internacionais que salvaguardam certos direitos, ainda há um longo caminho até a sua efetivação e sua expansão em matérias importantes. Ainda há muitos interesses alheios que concorrem para essa situação de privação de direitos e limitação de oportunidade sobre variadas perspectivas<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup>Trevisan, Rita, A sexualidade humana: uma visão histórico-social, disponível em <http://www.ritatrevisan.com.br/pdf/artigos/a-sexualidade-humana.pdf>, acessado em 20.06.12.

<sup>19</sup> “É a primeira vez em que, pelo menos, de maneira constante, uma sociedade afirma que em seu futuro e sua fortuna estão ligados não somente a regras de casamento e organização familiar, mas a maneira de como cada qual usa seu sexo. Passa-se das lamentações rituais sobre libertinagem estéril dos ricos, dos celibatário e dos libertinos, para um discurso onde a conduta sexual da população é tomada, ao mesmo tempo, como objeto de análise e de alvo de intervenção; passa-se das teses populacionistas da época mercantilista, às tentativas de regulação mais finas e bem calculadas, que oscilarão entre os objetivos e as urgências em direção natalista ou antinatalista. Entre o Estado e o indivíduo o sexo tornou-se disputa pública; toda uma teia de discursos, análises e de injunções o investiram” (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**, I vontade de saber. Maria Thereza da Costa Albuquerque (trad.), 13º, Graal, 1999, pp. 28-29.)

<sup>20</sup> À semelhança da herança religiosa que exaltava a virgindade e a continência, e repudiava a função do prazer, também o século XIX viria a recusar a integração completa do componente sexual no quadro da família e da sociedade. E tal como a Igreja, alicerçada a moral doméstica No caráter sacramental do casamento, também a sociedade burguesa ia operar a sacralização. Apontam-se sinais evidentes de um acréscimo, a partir dos finais do séc. XVIII, da actividade sexual pré-matrimonial: cf., por ex., E. Shorter, *naissance de la famille moderne – XVIII - XX e SIÈCLE*, Paris, Seuil, trad. Franc, 1977, p. 99 s.. Mas é preciso compreender o que isso deve ter significado no plano de liberalização das relações entre os dois sexos. A afirmação de que esse aumento de actividade sexual foi o corolário do individualismo econômico não poderia, segundo SHORTER (p. 317-318) generalizar-se a toda sociedade, já que o fenômeno teria, sobretudo incidência nas classes populares: “os capitalistas estavam protegidos da revolução sexual porque, para eles, os valores familiares prevaleciam tudo. Os membros das classes inferiores que se azamam nas branquearias e nas oficinas da classe dominante não tinham nenhum patrimônio, nenhuma propriedade a proteger, nada a transmitir aos seus herdeiros. A asfixia, por razões econômicas, da liberdade sexual da classe burguesa surge assim como uma contradição ideológica de classes. (BELEZA, José Manuel Merêa Pizzarro, **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo**. Coimbra, 1982, pp. 44-47.)

<sup>21</sup> Crf. Ceccarelli, Paulo Roberto. **Sexualidade e preconceito** in Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, vol. III, núm. 3, 2000, pp. 18-37, p. 24.

<sup>22</sup> Para Rios, a afirmação de um Direito à sexualidade encontra 3 objeções: 1. Legitimação democrática de juízes e legisladores para profetirem decisões e medidas protetivas da “sexualidade desviante” contrários à opinião

Em atenção aos registros históricos mencionados, verifica-se que ainda hoje há uma capa protetora advinda da moral cristã em relação ao exercício da sexualidade, principalmente àqueles que foram reprimidos à época medieval como as mulheres e os homossexuais. A cultura de que o sexo remete a algo sujo, perigoso e desonroso descarta a possibilidade de aceitação de condutas sexuais menos praticadas pela sociedade.

Contudo, importa para a efetivação deste direito a conscientização de que não se trata de trazer a perversão como um fato social, pelo contrário, salvaguardar na sua esfera íntima, que cada um tem o direito de fazer e dispor de seu corpo como bem queira. O direito à sexualidade é um direito de todos, e não apenas da parcela marginalizada pela sociedade. Trata-se de direito amplo, que se adequará ao caso concreto, cada vez que for invocado. Essa efetivação só virá através da tolerância e do respeito entre terceiros.

Desta forma, elenca abaixo alguns atores proeminentes, que trouxeram à baila a discussão sobre a importância do exercício livre da sexualidade.

### 1.1. Freud e a sexualidade

Freud com a publicação em 1905, dos “Três ensaios sobre a teoria da sexualidade”, rompe com a psiquiatria de sua época. Com sua proposta totalmente contra a concepção naturalista predominante no final do século XIX, onde a normalidade sexual era definida pela sexualidade adulta e a consumação do ato sexual referida a fins de reprodução, vem afirmar que a sexualidade faz parte da existência do homem.

Desenvolvendo o conceito de inconsciente, ele inicia seu pensamento teórico assumindo que não há nenhuma descontinuidade na vida mental, começou a procurar e descrever os elos ocultos que ligavam um evento consciente a outro. Assim, durante pesquisas sobre a prática clínica das causas e funcionamento das neuroses, descobriu que a grande maioria de pensamentos e desejos reprimidos referia-se a conflitos de ordem sexual, localizados nos primeiros anos de vida dos indivíduos. As descobertas colocam a sexualidade no centro da vida psíquica. Estas afirmações tiveram profundas repercussões na sociedade puritana da época pela concepção vigente de infância<sup>23</sup>. Assim, a sexualidade se inicia com a

---

pública majoritária, que garantam um espaço livre de discriminação. 2. Razões morais, advogando uma determinada moralidade relativa à relação entre os sexos e o exercício da sexualidade por cada indivíduo; 3. Razões médicas que identificam como desvio, denegeração ou subdesenvolvimento certas condutas na vida sexual. (RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático à sexualidade.** in Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, jul-dez. 2006, p. 71-100).

<sup>23</sup> Ceccarelli, Paulo Roberto. **Sexualidade e preconceito** in Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, vol. III, núm. 3, 2000, pp. 18-37, p. 114

anatomia (no nascimento) e sua conquista depende de um longo percurso durante a construção da subjetividade da criança.

O grande impacto dos estudos freudianos vem da afirmação escandalosa de que as tendências perversas, catalogadas pelos seus antecessores, como aberrações são também presentes nas crianças: “a criança é um perverso polimorfo”. A sexualidade humana é, em si, perversa. Ao buscar o prazer, a sexualidade escapa à ordem da natureza e age a serviço próprio, “pervertendo”, assim, seu suposto objetivo natural: a procriação. Entretanto, subordinar a sexualidade à função reprodutora é, segundo Freud, “um critério demasiadamente limitado. A diferença entre a sexualidade perversa e a normal reside em seus fins sexuais que são diferentes.”<sup>24</sup>

Baseando-se na visão da pulsão sexual, Freud propõe uma outra maneira de se pensar o sujeito, cuja constituição não pode ser separada da sexualidade, entendida aqui num sentido amplo. Freud estende assim a noção de sexualidade para além da fronteira da genitalidade, e abre a possibilidade de outras apresentações do sexual que têm um lugar considerável no psiquismo humano.<sup>25</sup>

Apesar de muito rechaçado, o estudo de Sigmund Freud ainda é muito utilizado e como fundamento nos diálogos e estudos sobre a sexualidade. Inicia-se o pensamento e os estudos sobre a sexualidade inerentes ao homem. Desta forma, como diz Soveral (2002, p.102) “entre posições extremas segundo as quais o sexo, ou deve subordinar-se exclusivamente ao prazer, ou estar apenas ao serviço da procriação, há uma larga zona intermédia.”

