

Rafaela Fernandes Leite

O CORPO EM DISPUTA:

prostituição,
sexualidade e
os limites da
autonomia no
direito privado

Qual é o fundamento de legitimidade do Estado para intervir na liberdade da mulher que se prostitui? Este livro enfrenta essa pergunta a partir da tensão entre Direito Privado e Direito Penal, explorando os limites da autonomia existencial e os reflexos da ordem pública na conformação da liberdade sexual.

A obra analisa como a prostituição, embora não tipificada como crime, permanece envolta pela criminalização de seu entorno, colocando a mulher em um espaço ambíguo entre liberdade e não liberdade. Nesse cenário, discute-se a alternância entre as racionalidades comutativa e distributiva no Direito Privado, bem como os critérios que justificam a restrição ou proteção da autonomia.

Mais do que um estudo jurídico, este livro é uma reflexão sobre corpo, poder e justiça, e sobre como a construção da liberdade da mulher que se prostitui desafia a coerência estrutural do Direito.

ISBN 978-65-6006-230-6



9 786560 062306 >

O CORPO EM DISPUTA:

prostituição,
sexualidade e
os limites da
autonomia no
direito privado

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

A Expert Editora, bem como a organização da obra não se responsabilizam por quaisquer posições, opiniões e condutas compartilhadas nesta obra, sendo o conteúdo dos capítulos de responsabilidade exclusiva de seus respectivos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LEITE, Rafaela Fernandes.

O corpo em disputa: prostituição, sexualidade e os limites da autonomia no direito privado / Rafaela Fernandes Leite. – Belo Horizonte, MG: Editora Expert, 2025.

254 p.

ISBN: 978-65-6006-230-6

1.Prostituição. 2.Direito privado. 3.Direitos da personalidade. 4.Autonomia privada. 5.Sexualidade e direito. 6.Gênero.

I. Título.

CDD: 346.013 CDU: 347.156

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

Direito Privado / Direitos da Personalidade / Prostituição – 346.013 / 347.156

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel

Cavaco Picanco Mestre

Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.
Superior de Comunicação Social (Portugal),
The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo

Universidad de los Andes, ISDE, Universidad
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG,
e PUC - Minas

Prof. Dr. Gladston Mamede

Advogado e escritor

Prof. Dr. Francisco Satiro

Faculdade de Direito da USP - Largo São
Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza

Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira

PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez

Universidad Anahuac, Universidad
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad
Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino

UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm

Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud

Faculdade de direito Universidade
Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Fêres

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra

Universidad Continental sede Huancayo,
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),
Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Universidade Estadual De Montes Claros

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues

Centro Universitário Unihorizontes
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.
PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins

Universidade do Estado de
Minas Gerais - UEMG

*À Priscilla, à Liz e à Flora,
Por serem a felicidade tangível e
constante nos meus dias.*

APRESENTAÇÃO

A projeção discursiva da sexualidade como uma verdade inter-relacionada entre o sexo biológico, o gênero e o comportamento sexual impôs à mulher um dever sexual moral de ascendência cristã, matrimonial, heterossexual e com finalidade reprodutiva. A formatação da liberdade sexual por esses imperativos foi incorporada pelo Estado de Direito e influiu diretamente na validade e eficácia dos negócios que se pretendem jurídicos entre a mulher que se prostitui e os demais sujeitos de direito, alocando deveres de abstenção para esses últimos e, simultaneamente, negando direitos fundamentais e sociais para aquela primeira ante o esvaziamento do seu poder de disposição.

Dessa forma, embora a mulher que se prostitui não seja considerada sujeito ativo de qualquer tipo penal, convive com a criminalização de todo o seu entorno, situando-se em um limbo entre os espaços de liberdade e não liberdade, remanescente da confluência coordenada entre o Direito Privado e o Direito Penal. A situação jurídica descrita desafia a racionalidade estrutural do Direito Privado e sugere o deslocamento do pressuposto formal de igual liberdade, sem, contudo, oferecer critérios que orientem essa alternância.

