

SEXUALIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE: A RELAÇÃO ENTRE O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE DE ALEXY E A SEXUALIDADE INERENTE DE FREUD

Yago Lemos Rêgo¹

*Sem pecado, nada de sexualidade, e sem sexualidade, nada de
história. (Søren Kierkegaard)*

Resumo:

O presente artigo analisa a questão da sexualidade por meio da sua inclusão no rol de direitos da personalidade. Observa os fatores que requerem sua positivação no Direito e relaciona a sexualidade com a psicanálise freudiana e a doutrina jurista alemã.

Palavras chave:

Direitos da personalidade. Direitos fundamentais. Sexualidade.

Abstract:

This article analyzes the point of the sexuality through its inclusion in the list of personality rights. It observes the factors that require his positivation in the Law and relates the sexuality with the Freudian psychoanalysis and the German legal doctrine.

Key words

Personality rights. Fundamental rights. Sexuality.

¹ Estudante da Faculdade de Direito do Recife

1 INTRODUÇÃO

O assunto da sexualidade, em sentido amplo, é historicamente tido como tabu. Na contemporaneidade, o debate acerca da questão ganhou impulso e é tratado com maior abertura pela população brasileira. Não obstante, a expressão da sexualidade, antes analisada sob os olhares do direito privado, agora busca seu ambiente no direito público, em uma positivação que a favoreça e que abarque suas peculiaridades, sem permitir qualquer ataque à sua legitimidade. A cada hora, um homossexual sofre algum tipo de violência no Brasil. De 2010 até 2014, o número de denúncias ligadas à homofobia cresceu 460%.

Sabe-se que o Estado brasileiro não intervém explicitamente na questão da sexualidade, permitindo, de forma omissiva, a liberdade dessa questão para sua população. É de suma importância a observação das conquistas acerca da homossexualidade, tráfico sexual e a quebra da monogamia no direito brasileiro, que fornecem importante tutela para que a liberdade sexual seja efetivada. Não obstante as inúmeras conquistas, a omissão estatal acerca da pluralidade sexual e da sua expressão em prática se mostra maléfica, visto que, seguindo os padrões da heteronormatividade, o padrão predominantemente hétero da população brasileira, a população LGBT não tem seus direitos assegurados com plenitude, como direito à sucessão, partilha de bens, etc. Nesse âmbito, impõe-se a adição de um material positivo que efetive à histórica luta da sexualidade no Direito.

Nesse contexto, afloram os direitos da personalidade, que ainda não possuem seu potencial completamente atingido. Reservados a tratar apenas de conceitos básicos e de máxima abrangência, a tutela personalíssima é enxergada de modo que não diga respeito a traços mais complexos, como a expressão sexual, restringindo-se a assuntos pouco polêmicos. Desse modo se posiciona Maria da Graça dos Santos Dias:

Diante de avanços das práticas democráticas e pluralista nas sociedades contemporâneas, torna-se impraticável pensar a vigência de um Direito Positivo insensível às transformações culturais, às conquistas da sociedade e às demandas existentes desta. (DIAS, 2001b, p. 3)

Este trabalho busca enquadrar o exercício da livre sexualidade como um direito da personalidade, visando promover uma tutela específica e eficaz no combate às opressões sofridas pela sua expressão, demonstrando o devido embasamento legal que possibilite a tese *in praxi*.

2 A PERSONALIDADE

A personalidade de alguém remete ao modo de ser de alguém, no senso comum. No seu gosto musical, nos restaurantes que gosta, nos seus valores morais, etc. Ainda, diz respeito aos seus aspectos hereditários, como sua cor de cabelo, traços faciais e tom de pele. Nessa corrente de pensamento, nota-se que representa todos os aspectos que atribuem uma forma única e singular a uma pessoa: o que a diferencie das outras. É uma relação estável, ainda que mutável, que imprime à multiplicidade de relações que a constituem. (GROENINGA, 2006, p. 446)

A personalidade se dá pelos fatores herdados e pelos fatores capazes de modular o ser humano, as experiências passadas e presentes que dão origem a uma singularidade pessoal. Nesse tema, é imprescindível incluir a sexualidade, no âmbito de sua liberdade, expressão e identidade, como um aspecto da personalidade. A sexualidade e afetividade são elementos constitutivos de uma pessoa e possibilitam, ainda, consequências no âmbito jurídico, como o matrimônio.