## 1.2. A mulher

Não pode falar de sexualidade e não dispender um tópico específico a ELAS. Infelizmente, devido à limitações deste ensaio, não será abordado detalhamentos históricos acerca do percurso da mulher e sua (des) sexualidade ao longo da história, mas apenas demonstrar a evolução que o sexo feminino conquistou ao passar dos tempos.

---

<sup>24</sup> Crf. Ceccarelli, Paulo Roberto. **Sexualidade e preconceito** in Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, vol. III, núm. 3, 2000, pp. 18-37, p. 27.

<sup>25</sup> Idem., *Ibidem*, p. 28.

Com traços mais finos e delicados, o corpo feminino, sempre foi o grande símbolo de tentação ao pecado<sup>26</sup>, não é à toa que da antiguidade à Idade Média, eram criados mitos sobre ele, que até pouco tempo eram sustentados<sup>27</sup>.

Em relação à sexualidade, Beleza (1982, p. 15-17) ensina que na Europa, adotou-se durante anos a fio os traços do Império Romano, traduzido em uma cultura de controle da sexualidade feminina, a inferioridade natural das mulheres era grande característica que fundamentava a desigualdade dos dois sexos<sup>28</sup>. Isso se dava pela admirável formalização, de uma minuciosa regulamentação do casamento, do divórcio, de adoção, das regras da sucessão, da prostituição, de todas as formas de comportamentos sexuais. Embora não seja fácil traçar um quadro geral do direito na sociedade europeia após a queda do império, é possível verificar seu desenvolvimento pautado nos ideias tanto da época romana, quanto da Igreja católica, no capítulo das questões ligadas à sexualidade.

À herança romana da família patriarcal juntava-se agora a doutrina da Igreja, emprestando a força do seu prestígio e do seu poder a uma renovada definição do regime discriminatório feita, sobretudo à custa da degradação da imagem da mulher, o que aliás não deixa de ser apresentado como um dado da própria natureza. Desarmá-la, tornando-a mãe, eis a vantagem do matrimônio, o único espaço possível de uma sexualidade feminina, limitada à procriação e privada da função do prazer, numa antecipação da atitude misógena características da moral burguesa do século XIX. Tudo isso se haveria de repercutir, por diversas formas, na condição social das mulheres e na compreensão dos problemas da sexualidade em geral, uma vez que o sexo era enxergado como elemento perturbador da ordem familiar<sup>29</sup>.

O tempo passou, e muito por causa das revoluções industriais e, logo depois, as feministas, os textos legais foram se modificando em torno da realidade feminina. Como diz

---

<sup>26</sup> O corpo feminino já era ícone sexual e da beleza desde a época da mitologia Grega onde Afrodite, deusa representava a beleza, o sexo e o amor, assim como Vênus em Roma também foi conhecida por tal atributos. Afrodite, casada com Hefesto, por vontade de Zeus, já que sua beleza era estonteante e suscetível a gerar conflitos, o traía com vários amantes.

<sup>27</sup> Assevera Soveral que nas linhas mais ascética da tradição cristã ( que ainda hoje e sempre se apresentará como dial de perfeição), o corpo feminino era tido como fonte permanente de tentação para os homens, e as mulheres não deveriam por isso avaindecer-se com ele, nem exibi-lo; a renúncia aos prazeres do sexo era vista como o mais decisivo passo no caminho da santidade, as relações conjugais eram consentidas por serem indispensáveis à procriação, mas deveriam ser praticadas sem luxúria, da forma mais discreta e simples. (**ensaio sobre a sexualidade e outros estudos**. Lisboa, Estudos gerais série universitária, 2002.p115.)

<sup>28</sup> O casamento romano era um ato privado. Não havia contrato de casamento, apenas um contrato de dote. “Aquele mundo romano era o mundo da escravidão. A esposa não era nada além de uma mísera criatura. Apanhava eventualmente. Se a tratavam com consideração, era por causa do seu dote ou do seu pai nobre. Ela fazia os filhos e arredondava o patrimônio. Era apenas o instrumento do ofício de cidadão, um elemento da casa, como eram os filhos, os libertos, os clientes, os escravos.” (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**, da pré-história à Renascença. Vol. I, 3º ed., Rio de Janeiro: Best seller, 2013, p. 103)

<sup>29</sup> BELEZA, *op. cit.*, pp. 25-45

Dias (2009, p. 96), de reles subordinada, a mulher passou a ser “sujeito de desejos”, abalando assim a organização familiar, que a partir de agora, já não era patriarcal e sim assexuada. Atualmente, a mulher é parte fundante da estrutura social e passou exercer funções relevantes para a sua emancipação seja sexual, pessoal, profissional, social ou familiar. Esse cenário aduz a igualdade da qual faz a sexualidade ser observada sob a perspectiva dos dois sexos, e quiçá do terceiro sexo. Dessa equação resulta a dignidade que faz com que homem e mulher enxergando em si mesmo seu lado feminino e masculino, diminuam o quanto possível sua diversidade.<sup>30</sup>

No âmbito internacional observa-se uma grande fartura de Tratados e Convenções que asseguram o tratamento igual às mulheres, consolidando-as como sujeito de direitos, dignas de exercerem todas suas habilidades independentes de padrões ou limites impostos pelas regras do sexismo.

Em 1968 a primeira Conferência internacional de Direitos Humanos no Teerã cuidou de reconhecer a importância dos direitos humanos à mulher, decidindo pela necessidade de medidas de promoção destes direitos. Em 1979 é promulgada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Em 1933 a Conferência Mundial de Direitos Humanos declarou que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível do Direito. Em 1994 a Conferência Mundial Sobre População e Desenvolvimento estabeleceu programa de direitos reprodutivos como categoria de direitos humanos em destaque os direitos à livre escolha do número de filhos e, e o desfrute de uma vida sexual satisfatória e sem riscos. Em 1995 a Quarta Conferência Mundial da Mulher trouxe confirmações de diretrizes definidas longo dessas discussões internacionais ao exemplo dos artigos 93, 94 e 95 que versam sobre direitos sexuais, da saúde, da integridade, ao matrimônio, da educação e proteção contra exploração sexual. No Brasil a Convenção de Belém do Pará (1994) foi destinada a punir e erradicar a violência contra a mulher<sup>31</sup>.

No Brasil as conquistas da mulher foram bastante significativas. Segundo Paulo Lôbo foi necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da mulher casada Lei 4.121/1962)<sup>32</sup> e 26 anos para que ela alcançasse a igualdade de

---

<sup>30</sup> Soveral, Eduardo Abranches. **Ensaio sobre a sexualidade e outros estudos**, Lisboa, Estudos gerais série universitária, 2002, p. 107.