Diante disso, questiona-se: qual é o fundamento de legitimidade do Estado para, no contexto constitucional democrático, por intermédio da ordem pública, promover alocação interventiva restritiva ou regulatória das liberdades individuais da mulher que se prostitui, de modo a conferir conteúdo à autonomia privada, promovendo a alternância da racionalidade estrutural do Direito Privado? Este livro está estruturado sobre dois marcos teóricos complementares. Pelo primeiro, pressupõe-se que o Direito Privado se funda sob a justiça comutativa, não obstante, assume-se a ambivalência da sua racionalidade, pela qual ele poderá demandar, excepcionalmente, uma racionalidade distributiva que será operacionalizada por intermédio da alocação interventiva restritiva ou regulatória de liberdades individuais. E, pelo segundo, afirma-se a compatibilidade

da concepção política de justiça liberal igualitária e dos princípios de liberdade e igualdade por ela arbitrados, para formação da estrutura formal funcional do Direito Privado, bem como dos critérios de alternância da sua racionalidade.

Assim tem-se como objetivo geral desse livro, a investigação dos fundamentos de legitimidade da ordem pública no Direito Privado, pelos quais tem-se a operacionalização da alocação interventiva restritiva e regulatória das liberdades individuais que conferem conteúdo à autonomia privada das mulheres que se prostituem, na alternância coerente entre as espécies de justiça particular, quais sejam, comutativa e distributiva. Isso posto, são estabelecidos os seguintes objetivos específicos: No Capítulo 2, busca-se a compreensão da sexualidade no Estado Moderno e os reflexos que dela se originaram na formação jurídica da prostituição, bem como na definição da política interna que orienta feminismo radical e liberal. No Capítulo 3, pretende-se descrever a relação não instrumental estabelecida entre o liberalismo igualitário e o Direito Privado, pela qual será proposto o fundamento de alternância coerente entre a racionalidade comutativa e distributiva na fundamentação e prescrição normativa das relações particulares. No Capítulo 4, será investigada a juridicização da liberdade pela autonomia privada, em sua acepção negativa e positiva, pela qual objetiva-se a identificação dos parâmetros de inteligibilidade dos direitos subjetivos de personalidade e a extensão da liberdade negocial projetada sobre eles, informando um regime qualitativamente diverso para os negócios existenciais. O argumento que está sendo defendido é de que, em um esquema coerente de liberdades e não liberdades, expresso ainda na correlação entre a autonomia positiva e negativa, deve ser compreendido como ilegítima qualquer restrição a autonomia existencial, a menos que ela se manifeste lesiva ao sistema de iguais liberdades individuais ou seja necessária para manutenção da titularidade do direito subjetivo de personalidade no qual se funda o poder dispositivo. Diante disso, o exercício de direitos subjetivos de personalidade pode integrar o conteúdo dispositivo da autonomia privada existencial, de modo a possibilitar o desenvolvimento livre da

sexualidade da mulher que se prostitui no contexto negocial do qual ela foi historicamente excluída.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	15
2. Mulheres que se prostituem: O comportamento sexual como um ato político para além das relações de gênero.....	19
2.1 A sexualidade multifacetada na construção das novas mulheres.....	20
2.2 A prostituição como espaço político de disputa social, jurídica e política	36
2.2.1 Entre o ocultamento e a sexualidade criminalizada pelo Direito Moderno....	37
2.2.2 Da vitimização à emancipação: a incipiência da racionalidade feminista para uma concepção política consensual de justiça	49
3. A racionalidade estrutural do direito privado no liberalismo igualitário: Uma arbitragem de justiça para a alternância coerente entre a justiça comutativa e a justiça distributiva.....	73
3.1 O desenvolvimento da liberdade e da igualdade pelo Direito Privado: fundamentos de coerência, imanência e inteligibilidade das relações jurídicas.....	74
3.2 A funcionalização do Direito Privado no regime liberal igualitário: fundamentos para estruturação da justiça distributiva.....	106
3.3 O método estrutural formal-funcional de alternância da racionalidade no Direito Privado.....	136
4. A organização interna da liberdade pela autonomia privada existencial: O poder de disposição no regime formal-funcional do direito privado.....	143
4.1 Das múltiplas acepções acerca da liberdade à unidade estrutural formal-funcional jusprivatista: a liberdade negativa e a liberdade positiva no Direito Privado.....	144