O reconhecimento da expressão sexual como componente fundamentador para qualquer indivíduo embasa também o reconhecimento de uma parcela historicamente oprimida, como os gays, lésbicas e transexuais. A sexualidade dessa população acaba por vulneralizá-los, por influenciar diretamente na vida em sociedade. A partir do momento em que um grupo que não siga os padrões sexuais estabelecidos em sociedade tem o seu direito afetado em sua objetividade ou subjetividade, uma intervenção equalizadora (e legislativa) faz-se necessária. Historicamente violentados e julgados moralmente, os que expressam sua sexualidade e se identificavam de modo diferente do padrão são fragilizados e negligenciados, como evidenciado pela negação de direitos à população trans, evidenciando uma violência estatal estruturante, explicitamente visível. A inclusão da sexualidade no direito positivado é um passo importante para que seja alcançado um convívio social mais harmônico e equalitário.

2.1 SEXUALIDADE COMO FATOR INERENTE E PESSOAL: UM EXAME DA PSICANÁLISE FREUDIANA

Uma evidente parte da doutrina que trata da sexualidade como elemento capaz de tutela jurídica personalíssima nega sua legitimidade pelo fato de não ser algo que se dê de maneira geral. Sendo a generalidade um dos elementos principais dos direitos da

personalidade, a sexualidade, por não ser elemento constitutivo de todas as pessoas, não pode ser adicionada ao rol em questão. Na defesa dessa tese, utilizam-se os exemplos das crianças e deficientes, que não são capazes de exercer, em sua totalidade, as suas expressões sexuais. Cita-se a sexualidade como direito especial, que se adquire com o tempo ou em situações específicas.

No entanto, no pensamento psicanalítico de Freud (1996), a sexualidade é elemento constitutivo desde o início da vida do indivíduo, ainda que dependente de uma extensa gama de elementos, tornando-se independente apenas com o passar do tempo e demorado processo de desenvolvimento, até chegar ao conceito do senso comum, na vida sexual como é conhecida. A revelação científica de Freud causou um intenso movimento de indignação das camadas mais conservadoras da sociedade, assustados com a alegação de que a função sexual se inicia no início da vida e já possui importantes aspectos visíveis ainda mesmo na infância.

Para a psicanálise freudiana, o conceito da sexualidade é bem mais abrangente do que o senso comum, sendo reconhecido como elemento da vida sexual qualquer atividade humana que tenha como fonte principal o impulso sexual, mesmo que tais impulsos sejam inibidos e transformem-se em outro elemento, como a afetividade, durante a infância (FREUD, 1996).

Tomar a sexualidade como algo inerente ao ser humano é atribuir a ela um valor de generalidade, que reside em todo e qualquer ser humano. O direito de personalidade à sexualidade seria então, adquirido ao nascer. A descoberta de Freud e seus estudos científicos são capazes de rechaçar uma série de impedimentos jurídicos que se possam dar no caminho para o reconhecimento da sexualidade no âmbito de personalidade.

Como prova da aplicabilidade da teoria freudiana para a realidade jurídica, a Constituição da República Portuguesa assegura a gozação plena dos direitos do deficiente:

Art 71º N°1 da CRP. “Os cidadãos portadores de deficiências físicas ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados

Tendo isso em vista, as pessoas portadoras de deficiência possuem os mesmos direitos do que pessoas não portadoras de deficiência. A ressalva feita ao exercício ou cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados não retiram deles a realidade jurídica de sujeito de direito. Assim, prova-se a existência da possibilidade de um direito de sexualidade na esfera jurídica, já que, apesar de não poderem realizar os

atos da vida sexual por se situarem inaptos a exercê-los, os deficientes ainda são detentores da liberdade e da expressão da sua sexualidade. Mesmo que viva sob um regime de tutela, verifica-se que o protetor da pessoa da deficiência, enquanto tutor, não pode mostrar impedimentos à sexualidade do deficiente mental, já que esta é direito exclusivamente seu.

No Brasil, apesar da existência de inúmeras lacunas legislativas em relação à sexualidade, são fixados alguns fatores para o exercício pleno do direito da sexualidade, sendo dependentes da idade e do consentimento, localizados no art. 173 do Código Penal Brasileiro.