<sup>31</sup> Rios, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. In Horizontes Antropológicos, porto alegre, ano 12, n. 26, pp 71-100, jul-dez. 2006, pp.74-77.

<sup>32</sup> No Código Civil de 1916 retratava uma sociedade conservadora e patriarcal. Desta forma, a mulher perdia sua capacidade quando do casamento, sendo obrigada a adotar o sobrenome do marido. O casamento era indissolúvel e só existia o desquite. A família só era reconhecida perante o casamento. Com advento do Estatuto da mulher

direitos e deveres na família (art. 226 da Constituição Federal de 1988)<sup>33</sup>. A lei do divórcio (L. 6.515/1977) trouxe importante contribuição para o direito à sexualidade da mulher, pois regulamentou a separação judicial e o divórcio, permitindo que a mulher contraísse novas núpcias. Trazendo grande reforma na base familiar, a Constituição Federal de 1988 assegurou tratamento igualitário em direitos e obrigações entre homem e mulher (art. 5º, I) bem como afirmou a igualdade entre direitos e deveres referentes a sociedade conjugal (art. 226, §5º). O Código Civil de 2002 regulamentou os direitos e deveres das mulheres na mesma proporção os deixando em patamar igual perante a família. Iniciando pela troca de vocábulo, dantes *homem*<sup>34</sup> agora *pessoa*, no art. 2º dispendo que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Segue-se corroborado pelos artigos 1.511 (Igualdade de direitos e deveres dos cônjuges); 1.517 (idade núbil); 1.565 §1º (faculdade da utilização do sobrenome do cônjuge); 1567 (chefia da sociedade conjugal); 1569 (domicílio conjugal); 1584 (guarda dos filhos); 1631 (pode familiar). Outra Lei que merece destaque é a Lei Maria da Penha n. 11.340/2006 “que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando a assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher.”<sup>35</sup>

Em Portugal, algumas leis marcam e ratificam a história árdua, porém, próspera que a mulher obteve ao passar do tempo. Entre elas, a lei do Divórcio em 1910, através do Dec-Lei de 3 de novembro, que possibilitou tanto à mulher quanto ao homem pleitearem a dissolução da vida conjugal; Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro que profere direitos iguais a ambos os sexos, bem como os confere o mesmo poder em relação à organização familiar; Lei do aborto e autodeterminação da mulher pela lei 90/97 de 30 de julho, vem autorizar o aborto em caso de violação, seguido da lei 120/99 que reforça a garantia dos direitos à saúde reprodutiva, e a lei 16/2007 que despenaliza o aborto, nos casos de interrupção voluntária da gravidez; importantíssimo também, é a carta dos direitos sexuais e reprodutivos<sup>36</sup> da autoria do IPPF- Federação Internacional para o planeamento familiar, com fito de promoção e proteção dos direitos e liberdades sexuais e reprodutivas em todos os sistemas políticos, económicos e culturais.

---

casada, foi devolvida a plena capacidade da mulher que se tornou colaboradora do marido na administração da família, ganhou o direito de guarda dos filhos e não precisara mais de autorização do marido para poder trabalhar. Cfr. Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

<sup>33</sup> Citado por Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

<sup>34</sup> Art. 2º do Código Civil brasileiro de 1916.

<sup>35</sup> Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.103.

<sup>36</sup> PORTUGAL, <http://www.apf.pt/?area=004&mid=001>, acessado em 02.6.12.

Imperioso ressaltar a anotação de Dias (2009, p. 95) acerca do discurso de igualdade entre gêneros:

É preciso desfazer a confusão de que a igualdade é possível sem considerar que o campo da objetividade perpassa pelas subjetividades masculina e feminina. Mister que as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres sejam tratadas dentro do princípio da igualdade. Implementar a igualdade não é conceder à mulher a mulher o tratamento privilegiado que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. Alcançada a igualdade jurídica, não se podem afastar as diferenças. Desconhecer as diferenças pode levar à eliminação das características femininas.

#### 1.2.1. Algumas situações de discriminação persistente

É indubitável que todas as conquistas e o espaço que a mulher obteve na sociedade atual são dignas de tomar muitas folhas escritas<sup>37</sup>, porém, na falta deste espaço, após verificar algumas leis que garantem a autonomia e autodeterminação da mulher em relação à sua própria sexualidade, faz-se mister fazer breves considerações acerca de situações peculiares que ainda hoje persistem e que deflagram a discriminação do “sexo mais frágil”.

O Assédio sexual no trabalho, o uso da burca, a violência sexual contra a mulher, e a mutilação de órgãos genitais, são problemas sérios que ainda assolam o cenário mundial.

a) A mutilação de órgãos genitais -MGF compreende todos os procedimentos que levam à remoção de parte ou da totalidade dos órgãos genitais, por motivos não médicos, sob a justificativa de que por tradição religiosa, a mulher dever ter seus órgãos genitais retirados para a purificação, pois tal ato dificulta a alteração do comportamento, bem como evita infidelidade, além de tornar a moça mais limpa e higiênica. Praticado em mais de 28 países Africanos, dadas as decorrentes, é um problema que chegou ao território europeu, dada a

---

<sup>37</sup> Nessa linha, Norberto Bobbio diz que a Revolução feminina foi a mais importante do século XX: “No seu planejamento e estrutura seria uma revolução mais prudente e paciente, obscura, talvez, contudo, ambiciosa, na sua natureza mais profunda e que teria seu nascedouro mais visível no fim do séc. passado para vir a desenvolver-se plenamente durante a Segunda Grande Guerra: os homens válidos partiram para as trincheiras. Ficaram as mulheres na retaguarda e dispostas a exercerem o ofício dos homens nas fábricas. Nos escritórios, nas universidades. Enfim, as mulheres foram à luta, para lembrar a expressão que ficou na moda. A pátria em perigo abrindo os seus espaços, inclusive em atividades paralelas à guerras, desafios arriscados que enfrentaram com a coragem de assumir responsabilidades exigidas até então somente ao primeiro sexo (citado por OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**, Curitiba, Juruá, 2011.p. 88)

recorrente imigração, recebendo grande veto da população, mas que, ainda não consegue impedir de um todo<sup>38</sup>.

b) O uso da burca, conhecido por ser tradição religiosa que esconde a mulher, como prova de sua submissão e limitação sexual, tem causado frisson na Europa. Por ser um continente formado por países laicos, em sua maioria, algum deles não admitem que uma religião sobreponha-se designadamente na liberdades das mulheres que lá vivem<sup>39</sup>. Nas palavras de Nicolas Sarkozy, exortando o parlamento a aprofundar o debate sobre o assunto: “A burca não é um símbolo religioso, é uma sinal de subserviência, um sinal de rebaixamento. Não podemos aceitar no nosso país mulheres encurraladas atrás de uma cerca, cerceada da vida social, privada de qualquer identidade.”<sup>40</sup>

c) O assédio sexual por sua vez, recorrente nos quatro cantos do mundo, é o símbolo mais forte do machismo hierarquizado, em Portugal e no Brasil, a demanda judicial de processos disciplinares contra o assédio é significativa. Este problema ainda é difícil de controlar dada a dificuldade que tem a empregadora de provar tais pressões.