4.2 O poder jurídico conferido pelas liberdades fundamentais à autonomia privada: uma revisão dos direitos subjetivos de personalidade.....	169
4.3 A sexualidade como conteúdo do poder dispositivo da autonomia privada: a estrutura qualitativamente diversa dos negócios jurídicos existenciais	194
5. Considerações Finais	209
Referências.....	228

1. INTRODUÇÃO

A sexualidade, constituída pelo conjunto não coordenado entre os sexos, os gêneros e os comportamentos sexuais, foi produzida discursiva e historicamente como o seu oposto. A cientificidade erigida sobre premissas religiosas e morais estabeleceu uma verdade inter-relacionada entre o sexo biológico, o gênero e o comportamento sexual, estabilizando e universalizando o paradigma da sexualidade boa, normal, natural e, porquanto, idealizada heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não-comercial.

Ao gênero feminino imprimiu-se um dever sexual moral, de ascendência cristã e finalidade reprodutiva. A mulher que se prostitui, nesse contexto, é reputada uma vítima dos desígnios impulsivos e voláteis do seu gênero, permitindo que o poder e o saber produzidos acerca da sexualidade exercessem um controle sutil e, simultaneamente, violento sobre ela. Ao gênero masculino, por outro lado, foi conferida legitimidade aos privilégios sexuais que ostentavam, justificando, para tanto, seu instinto ávido pelo sexo em oposição às mulheres sãs. Por essa razão, raramente são deslocados da condição de demandantes exclusivos dos serviços sexuais.

O processo de assimilação da sexualidade no Brasil reproduziu a lógica de universalização, normalização e estabilização dos supostos esquemas do inconsciente distintivo do comportamento sexual feminino e masculino. A mulher, reputada vítima da prostituição, é lançada ao limbo originado entre os espaços de liberdade e não liberdade, residuais na confluência coordenada entre o Direito Privado e o Direito Penal.

Porquanto, embora não seja considerada sujeito ativo de qualquer tipo penal, convive com a criminalização de todo o seu entorno, promovendo, por conseguinte, a invalidade e a ineficácia de relações que se pretendem recíprocas, firmadas no referencial da justiça comutativa, entre a mulher que se prostitui e os demais sujeitos de direito, restringindo o alcance de liberdades fundamentais e sociais.

Para tanto, ignora-se o desenvolvimento do Direito Privado na modernidade como um sistema ordenado de relações jurídicas que reclama coerência e sistematicamente, deveria resistir aos imperativos morais, religiosos e/ou filosóficos de sexualidade boa ou digna, que pretendam influir em sua racionalidade estrutural, promovendo acrasias na correlação entre a liberdade e a igualdade, valores pressupostos na sua justificação normativa.

Diante disso, questiona-se qual é o fundamento de legitimidade do Estado para, no contexto constitucional democrático, por intermédio da ordem pública, promover a alocação restritiva ou regulatória das liberdades individuais, promovendo a alternância da racionalidade estrutural do Direito Privado?

A delimitação do problema vinculou o desenvolvimento deste livro ao objetivo geral de investigar os fundamentos de legitimidade da ordem pública no Direito Privado, para que se verifique, de modo coerente com o sistema jurídico existente, a operacionalização da alocação restritiva e regulatória das liberdades individuais, na alternância entre as espécies de justiça particular, quais sejam, comutativa e distributiva, para correlacionar os seus efeitos com a liberdade sexual da mulher que se prostiui.