2.2 SEXUALIDADE COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL

Apesar da análise de Freud acerca da inerência da sexualidade a partir do nascimento do ser humano, deve-se percebê-la como um elemento da personalidade que é construído através do tempo e de experiências, porém, sem permanecer imutável. A sexualidade, então, é adquirida com o nascimento e é moldada ao longo da vida da pessoa, podendo mudar devido a algum acontecimento em específico ou devido a questões subjetivas. Assim percebeu Michel Bozon através da Sociologia da Sexualidade:

A sexualidade humana é construída socialmente pelo contexto cultural em que está inserida. [...] Ao contrário dos animais que continuam pautando sua sexualidade por uma programação biológica, instintiva, o homem não se comporta por instinto, não age sem dar sentido a seus atos, por isso faz parte de seu aprendizado social descobrir a forma como deve se comportar sexualmente. (BOZON, 2004, p.14)

Nesse contexto, surge a importante relação do conceito de sexualidade com o Direito. Isso se dá pois a noção de orientação sexual desvirtuante, como vista a homossexualidade através dos olhares heteronormativos, não é um fato trans-histórico. Sua noção é construída, tão somente, a partir da existência de uma norma que impõe determinado comportamento sexual. Dessa maneira, assim que é imposta uma norma que define a heterossexualidade como um requisito para a aquisição de direitos, orientações como a homossexualidade e a bissexualidade são postas de lado e vistas como fora da norma, tanto no sentido do Direito como no sentido social. (FOCAULT, 1988, p. 100)

Tendo em vista a noção foucaultiana da imposição de comportamentos sexuais através de normas jurídicas, a relevância da inclusão da liberdade sexual como direitos da personalidade torna-se clara. Se um indivíduo, na construção de sua personalidade, possui uma norma que regula seu modo de ser e de agir em uma questão tão íntima como a sexualidade, não pode, assim, construí-la de modo algum. É preciso que seja dada a este indivíduo a liberdade para a construção da sexualidade, sem quaisquer imposições que o tomem como desvirtuante, como fora da norma.

2.3 SEXUALIDADE COMO ATENUANTE DE DESIGUALDADES

Na vida em sociedade, é comum o surgimento de desigualdades que causem situações de vulnerabilidades, que criem formas de poder e possibilitem uma relação opressiva entre pessoas. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana surgiu para reitorar as relações sociais, de forma que defenda toda e qualquer pessoa de situações que possam vulnerabilizá-la frente a uma situação fática. Quando um ser humano está enfraquecido, seja psicológica ou socialmente, e no caso em questão, sexualmente, é meritório que haja, por conta da dignidade da pessoa humana, um equilíbrio, através de uma norma que permita o empoderamento do indivíduo fragilizado.

Desse modo, em uma visão mais prática, toma-se como exemplo o caso de possuidores de deficiências físicas, que, claramente fragilizados por razões biológicas, possuíam uma legislação especial que os tratem diferentemente, possibilitando seu fortalecimento em sociedade, evitando a ocorrência de situações vulnerabilizantes. Tais fraquezas criam um padrão identitário, como pode ser identificado nos casos de mulheres, negros, indígenas e diversos outros grupos, que, por possuírem diferenças que os colocam em posições enfraquecidas em sociedade, juntam-se no ensejo de haver uma positivação capaz de fortalecê-los. Assim, uma legislação especial para silvícolas não fere, de modo algum, a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, tal legislação apenas a reafirma, não permitindo mais que esses indivíduos sejam tratados de forma opressiva.

Tendo isso em vista, trata-se da sexualidade da mesma forma. Se um indivíduo, por possuir orientação sexual distonante da normativa, é fragilizado em sociedade, deve haver uma norma que o empodere e permita sua vivência isonômica frente aos demais. Nesse caso específico, percebe-se que a situação fragilizante é criada através de normas

jurídicas, evidenciando a necessidade de uma mudança também jurídica. Se uma norma impõe essa orientação sexual e põe indivíduos divergentes em posições desfavoráveis, é importante que essa norma seja alterada, de forma que permita o tratamento igual a todos.