É certo, portanto, que o direito à sexualidade da mulher já está garantido, porém, ainda é carente de consolidação, que não depende só imposições legislativas ou mesmo judiciais, mas também de uma cultura de conscientização e educação sexual e comportamental, nomeadamente aos jovens, uma vez que a igualdade não se configura no tratamento exatamente igual entre pessoas biológica, sociológica e princípios diferentes uma das outras.

## 1.2. A homossexualidade/ homoafetividade

Ensina Chaves (2011, p. 37) que a palavra homossexual advém da

união do prefixo grego *homós*, que significa ‘semelhante’ e pelo sufixo ‘sexual’, que vem do latim *sexus* e significa ‘relativo ao sexo’. Exprime, portanto, a sexualidade exercida com uma pessoa do mesmo sexo.

A autora explica também a origem da homossexualidade masculina e feminina. Sendo a homossexualidade masculina, também conhecida por *sodomia* é advinda de Sodoma, cidade

---

<sup>38</sup> Há uma campanha europeia pelo fim MGF. Vide in <http://www.apf.pt/?mnu=000&area=000&tipo=destaques&id=CNT4a6ebe22d94b1>, acessado em 20.06.12

<sup>39</sup> PORTUGAL, <http://www.igeduca.com.br/artigos/convivendo-com-a-diferenca/o-uso-da-burca-mexe-com-a-europa.html>, acessado em 23.06.12.

<sup>40</sup> PORTUGAL, [http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content\\_id=1270463](http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1270463), acessado em 23.06.12.

bíblica da Planície do Jordão que foi destruída por Deus em virtude dos pecados de seus habitantes e a homossexualidade feminina denominada de *safismo, lesbianismo e tribadismo* que provém da palavra Sapho, poetisa grega natural de Lesbos<sup>41</sup>.

Presente desde a Antiguidade<sup>42</sup> através de práticas culturais, a homossexualidade consiste no interesse sexual e afetivo por pessoa do mesmo sexo<sup>43</sup>. Rechaçada até hoje pela religião, por ser uma união infrutífera, infértil, a vinculação entre pessoas do mesmo sexo foi e ainda é marginalizada pela sociedade que criou estereótipos acerca da comunidade LGBT – Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais<sup>44</sup>.

No entanto, tais falácias foram desmistificadas ao longo da história. Conceitos médicos foram derrubados e por consequência estereótipos sociais foram deixados de lado. O desenvolvimento tecnológico e a globalização contribuíram para uma educação mais ampla com a qual fizeram com que a parcela abscondita de homossexuais “saíssem do armário” em busca de condições dignas de vida.

Isso não quer dizer que eles não existiam, e muito menos se tornaram um pela influência da mídia, eles simplesmente existiam, mas eram rechaçados, discriminados e abominados pela sociedade e permaneciam fracos, acanhados num canto fundo, escuro.

No Brasil, em que pese a consideração de igualdade do art. 5º da CF/88 e decisões jurisprudenciais acerca das uniões homoafetivas, a legislação é omissa em relação a essa matéria. Não há proibição, muito menos tratamento específico sobre o tema. O que ainda torna a problemática bem delicada. Felizmente, o artigo 4º da lei de Introdução do Código Civil que dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” os Tribunais<sup>45</sup> vêm suprindo e regulando tal omissão legislativa consolidando direitos aos homossexuais.

---

<sup>41</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38.

<sup>42</sup> Lins ensina que na época Grega os homens desprezavam profundamente as mulheres, pois acreditavam que apenas o homem estava próximo da perfeição. Safo, poetisa grega que declarou seu amor às mulheres, era ridicularizada pelos poetas cômicos de Atena. (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**, da pré-história à Renascença. Vol. I, 3º ed., Rio de Janeiro: Best seller, 2013, p. 74).

<sup>43</sup> Mais informação acerca deste conceito em BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>44</sup> A homossexualidade masculina, valorizada entre gregos e tolerada entre os romanos, foi vigorosamente condenada pelo cristianismo. Nos séculos XII e XIII começou na Europa uma repressão maciça da homossexualidade, como parte de uma campanha contra heresias de toda a natureza, que evoluiu até o terror da inquisição. (LINS, Regina Navarro. **O livro do amor**, da pré-história à Renascença. Vol. I, 3º ed., Rio de Janeiro: Best seller, 2013, p. 186).

<sup>45</sup> Vide. BRASIL, <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Uni%C3%A3o+Homoafetiva>, acessado em 20.09.12. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO.PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. (STJ - REsp: 633713 RS 2004/0028417-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 16/12/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de

Sobre o assunto discorre Zeno Veloso (2006, pp. 88-89)

Para fazer justiça, o juiz não tem de 'inventar' o direito, que, afinal, direito não se inventa. Observando a lei, o juiz profere a decisão com interpretação teleológica, progressista, evolutiva, inspirando-se nos princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, denominada na doutrina alemã de *Verfassungskonforme Auslegung*, e seguindo os caminhos indicados no art. 5º da lei de Introdução não precisa obedecer servilmente ao texto lógico formal do preceito – muitas vezes ultrapassado, desatualizado -, mas diante do contexto normativo, deve aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Em Portugal, nomeadamente, com a lei 7 de 11 de maio de 2001 – Lei de proteção das uniões de facto – traz em seu bojo, mais especificamente no artigo 1º a possibilidade de uniões homossexuais, que já representa uma expressão, ainda que tímida, em relação as afirmações de cunho sexual<sup>46</sup>.

### 1.3 A prostituição.

A questão aqui é clara: não importa se há ou não aprovação da massa social, mas o direito que toda pessoa tem de dispor do seu corpo em relação a sua sexualidade da maneira

---

**Publicação: DJe 02/02/2011); Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros). (STF - RE: 687432 MG , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012 PUBLIC 02-10-2012); ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. (STF - RE: 607562 PE , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/09/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012).**

<sup>46</sup>Assevera Chaves que a União de Facto – união entre dois indivíduos que estejam coabitando, sendo dispensável qualquer tipo de cerimônia ou formalidade - não possui definição legal. Diferencia-se do matrimônio em relação a sua constituição, efeitos e extinção, pois não prevê direitos e obrigações entre os companheiros. Estabelecendo apenas, alguns efeitos quando do rompimento. Sendo estas ainda mais reduzidas ao companheiro homossexual, como é o caso da adoção. Art. 7º. (CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade um panorama luso-brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 150.)

que melhor lhe aprouver. Fato que o assunto é muito controverso visto o problema social de tráfico e exploração sexual que a mulher enfrentou e enfrenta ainda<sup>47</sup>. Porém, deve-se analisar o caso em concreto e atribuir direitos aos profissionais do sexo propriamente ditos.

Em dissonância ao artigo 6º da Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Pessoas e do lenocínio que pretende abolir qualquer lei, regulamento e prática administrativa que briguem a inscrever-se em registros especiais às pessoas que se entregam à prostituição. Rechaça-se aqui qualquer apologia à exploração sexual, porém, apoia e defende a mulher ou homem que utilizam este canal, por livre e espontânea vontade, como meio de trabalho, seja por dinheiro, seja por prazer ou mesmo pelo que seu conjunto proporciona.