Isso posto, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: no Capítulo 2, objetiva-se problematizar a prostituição como espaço de disputa social, jurídica e política na história do direito no Brasil para, posteriormente, relacionar as diferentes perspectivas feministas acerca do assunto, delimitando a oposição entre os fundamentos assumidos pelo feminismo radical e liberal; com isso, pretende-se evidenciar a relevância de uma delimitação acerca da liberdade e, sobretudo, dos fundamentos do Direito Privado, uma vez que a variedade dos discursos analisados possuem, em comum, a pretensão de tornarem-se normativos.

No Capítulo 3, percebidos os efeitos sofridos pelo controle e pelo poder estabelecidos sobre a sexualidade no âmbito do Direito Privado, uma vez que as relações assessórias à prostituição tendem a ser negadas em validade e eficácia, pretende-se delimitar os

fundamentos do Direito Privado e sua justificação normativa, a fim de afirmar sua racionalidade estrutural; posteriormente, assumindo que o Direito Privado não passaria infenso às demandas sociais, afirma-se a possibilidade de que fosse assumida, entre a forma e a função, uma relação de complementariedade. Por fim, descreve-se a relação, não instrumental, estabelecida entre o liberalismo igualitário e Direito Privado, pela qual foi proposto o fundamento de alternância coerente entre a racionalidade comutativa e distributiva, no que se denominou método estrutural formal funcional.

No Capítulo 4, tendo sido refutada a sexualidade na estrutura pós-metafísica que é produzida pelo discurso científico, bem como a compatibilidade do poder jurídico-discursivo lançado sobre ela com a estrutura formal-funcional do Direito Privado, perquiriu-se, na juridicização da liberdade, em sua acepção negativa e positiva, pela autonomia privada e, especialmente existencial, os parâmetros de inteligibilidade dos direitos subjetivos de personalidade, núcleo subjetivo no qual se projeta a liberdade sexual e pelo qual se delimita o poder dispositivo conferido à autonomia privada em relações negociais. Por fim, foi projetado um regime qualitativamente diverso para os negócios jurídicos existenciais, identificando suas diretrizes e pressupostos de validade, para uma análise conjectural das atividades relacionadas à prostituição.

A hipótese a ser testada é de que, em um esquema coerente de liberdades e não liberdades, expresso na correlação entre a autonomia privada negativa e positiva, alternativas intrassistêmicas para problemas de Direito Privado que se ancoram em sua estrutura formal-funcional, deve ser compreendida como ilegítima qualquer disposição de ordem pública que, determinando a alocação restritiva ou regulatória de liberdades fundamentais que constituem o núcleo dos direitos subjetivos de personalidade, não guarde relação com: a) a necessidade de se impedir que o direito subjetivo de personalidade, no qual se funda sua autonomia, seja objeto de transação; b) a necessidade de disposições regulatórias desiguais de liberdades individuais, cujo fundamento derive da identificação de alguma situação de

vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias, afetando, portanto a forma de disposição dos direitos subjetivos, sem, contudo, suprimir o poder dispositivo no qual se funda a autonomia privada; c) a necessidade de promoção, dado algum pressuposto de vulnerabilidade, da personalidade moral da pessoa humana, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade; ou d) a necessidade de restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade.

O livro estrutura-se a partir de dois pressupostos teóricos fundamentais. Pelo primeiro, parte-se da premissa de que o Direito Privado assenta-se sobre a justiça comutativa, de matriz aristotélica, não obstante a ambivalência de sua racionalidade, pela qual pode demandar, em caráter excepcional, uma racionalidade distributiva, operacionalizada mediante a alocação restritiva ou regulatória de liberdades individuais (DRESH, 2013). Pelo segundo, ancora-se no formalismo jurídico, a fim de sustentar a compatibilidade do liberalismo igualitário (RAWLS, 2000; 2016) como referencial de correção e de justiça social do Direito Privado. Assim, comprometido com a realização simultânea das exigências decorrentes dos direitos de liberdade e de igualdade — mediados pelo princípio da diferença — o livro propicia uma investigação aprofundada acerca da relação entre justiça comutativa e justiça distributiva, voltada ao aperfeiçoamento das liberdades fundamentais.