É desse modo que se percebe a abrangência da sexualidade, não sendo resumida apenas ao âmbito biológico, surgindo como uma forma de identificação, de congregar todos os aspectos da sexualidade em um direito:

A sexualidade humana vai para além do campo biológico, onde a ilação de que o sexo não pode ser visto como mera função reprodutora. A sexualidade do ser humano consiste em um conjunto de aspectos, quais sejam, o biológico, o psíquico e o comportamental, que se integram entre si. A integração desses aspectos é denominada status sexual. A partir do status sexual, surge, para o indivíduo, o direito à identificação sexual, que por sua vez, se insere no campo dos direitos de personalidade (SÁ; NAVES, 2004, p. 203).

3 LIBERDADE: DECISÃO A RESPEITO DA PRÓPRIA ORIENTAÇÃO SEXUAL

O conceito de liberdade no Direito tem sido objeto de inúmeras discussões. Nesse sentido, para adequar o direito à sexualidade aos direitos da personalidade, deve-se analisá-lo sob a luz da liberdade no âmbito jurídico.

José Alfonso da Silva, nessa questão, preceitua que a liberdade humana é o poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade (SILVA, 2007, p. 69). Para que sua realização pessoal seja alcançada, o indivíduo precisa ter liberdade para poder atuar de modo que encontre sua felicidade, sua plenitude como pessoa. É, então, a possibilidade do indivíduo de escolher como levará sua vida, quais escolhas pessoas irá fazer e como será responsável pelas opções que realizou.

Um importante documento também trata da liberdade, sendo este a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão de 1789, dispondo no seu Art. 4º, 1 que: “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Assim, fica claro no texto que é direito da pessoa poder fazer um extenso espectro de coisas, contanto que não infrinja os direitos de outrem.

É inegável, entretanto, que a sexualidade seja um elemento da personalidade que tem relação direta com outras pessoas. Para exercer, em sua plenitude, a sexualidade, é

preciso atuar em conjunto com a esfera jurídica de outra pessoa, visto que, na grande maioria das vezes, seu exercício *in praxi* requer a participação de outros. É imprescindível o consentimento de outra pessoa para que a atividade sexual seja legítima, se fazendo necessários também o diálogo e o interesse mútuo na atividade. Na falta de consentimento e de interesse, o exercício da sexualidade viola os direitos e a liberdade de outrem. Nesse âmbito, se enquadra perfeitamente o estupro, tipificado no Código Penal brasileiro (RIOS, Roger Raupp, p.86- 87).

No senso comum, surgem também os casos do sadomasoquismo e da prostituição. Nem este nem aquele, no entanto, afetam os direitos da sexualidade, visto que, contanto que de consentimento mútuo, são atividades perfeitamente legais. Na atualidade, com o sucesso dos livros da série Cinquenta Tons de Cinza, o debate acerca do sadomasoquismo relacionado ao Direito surgiu, visto que, através de um contrato, os personagens celebram sua atividade sexual. Tal contrato, entretanto, criava obrigações e definia sanções para o não cumprimento dos deveres adquiridos por meio do mesmo. É válido ressaltar que os contratos não servem para obrigar alguém a fazer algo, por meio da ameaça de sanções, já que isto contraria o princípio do livre consentimento.

Dessa maneira, é frisada a liberdade sexual no Direito. O princípio da liberdade deve prevalecer sempre que não haja uma razão fundamentada no bem comum que seja suficiente para justificar sua limitação. É preciso identificar o infringimento dos direitos de terceiros ou de interesses coletivos para que a presunção da liberdade seja negada. A sexualidade, então, só deve ser relativizada quando ferir interesses de outrem, devendo então ser assegurada a todo e qualquer indivíduo. (OLIVEIRA, 2002, p. 93)

5 DOUTRINA ALEMÃ DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

De início, ressaltamos na doutrina do jusfilósofo alemão Robert Alexy a análise das liberdades jurídicas. Tais liberdades, para o autor, representam a capacidade de agir de diversas maneiras, sem o surgimento de obstruções a tal agir. Nesse sentido, as liberdades jurídicas são classificadas em liberdades protegidas e liberdades não protegidas. As primeiras são a expressa permissão por lei para fazer ou não fazer algo, enquanto as segundas são permissivas no sentido de excluírem qualquer obrigação de ser ou fazer (ALEXY, 2008, p. 219-225).