Na mesma linha Rios (2006, p. 97).

A prostituição desafia a ponderação da liberdade de emprego do próprio corpo em atividade econômicas, relacionada ao exercício da autonomia sexual, com um histórico de inegáveis danos decorrentes da exploração sexual, que atua num contexto onde o consentimento é muitas vezes, na prática, inexistente [...] a prostituição reclama o combate às situações de vulnerabilidade feminina, seja cultural ou econômica. Isso pressupõe a melhoria das condições sociais, propiciando a todos um leque maior de oportunidades – circunstância onde a designação de ‘profissionais do sexo’ adquire sentido.

Ademais, a “recomendação” no marco da Consulta Regional sobre Trabalho Sexual e HIV na América Latina e Caribe, realizada pela Rede Trabajadoras Sexuales de América Latina y el Caribe (Redtrasex), levada a cabo em Lima em fevereiro de 2007, os direitos sexuais aparecem pela primeira vez associados explícita e positivamente à prostituição feminina<sup>48</sup>.

No Brasil, o Código Penal apenas tipifica como crime a conduta de exploração sexual nos artigos 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa; e, 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Não há qualquer dispositivo

---

<sup>47</sup> Sobre a prostituição na Idade Média discorre Lins (2013): “A igreja não se empenhava em impedir o estabelecimento da prostituição. São Tomás a comparava aos esgotos do palácio. Era tirar os esgotos e o palácio ficaria poluído. Para ele, sem prostitutas o mundo estaria cheio de devassidão e a virtude das mulheres iria por água abaixo.” (op. Cit. P. 187)

<sup>48</sup> Em [http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278249676\\_ARQUIVO\\_ArtigoFazendoGenero.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278249676_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero.pdf), acessado em 10.10.12.

Civil que a trate do assunto. Padece também de ações por parte do Estado que promovam a educação e informadores acerca do assunto.

Assim, sem dúvida alguma a questão ainda clama por discussões e regulamentações jurídicas, sendo grande ícone de representação da liberdade sexual dentro das limitações óbvias.

## 2. DIREITO DE PERSONALIDADE

Toda pessoa tem direito a vida. E, toda vida à dignidade. Assim, o só respirar tão pouco configura subsistência, pois para viver, no sentido cheio da palavra, pressupõe-se um mínimo existencial, condições, de certa forma, *sine quo non*, para vagar mundo afora.

Para Goffredo Telles Jr. A personalidade “consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. É, portanto, objeto de direito”<sup>49</sup>.

Os direitos de personalidade são um conjunto de pressupostos que compõem o próprio homem, são regras tuteladas pelo Direito Civil que salvaguardam a saúde física, a sua integridade, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre intimidade da sua vida privada, com fito de uma vida saudável e digna.

Na definição de Rezende (2013, p. 334) “é o conjunto de qualidade que define a individualidade de uma pessoa moral, o primeiro bem da pessoa.”

Sem tomar contornos históricos, faz-se necessário mencionar a posição de Capelo de Sousa (2011, p. 91-92) sobre a origem do direito de personalidade. Diz o autor, que apesar das raízes profundas advindas do Direito Romano e do Direito Grego, os direitos de personalidade são matéria recente, pois foi somente com a subjetivação do relacionamento jurídico, provocada pelo jusracionalismo iluminista e liberal, que se traduziu no reconhecimento do homem como origem e fundamento da ordenação social, permitindo a consolidação dos direitos, fundamentais e subjetivos, oponíveis face a particulares, bem como, face ao Estado.

---

<sup>49</sup> Citado por DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. Regina Beatriz Taraves da silva (coord), 9º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.89

Isto é, o Direito passa a enxergar o homem como grande causa; razão desta ciência e começa a trabalhar por ele e para ele, que agora é sujeito de direitos<sup>50</sup>.

Pactua com o conceito acima Pais de Vasconcelos (2006, p.5), quando preleciona que

A personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no Direito. O direito, por sua vez, existe pelas pessoas e para as pessoas. Tem como fim reger a sua interação no mundo de um modo justo. As pessoas constituem, pois, o princípio e o fim do Direito.

Continua o autor afirmando que tais direitos incidem sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, integridade física, honra, liberdade – física e psicológica -, nome, imagem, e que sua violação traz, por vezes, um ilícito civil ou penal.

Tepedino (2004, p. 27) diz que a personalidade “é como um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”.

Filipe Albuquerque (2011, p 23-24) defende que os direitos de personalidade constituem “instrumentos jurídicos de concretização dos direitos fundamentais no direito privado.<sup>51</sup>”.

Desta forma, de acordo com a doutrina aqui apresentada, tem-se que o Direito de personalidade é um direito subjetivo dado “a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, com a possibilidade de recurso dos tribunais para a instauração de providências coercitivas, caso tal comportamento não se verifique.<sup>52</sup>”

## 2.1. A tutela geral do direito de personalidade - art. 11 do Código Civil brasileiro

---

<sup>50</sup> Assim, a internacionalização dos Direitos Humanos, relativizou a soberania – antes absoluta – dos Estados, que passaram a admitir a intervenção externa em favor da efetivação e manutenção do bem-estar da pessoa humana e da paz mundial. É neste momento, cristalizada sua proteção, que o indivíduo recebe a condição de sujeito de direito e recebe mecanismos processuais para resguardar seus direitos, agora protegidos, internacionalmente. O processo de especificação do sujeito de direito surge, então, após a Declaração Universal de 1948, no momento em que o ser humano é observado individualmente, não sendo somente analisado sob aspecto genérico e abstrato. (MALVEIRA, Jamille Saraty. **A aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos litígios de guarda**. Artigo apresentado como requisito final para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Pará –CESUPA, avaliado com nota máxima, orientador: Prof. Paulo de Tarso Klautau Filho, Belém, pp., 6-8, 2010.

<sup>51</sup> Desenvolve o autor: Em termos constitucionais, o art. 70º do Código Civil encontra paralelo, a partir da revisão constitucional de 1997, no art. 26, n. 1. Se consagra aí o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. É sobretudo, em relação a essa panopléia de direitos de liberdade, que o art. 26 da Constituição exerce suas funções de norma de recolha, complementação. Através da introdução deste conceito indeterminado na ordem constitucional assegura-se uma correspondência entre esta ordem jurídica. (MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. **Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito e ao bom nome**. Almedina, 2011, pp. 24-25.)

<sup>52</sup> Cfr. SOUSA, R., Capelo, *ob.cit.*, p. 93.

Preceitua o dispositivo: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações”.

Como se pode notar, apesar dos dispositivos especiais contidos no referido diploma, quais sejam, arts. 948 e 951 (que tratam do direito à vida); arts. 949 e 950 (concernentes à manutenção da integridade física e psíquica) art. 953 (direito à honra) e art. 654 (que trata sobre liberdade), não há um rol taxativo que delimite a proteção de direitos inerentes ao homem, posto que o caráter geral viabiliza desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, além da regulamentação por normas especiais<sup>53</sup>.