Por fim, destaca-se que o desenvolvimento do livro, diante da amplitude e complexidade da temática abordada, situa-se em uma perspectiva interdisciplinar. Para tanto, articula conteúdos de distintas áreas do conhecimento, tanto no interior do próprio campo jurídico — especialmente do Direito Privado, do Direito Constitucional e do Direito Penal — quanto em domínios conexos, como a antropologia, a sociologia jurídica e a filosofia política. Ademais, adota uma abordagem metodológica plural, que conjuga diferentes tipos de investigação, notadamente as modalidades histórico-jurídica, jurídico-descritiva e jurídico-propositiva (GUSTIN; DIAS, 2006).

2. MULHERES QUE SE PROSTITUEM: O COMPORTAMENTO SEXUAL COMO UM ATO POLÍTICO PARA ALÉM DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

A relação contratual por intermédio da qual a mulher, voluntariamente, se obriga por tempo certo e/ou atividade determinada, mediante contraprestação econômica, ao desempenho de atividades de caráter sexual, é entendida como prostituição¹. A atividade, popularmente conhecida como uma das profissões mais antigas do mundo, é de genealogia e validade jurídica controversas, fundindo-se com origem da sexualidade e do gênero, em suas repercussões semânticas e políticas.

O corpo inteligível, enquanto referencial de imputação e de reprodução dos saberes científicos, conferiu à ciência a legitimidade para determinar o que se entende por comportamento sexual natural e perverso, lícito e ilícito. Dessa forma, instituíram-se relações discursivas de poder mediadas pelo dispositivo da sexualidade, por meio do qual as mulheres são privadas de poder ao mesmo tempo em que aos homens se atribui a sua titularidade. A mulher passa, então, a ser objeto de análise e descrição, mas também de desqualificação simbólica e social. O dispositivo da sexualidade — cuja semântica se encontra em permanente disputa e resistência — inscreve no sexo e no gênero femininos um dever sexual moral, de matriz cristã e de finalidade reprodutiva, o qual é assimilado e reproduzido pelo ordenamento jurídico.

¹ A compreensão da prostituição como uma relação contratual, por influência de Maria Luisa Maqueda Abreu (2009), José Miguel Nieto Olivar (2013), Maria Celeste Simões Marques e Lilian Samantha Vasconcelos Gomes (2013), Guilherme de Souza Nucci (2015), André Estevan (2016), Bárbara Natália Lages Lobo e José Adercio Leite Sampaio (2016), Thaís Campos Silva (2017), Alessandra Margotti (2017) e Gustavo Moreira Capela (2013), dentre outros autores, demarca o referencial teórico da autora, contudo, conforme se demonstrará na seção 2.2.2, a significação proposta é objeto de controversa e disputa entre os feminismos. Com efeito, conforme se negue a voluntariedade da relação entre a prostituta e o propenso cliente, tem-se uma relação de exploração e dominação sexual que, fundada sob o poder patriarcal, não pode ser reputada contratualmente válida.

Diante disso, o desenvolvimento do presente capítulo teve como premissa a necessidade de compreensão dos fundamentos jurídicos que culminam na restrição da liberdade da mulher que se prostitui em um ambiente social mais amplo. Com efeito, a partir da observação de literatura interdisciplinar² revisada acerca da sexualidade, do sexo e do gênero, elementos que conformam a mulher enquanto sujeito político, firma-se a relação entre eles e a prostituição como espaço político de disputa social, jurídica e política para, em momento subsequente, concluir, a partir da generalização dos achados, acerca da incipiência justificatória dos fundamentos de racionalidade³ e coerência que estariam circunscritos no fenômeno da juridicização da vida privada da mulher que se prostitui⁴.

2.1 A SEXUALIDADE MULTIFACETADA NA CONSTRUÇÃO DAS NOVAS MULHERES

A sexualidade, o sexo e o gênero possuem uma significação histórica e cientificamente produzida que os precede, impondo-se de forma subjacente nas práticas discursivas acerca dos comportamentos sexuais e da feminilidade. Pela história imprimem estabilidade e pela ciência tornam-se universalizáveis e determinantes no destino dos sujeitos.