Em uma análise um pouco mais prática e tomando em vista o ordenamento jurídico atual, a heteronormatividade seria uma forma de liberdade protegida, visto que é permitida por lei para que ocorra, como no caso do casamento entre homem e mulher. Assim, o que se busca aqui é demonstrar a possibilidade e a necessidade de se ter a liberdade sexual como liberdade não protegida. A existência de um direito da personalidade que promova liberdade para a sexualidade, em sentido amplo, no ordenamento brasileiro, se enquadraria como uma liberdade não protegida, já que excluiria qualquer obrigação heteronormativa, aceitando diferentes formas de expressão sexual.

Alexy, em uma análise da Constituição Alemã, estrutura sua teoria na identificação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito se enquadraria como uma expressão da liberdade, evidenciando o direito da não intervenção do Estado em matéria da personalidade individual, ou seja, a liberdade de tomar suas próprias decisões no que diz respeito à sua individualidade.

No desenvolvimento da personalidade, como já explicitado anteriormente, encontra-se, indubitavelmente, a sexualidade. A restrição de escolhas em relação à pessoa ou a forma com que se relaciona afetiva e sexualmente demonstra uma explícita arrogância do legislador em querer regular aspectos de extrema individualidade.

6 ADEQUAÇÃO DA SEXUALIDADE COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Após analisar extensivamente o desenvolvimento da sexualidade, abordando-o de modo mais teórico, é importante observar a adequação do tema aos pré-requisitos da personalidade dentro da lei.

Primeiramente, é um direito absoluto, que impõe o respeito de terceiro, impondo-se de forma erga omnes.

É um direito intransmissível, pois não há como transmitir a sua sexualidade a um terceiro.

É um direito geral, pois, como explicitado pela psicanálise freudiana, pertence a qualquer ser humano, fazendo parte de um núcleo mínimo e imprescindível da esfera jurídica pessoal.

É um direito irrenunciável. Tratando-se da irrenunciabilidade, é importante tratar do celibato, já que de modo algum vai encontro com o posicionamento defendido neste texto, já que trata-se apenas da privação do exercício da sexualidade, do mesmo modo

que participantes de reality show não renunciam da sua privacidade, apenas se privam do seu exercício. A liberdade sexual existe para qualquer pessoa, incluindo os celibatários.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, frisamos que cada pessoa deve ter a capacidade plena de exercer a sua sexualidade, tendo a garantia de que tal elemento da sua personalidade não será agredido e poderá exercê-lo livremente. Na falta de uma texto positivo que trate do assunto exclusivamente, é dever do Direito Civil abarcá-lo e considerá-lo, efetivamente, como um direito da personalidade, em prol do seu desenvolvimento eficaz.

A sexualidade integra a própria condição humana, sendo elemento de sua natureza, desenvolvendo-se ao decorrer da vida humana. É um direito valorizado internacionalmente, através da World Association for Sexual Health (WAS), reconhecendo que os direitos sexuais são essenciais, ainda, para o alcance do maior nível de saúde sexual possível, reconhecendo também que a sexualidade é uma fonte de prazer e bem estar e contribui para a satisfação e realização como um todo.

É ao entender que a personalidade diz respeito ao modo de ser e manifestar a individualidade de alguém, que se faz necessária a inclusão da sexualidade como um bem da personalidade, adentrando uma noção de autonomia, permitindo ao ser humano ser quem escolheu ser, sem que seja enquadrado, social e juridicamente, em padrões pré-estabelecidos, capazes de afetar sua liberdade.

A tutela da liberdade sexual no ordenamento jurídico dos direitos da personalidade será capaz, enfim, de libertar uma enorme parcela da população historicamente oprimida e marginalizada, constante alvo de ataques de terceiros que tentam privar de indivíduos uma característica ímpar e única das suas singularidades.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A justiça e o imaginário social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FOCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FREUD, Sigmund. **A Psicanálise Silvestre**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1996.

FREUD, Sigmund. **Um Estudo Autobiográfico**. Rio de Janeiro: Imago editora 1996.

GROENINGA, Giselle. Direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). **Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”**. Coimbra: Almedina, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Para Um Direito Democrático da Sexualidade**. In Horizontes antropológicos, Porto alegre, ano. 12, n. 26, p. 71-100, jul-dez 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. **Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004.

SILVA, Jose Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.