### 1.1 A tutela geral do direito de personalidade – art. 70º CC Português

O artigo 70º, n. 1º do Código Civil dispõe: *A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.*

Os termos *qualquer* e *personalidade física e moral* denotam certa indeterminação, mas tal é proposital, visto que, como já dito, este dispositivo é fonte de emanção de direitos que tomam delineio específicos em cada caso concreto<sup>54</sup>.

Assim, no ordenamento Português o direito de personalidade está dividido em geral sediado pelo artigo supracitado, enquanto os direitos especiais, sem exaustividade, nos artigos 72 ao 80º, prevendo a proteção do nome, confidencialidade, imagem e privacidade.

É por isso que o Doutor Filipe Albuquerque (2011, p. 27) assevera que: “esta disposição legislativa não se limita senão a reconhecer a personalidade humana em toda a sua amplitude”.

Pais de Vasconcelos (2006, p. 37) em referência ao artigo português, manifesta que tutela certo número de direitos absolutos, que são inerentes a moral e ao físico de cada pessoa. Abrange, portanto, ameaças e agressões ilícitas a todo e qualquer direito de personalidade ainda que não especialmente previsto nos artigos seguintes do Código Civil.

---

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), 9º ed., São Paulo: Saraiva, 2013. P. 89.

<sup>54</sup> Destaca-se aqui o excelente trabalhos dos Tribunais, no que concerne à jurisprudência em torno da interpretação da tutela geral dos direitos de personalidade, *vide* direito de manter uma relação espiritual com os familiares já mortos, TRC.Ap. 377/10.0TBGRD de 5.7.11. Rel. Antônio Beça Pereira. DIREITO DE PERSONALIDADE. MORTE. COLISÃO DE DIREITOS. CEMITÉRIO; direito à voz, TRL, Ap, 1139/09 de 21.03.12. Rel. Pedro Martins. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. DIREITO A VOZ. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DIREITOS DO AUTOR, direito à autodeterminação sexual, STJ, RP, 476/09, de 15.02.12, Rel. Santos Carvalho. PEDIDO DE INDEMNIZAÇÃO CIVIL, VIOLAÇÃO. CONSULTÓRIO MÉDICO. EQUIDADE. DANOS NÃO PATRIMONIAIS.

Desta forma, conclui o Doutor Capelo de Sousa (2011, p. 115) pronunciando que o art. 70º do C.Civ.

não só religa todos esses elementos dispersos da tutela da personalidade humana, como também abrange aí os demais elementos da personalidade humana não previstas especificamente, mas carente de uma tutela juscivilística, organizando garantia unitária e completa através de cláusula geral aberta<sup>55</sup>

### **3. O ENQUADRAMENTO JUSCIVILÍSTICO DO DIREITO À SEXUALIDADE E SUAS LIMITAÇÕES.**

Após considerações tecidas sobre o Direito da personalidade, bem como os entornos da sexualidade, resta demonstrado a importância desta para o desenvolvimento saudável da personalidade de cada pessoa. A Organização Mundial da Saúde – OMS define a sexualidade como um aspecto central do ser humano do começo ao fim da vida e circunda sexo, identidade de gênero e papel, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade, reprodução. Sexualidade é vivida, expressa em pensamentos, fantasias, crenças e atitudes, valores, comportamentos, relacionamentos, papéis e práticas. Embora a sexualidade possa ser vivida mediante todas essas emoções, nem sempre são todas praticadas ou expressadas ao mesmo tempo. A sexualidade é o resultado da interação entre valores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, éticos, religiosos, espirituais, legais e históricos<sup>56</sup>.

Ressalta-se aqui que quanto ao celibato, nada será desenvolvido, pois remete-se à negação, jejum, privação do exercício da sexualidade. O que não significa que este trabalho vá de encontro com tal postura. Pelo contrário, registra-se que a defesa à liberdade sexual aqui postulada é tão ampara quanto a liberdade de qualquer pessoa à abstinência. Vale ressaltar que uma nova classe vem surgindo, é a dos assexuados: aqueles que não têm desejos ou vontade de praticar o ato sexual em si, estudos iniciais feitos na Inglaterra mostram que a porcentagem de assexuados é bastante significativa. Mas neste sentido, não desfocaremos do tema, sob pena de desenvolvermos uma tese dentro da outra<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Partilha a mesma ideia o Doutor VASCONCELOS, Pedro Pais ..., ob. cit. p. 125.

<sup>56</sup> Fonte: Traduzido de <http://www.who.int/reproductive-health/gender/index.html>.

<sup>57</sup> Pesquisa do Jornal Data Folha de setembro de 2009 revelou que 5% dos jovens de 18 a 24 anos não veem graça no sexo. A presidente da Sociedade Brasileira de Estudos em sexualidade Humana, Maria Luiza de Araújo arremata dizendo que a falta de apetite sexual só deve ser tratada se virar um incômodo. Assevera, porém, que

Desta forma, a OMS defende que a saúde sexual plena não diz respeito somente à doenças sexualmente transmissíveis ou sua prevenção, mas sobretudo, poder ter sexo seguro e prazer livres de coerção ou discriminação. Nesta monta, designa aos Direitos sexuais à garantia desta livre escolha, sem limitações de terceiros, ressalvadas disposições em contrário<sup>58</sup>.

Tendo em vista tais conceitos, pode-se afirmar que a sexualidade integra a própria condição humana, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, uma vez que decorre de sua própria natureza, por isso é um direito natural, inalienável e imprescritível, que compreende a liberdade sexual, a livre orientação sexual, o direito a tratamento igualitário, independentemente de tendência sexual. Portanto é claro que o direito à sexualidade integra os direitos de personalidade, podendo todo ser humano, exigir o livre exercício da sexualidade<sup>59</sup>, resguardado inclusive internacionalmente, como valor jurídico<sup>60</sup>.

Cada pessoa tem assim o direito de praticar, sentir, pensar, imaginar as condutas sexuais ou assexuais que bem entender, pois é direito dela, é em prol do desenvolvimento ímpar de personalidade de cada um que esta garantia reside. Ser, homossexual, gostar de se masturbar, praticar sexo tântrico, falar abertamente sobre sexo, exprimir suas ideias, escolher quais e quantos parceiros deseja, se proteger, desejar ou não reproduzir, fazer uso de pornografia, fazem parte das faculdades que cada pessoa tem, e seus gostos dependerão da sua índole, seu perfil, suas características<sup>61</sup>.

Vasconcelos (2006, p. 79-81) se pronuncia da seguinte forma:

A dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade. O direito à privacidade obsta à devassa da vida privada de cada um. É, de certo, modo, o direito de ser deixado em paz. Desde logo, sem dúvida, abrange a vida doméstica, familiar, sexual e afectiva. Na esfera da vida íntima compreender-se-ia o que de mais secreto existe na vida pessoal, que a pessoa nunca ou quase nunca partilha com outros, como a sexualidade, a afectividade, a saúde, a nudez. É difícil, senão mesmo impossível, estabelecer padrões previamente definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade. Tudo depende de

---

essa escolha deve ser livre, desprovida de influências culturais ou religiosas. Citado por LINS, *opi. Cit.*, p. 167-168.