2 Ilustra-se a interdisciplinaridade que orientou o desenvolvimento do presente capítulo a partir das colaborações que se apresentaram dialógicas entre antropólogos, sociólogos, historiadores, filósofos e juristas de linhas de pesquisa diversas.

3 Racionalidade é compreendida nesse contexto como instrumento de realização dos fins do direito que, pressupõe-se, devem apresentar-se de forma coesa para legitimar a ordem pública - normas cogentes e inafastáveis pela vontade dos destinatários - na ingerência da liberdade individual. Os referidos fins devem submeter-se a alguma concepção de justiça que possa ser constitucionalmente endossada pela sociedade democrática, conforme se demonstrará no Capítulo 3.

4 Durante o presente livro será utilizada a expressão “mulher que se prostitui” em oposição a “mulher prostituta”, ou simplesmente “prostituta”. A aparente prolixidade se justifica ante a necessidade de se evidenciar que a prostituição não pode ser uma síntese da identidade dessas mulheres, mas apenas uma nota sobre o universo que as representa.

Porquanto, no final do século XIX, o debate sobre os corpos e o comportamento sexual foi deslocado do centro das preocupações da religião e da filosofia moral, para ascender nas discussões entre especialistas, médicos, psiquiátricos e psicólogos, dentre outros profissionais, contribuindo para o surgimento da sexologia enquanto disciplina de estudo transdisciplinar, cuja base teórica constituiu-se pela reunião entre a psicologia, a biologia, a antropologia, a história e a sociologia (WEEKS, 2000, p. 3). Foi então pelo saber que a sexualidade, o sexo e o gênero puderam ser operacionalizados como dispositivos de poder e de controle.

O argumento essencialista, segundo o qual a sexualidade é conformada por fatores biológicos e fisiológicos, endossado por profissionais médicos, psiquiatras e psicólogos nas investigações acerca do comportamento sexual que fundaram a sexologia, viabilizou a estruturação binária da sexualidade e, por conseguinte, do gênero como uma consequência natural e inafastável das diferenças biológicas e fisiológicas entre o homem e a mulher.

A reprodução sistemática dos discursos essencialistas, alçaram a sexualidade, o sexo e o gênero, como categorias estáveis e universalizáveis, que serviriam de paradigma para a certificação da sexualidade sã, qual seja, heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não comercial; e do comportamento sexual que, se desviante ou não natural, tornava-se referencial de patologização (RUBIN, 1984). A utilização de argumentos pós-metafísicos para a condenação de determinados comportamentos sexuais e a sua hierarquização, revela um poder discreto e implícito no controle e exclusão social e jurídica dos sujeitos.

A existência de um sistema de valoração sexual que classifica o comportamento sexual em bom ou ruim, natural ou não natural, é descrita por Gayle Rubin:

De acordo com esse sistema, a sexualidade que é “boa”, “normal”, e “natural” deve idealmente ser heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva

e não-comercial. Deveria ser em casal, relacional, na mesma geração, e acontecer em casa. Não deveria envolver pornografia, objetos fetichistas, brinquedos sexuais de qualquer tipo, ou outros papéis que não o masculino e feminino. Qualquer sexo que viole as regras é “mal”, “anormal” ou “não natural”. O sexo mal pode ser o homossexual, fora do casamento, promíscuo, não-procriativo, ou comercial. Pode ser masturbatório ou se localizar em orgias, pode ser casual, pode cruzar linhas geracionais, e pode se localizar em lugares “públicos”, ou ao menos em moitas ou saunas. Pode envolver o uso de pornografia, objetos fetichistas, brinquedos sexuais, ou papéis pouco usuais. (RUBIN, 2012, p. 17)

A defesa da sexualidade como um instituto natural, condicionado ao fator biológico e fisiológico dos sujeitos, invariável no contexto histórico, social ou político no qual estivesse inserida, imprimindo nos gêneros formas distintas de um comportamento sexual tolerável, estruturado a partir da concepção da sexualidade sã e verdadeira, foi amplamente refutada por Foucault no primeiro volume da História da Sexualidade (1999), no qual o referido filósofo perquiriu as instâncias de produção discursiva da sexualidade, do poder que se estabelece a partir dela e do saber a partir do qual ela se constituiu em uma verdade científica.