<sup>58</sup> Em, <http://www.who.int/reproductive-health/gender/index.html>, acessado em 13.09.12.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice, ..ob., cit. p. 188.

<sup>60</sup> WAS- World Association of Sexology, durante o XV Congresso Mundial de sexologia, ocorrido em Hong Kong, entre 23 e 27 de agosto, aprovou emendas para a Declaração dos Direitos sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia, 1997. A Declaração contém 11 artigos que protegem a desenvolvimento da satisfação de necessidades humanas básicas tais quais desejo de contacto, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor, visto que a Sexualidade é uma parte integral da personalidade de todo ser humano.

tudo. Das pessoas, de cada pessoa, da sua sensibilidade e das suas circunstâncias; das necessidades e exigências da sociedade relativas ao conhecimento e à transparência da vida em comum. É a sempre presente dialética entre eu e os outros, entre o interesse pessoal e o direito objectivo. É inevitável o casuísmo, porque as pessoas e as circunstâncias não são iguais. A reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a excepção.

Salienta, portanto, o livre exercício da sexualidade como direito de personalidade. Isto é, o direito de realizar seus desejos e atingir seus próprios prazeres sexuais, sem ou com uma, ou várias pessoas (mediante seu(s) consentimento(s)), da maneira que bem lhe aprouver, dentro do próprio universo de sua personalidade, pois a partir do momento que essa liberdade ultrapassa, agride, viola o direito de outrem essa garantia tem que ser relativizada<sup>62</sup>.

É com base nesse conteúdo diverso radicados em interesses e valorização diferentes que existem dois tipos de limites, de acordo com Capelo de Sousa (2011, p.515), o limite *intrínseco*: contém em si mesmo uma pré-delimitação do domínio de aplicação de tal direito, e os *limites extrínsecos* que são previsões normativas ou consequências jurídicas que limitam o direito de personalidade. Importa aqui algumas considerações acerca dos limites *intrínsecos*. O referido autor divide esse limite em dois: limites emergentes da extensão do objeto do direito geral de personalidade e limites emergentes da estrutura dos poderes e deveres jurídicos que integram o conteúdo do direito da personalidade.

Em poucas palavras, são limites entre o titular de direito de personalidade e outro que também o é, ou entre este e uma comunidade, que permite a cada um de maneira igualitária e harmonicamente a preservação e desenvolvimento de personalidades individuais, e, se necessário para a efetivação deste fim, obriga o sujeito passivo ao dever de abstenção, em casos excepcionais o de fazer, em prol do sujeito ativo. Contudo, há um compromisso entre fins individuais e fins sociais “Só quando há excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito é que será ilegítimo o aparente exercício desse direito.”<sup>63 64</sup>

---

<sup>62</sup> De fato, o exercício da sexualidade alcança a esfera jurídica alheia, dado que sua vivência requer, no mais das vezes, o concurso de terceiros. Situações como o sadomasoquismo e sobre a idade de consentimento para a participação em relações sexuais, por exemplo, perguntam sobre a liberdade e as condições de discernimento dos indivíduos, bem como sobre as posições de poder e os papéis desempenhados por cada um dos participantes envolvidos nas relações sexuais. [] Pode ainda, repercutir além dos indivíduos numa esfera transindividual, como notadamente se preocupa a saúde pública. Cuida-se aqui, de aquilatar os deveres decorrentes do exercício responsável da sexualidade diante da comunidade, titular de direitos difusos e coletivos. (RIOS, Roger Raupp, op. Cit., p.86- 87).

<sup>63</sup> SOUSA, op. cit., p.519.

<sup>64</sup> Remetemos aqui o artigo 334º do C.Civ que em sentido lato, representa os limites impostos aos excessos manifestos dos limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes. Nessa linha, Pais de Vasconcelos também se pronuncia sobre os limites da autonomia privada, citando o disposto do artigo 80º, n. 1 do C.Civ. português dizendo que: Este preceito deve ser concretizado em ligação com o artigo 280º do C. Civil. não se trata só da

#### 4. A TUTELA DESTE DIREITO NO ÂMBITO CIVIL

Dispõe o artigo 12 do Código Civil brasileiro: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Sobre o assunto manifesta-se Diniz (2013, p. 91)

Essa sanção pode ser importa por meio de medidas cautelares que suspendam os atos que ameacem ou desrespeitem a integridade físico – psíquica, intelectual e moral, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência da lesão, que poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos a fim de ressarcir danos morais e patrimoniais.

Do n. 2 do artigo 70º do Código Civil português pode-se retirar três tipos de tutela dos direitos de personalidade, quais sejam, a responsabilidade civil - que tem como finalidade ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos materiais e morais sofridos pela vítimas -e os remédios diretos que são a tutela preventiva e atenuação do possível que são preventivos e com quais se pretende evitar que as ameaças se concretizem em ofensas, e os atenuantes que são destinados a atuar após a consumação, ou o início da consumação, da ofensa e que, na impossibilidade de a prevenir, se destinam a reduzir, dentro do possível, os efeitos da ofensa. Nada impede que sejam cumulados os remédios preventivos e atenuantes, uns com outros ou com a indemnização<sup>65</sup>.

Importante ressaltar que fica à critério do juiz decidir sobre as providências adequadas às circunstâncias do caso. De certo deixa flutuar, em uma margem larga de interpretação, porém, o juiz não pode seguir critérios subjetivos, pois há uma adequação, necessária, entre o fato ocorrido e as providências aplicadas, evitando ao máximo, lesão à terceiro. Há que

---

contrariedade à ordem pública, mas também a contrariedade à lei e os bons costumes que tornam ilícitos os negócios jurídicos que tenham como objecto bens de personalidade. (VASCONCELOS, pais de...ob., cit., p. 155). Ressalta-se aqui também não é porque o artigo trata de liberdade sexual, que não pode resguardar o princípio da boa-fé e dos bons costumes, uma vez que o direito de personalidade garante possibilidades de exercer tais direitos em relação a sua própria pessoa, e não dá direito de agredir mental, física ou espiritualmente um terceiro que não pactua dos seus gostos. Ademais, a que ser convir que o conceito de moral e bons costumes é demasiado subjetivo a medida que depende de culturas, comportamentos e princípios de cada sociedade. Nessa linha, Pais de Vasconcelos também se pronuncia sobre os limites da autonomia privada, citando o disposto do artigo 80º, n. 1 do C.Civ. português, dizendo que: Este preceito deve ser concretizado em ligação com o artigo 280º do C. Civil. Português não se trata só da contrariedade à ordem pública, mas também a contrariedade à lei e aos bons costumes que tornam ilícitos os negócios jurídicos que tenham como objecto bens de personalidade. (VASCONCELOS, Pedro Pais de...ob., cit., p. 155)

<sup>65</sup> Crf. VASCONCELOS, Pedro Pais, ..ob.cit. p. 127

encontrar, caso a caso, um equilíbrio entre mínimo possível de lesão ou incômodo a terceiro e a eficácia necessária<sup>66</sup>.

Para melhor ilustrar, abaixo segue decisões que coadunam com a tutela geral de personalidade como instrumento de proteção ao direito a sexualidade.

Em relação aos Tribunais brasileiros:

1. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR NO IME. ORIENTAÇÃO SEXUAL. **DIREITOS DA PERSONALIDADE** À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE, À IGUALDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. (TRF-2 - AMS: 50526 2002.51.01.016701-3, Relator: Desembargador Federal GUILHERME CALMON/no afast. Relator, Data de Julgamento: 17/01/2006, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 13/02/2006)
2. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. - (STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2009)
3. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR **CASAL HOMOSSEXUAL**. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA)

Em Portugal, o STJ decidiu sobre o tema em 26/06/2003 Ac. do STJ, publicado em proc.O3B4298, nº convencional:JSTJ000, Relator: Duarte Soares, de 26/02/2002. Tratando-se do pleito de indenização em face do réu, por violação ao direito de personalidade à sexualidade conjugal, tendo em vista acidente de viação, que deixou o marido da autora impotente sexualmente, com disfunção erétil. Apesar de não ser acolhida em primeira instância, pois não cabia indenização por ser caracterizado dano indireto, já que foi o marido o principal prejudicado, quem sofreu a mazela, o STJ, entendeu ser sim, uma violação ao direito da personalidade da esposa, uma vez que foi impedida de exercer sua sexualidade, prejudicando assim, seu desenvolvimento integral de sua pessoa, sofrendo diretamente um dano, pois seu casamento estava fadado ao insucesso.

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 128.

## 5. CONCLUSÃO

Isto Posto conclui-se:

1. A sexualidade ainda é tabu nas sociedades que tiveram influência cristã, nomeadamente Brasil e Portugal.
2. Devido a cultura consuetudinária e o legado da história há uma certa barreira em relação a consolidação de dispositivos legislativos acerca do assunto.
3. Há necessidade urgente de que o assunto seja amplamente discutido e tratado no âmbito jurídico.
4. Na esfera Cível, a tutela geral do direito de personalidade pode servir como instrumento de proteção do direito à sexualidade, enquadrando-se, ao caso concreto.
5. A sanção Cível pode se dar mediante ação ordinária de danos morais e materiais, dependendo do caso em questão.
6. Os Tribunais Superiores, utilizando de suas prerrogativas, contribuem e corroboram com a tese aqui posta.

Entendemos desta forma, que a sexualidade possui valor jurídico – social de que é imprescindível o respeito mútuo e tolerância. Não é certo, e até imoral, injurídico e anti-social, comportamentos que vão de encontro com essa ideia.

O sexo, como todos os fatores que o envolve, não pode mais ser considerado tabu, pelo simples fato de integrar o âmago humano, fazer parte de seu desenvolvimento. Esses estereótipos e mitos desenvolvimentos acerca da sexualidade só impedem o desenvolvimentos e asseguram a estagnação, e quiçá, retrocesso da humanidade.

Portanto, não há o que duvidar acerca da tutela personalíssima do direito à sexualidade. Este por sua vez, confere a faculdade ao indivíduo de exercer ou não a sua sexualidade, e se exercido, garante com que este titular de direitos seja livre de discriminação, violência ou ameaças por terceiros.

Assim, na falta de legislação específica, o Direito Civil, considerando o Direito à sexualidade como um direito de personalidade, pode abarcar a salvaguarda dessas garantias, prevenindo transgressões e responsabilizando o desrespeito ao exercício livre da sexualidade.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Filipe Miguel Cruz de. **Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito e ao bom nome**, Coimbra: Almedina, 2011.
- BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro. **O princípio da igualdade e a lei penal: o crime de estupro voluntário simples e a discriminação razão do sexo**. Coimbra, 1982.
- BRASIL, <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=DIREITO+A+SEXUALIDADE>, acessado em 20.01.13
- CARVALHO, Orlando de. **Os Direitos do Homem no Direito Civil português**, Coimbra, 1973.
- CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: proteção Constitucional, União, casamento e parentalidade -um panorama Luso-Brasileiro**, Curitiba: Juruá, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), 9º ed., São Paulo: Saraiva, 2013. P. 89.
- CECCARELLI, Paulo Roberto. **Sexualidade e preconceito** in Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental, vol. III, núm. 3, 2000.
- CRAWFORD, Marta. **Sexo sem tabus**. 5º ed, A esfera do livros, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed., RT, 2009.
- EISLER, Riane. **O prazer sagrado: sexo, mito e a política do corpo**. Tradução de Ana Luiza Dantas Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. P. 78.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, I vontade de saber**, Maria Thereza da Costa Albuquerque (trad.), 13º: Graal, 1999.
- LINS, Regina Navarro. **O livro do amor: da Pré-História à Renascença**. Vol.I, 3º ed., Ride Janeiro: Best Seller, 2013.
- MALVEIRA, Jamille Saraty. **A família lego. 2011**, in <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/a-familia-lego/18/>, acessado em 13 de janeiro de 2011.  
*\_\_\_\_\_*, *A aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos litígios de guarda*, Artigo apresentado como requisito final para obtenção do grau de Bacharel em Direito, do Centro Universitário do Pará –CESUPA, avaliado com nota máxima, orientador: Prof. Paulo de Tarso Klautau Filho, 2010.
- OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PORTUGAL, <http://www.apf.pt/?area=004&mid=001>, acessado em 2.6.12.
- PORTUGAL. MGF. <http://www.apf.pt/?mnu=000&area=000&tipo=destaques&id=CNT4a6ebe22d94b1>, acessado em 20.06.12
- PORTUGAL, <http://www.igeduca.com.br/artigos/convivendo-com-a-diferenca/o-uso-da-burca-mexe-com-a-europa.html>, ACESSADO EM 23.06.12
- PORTUGAL, [http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content\\_id=1270463](http://www.jn.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=1270463), acessado em 23.06.12
- PORTUGAL, Fonte: Traduzido de <http://www.who.int/reproductive-health/gender/index.html>.
- REZENDE, Afonso Celso F. **Dicionário Jurídico Especial**. 2º ed., Leme: J.H. Mizumo, 2013.
- RIOS, Roger Raupp. **Para Um Direito Democrático da Sexualidade**. In Horizontes antropológicos, Porto alegre, ano. 12, n. 26, p. 71-100, jul-dez 2006.

- SOUSA, Rabrindranath Capelo de Sousa. **O Direito Geral da personalidade**, Coimbra, 11º ed., 2011.
- SOVERAL, Eduardo Abranches. **Ensaio sobre a sexualidade e outros estudos**. Lisboa: Estudos gerais série universitária, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TREVISAN, Rita. **A sexualidade humana**: uma visão histórico-social. Disponível em <http://www.ritatrevisan.com.br/pdf/artigos/a-sexualidade-humana.pdf>, acessado em 20.06.12.
- VASCONCELOS, Pedro pais de. **Direito de personalidade**. Lisboa: Almedina, 2006.
- VELOSO, Zeno, *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_ . **Comentários à Lei de introdução ao Código Civil –artigos 1º a 6º**, 2º ed., Belém: Unama, 2005.