Ao propor uma análise da história da sexualidade enquanto domínio de uma verdade específica, conforme difundida no século XIX, Foucault (1999), condiciona sua compreensão ao conhecimento da história dos discursos reputados verdadeiros acerca do comportamento sexual e, articulando uma relação entre poder, saber e sexualidade, afirma a existência de uma produção da sexualidade, derrogando a tese essencialista, pelo que concluiu que:

Não se deve concebê-la como uma espécie de dado da natureza que o poder é tentado a pôr em xeque,

ou como um domínio obscuro que o saber tentaria, pouco a pouco, desvelar. A sexualidade é o nome que se pode dar a um dispositivo histórico: não à realidade subterrânea que se apreende com dificuldade, mas à grande rede da superfície em que a estimulação dos corpos, a intensificação dos prazeres, a incitação ao discurso, a formação dos conhecimentos, o reforço dos controles e das resistências, encadeiam-se uns aos outros, segundo algumas grandes estratégias de saber e de poder (FOUCAULT, 1999, p. 100).

Por essa razão, Pierre Bourdieu (2002) afirma que os supostos esquemas do inconsciente sexuado não são alternativas estruturantes fundamentais de distinção entre o masculino e o feminino, mas estruturas históricas que deflagram a emergência da sexualidade como tal a partir “de todo um conjunto de agentes concorrendo pelo monopólio da definição legítima das práticas e dos discursos sexuais [...] capazes de impor esta definição nas práticas” (BOURDIEU, 2002, p.124).

A ciência sexual não foi, contudo, suficientemente capaz de expurgar a moral cristã e, ao contrário do que se poderia supor, as orientações médicas permaneceram vinculadas ao campo religioso e, sobretudo, ao referencial matrimonial como parâmetro de atribuição da sexualidade legítima.

O processo de assimilação da sexualidade como objeto de saber médico foi também percebido no Brasil a partir do século XIX, notadamente nas produções científicas voltadas para o cotidiano urbano que se pressupunha doente, corroborando para a criação de um projeto de higienização na cidade do Rio de Janeiro. A prostituição nesse contexto foi recepcionada com um problema oriundo do período colonial e que deveria ser estudada em sua origem, causas e efeitos, pelos médicos, segmentos da intelectualidade que tinham por incumbência controlar os devaneios sexuais pela patologização e

medicalização da sexualidade⁵. Para tanto, a prostituição se afastou do referencial cristão de controle para converter-se em doença, sendo envolvida na relação de poder produzida pelo saber médico. Assim, a prostituição deveria ser vigiada não pela moralidade sexual, mas por representar um comportamento sexual anormal. (ENGEL, 2002).

Com a disseminação da sífilis ainda no século XIX, o saber médico teve a oportunidade de transformar a prostituição em objeto da ação médica a partir da associação da prostituição com doenças venéreas, produzindo uma verdade sobre a sexualidade dessas mulheres que, simultaneamente, autorizava que a ciência exercesse um maior controle sobre os seus corpos a partir das políticas sanitárias e de higienização, endossadas pelos médicos regulamentaristas, profissionais que reclamavam a aplicação de normas de fiscalização e controle do corpo da mulher que se prostituía e de circunscrição dos locais que ela poderia frequentar, para conter os riscos da propagação das doenças venéreas e da contaminação moral e social. Os médicos que se opunham aos regulamentaristas eram mais radicais e defendiam a necessidade de extermínio da prostituição por intermédio da repressão legal e policial como única alternativa ao combate das doenças venéreas (ENGEL, 2002).

O saber médico constrói os limites cíclicos de significação e apagamento da prostituição pela investigação da sua definição patológica, das causas da doença, seus sintomas e, finalmente, do tratamento perpetrado pelo emprego das técnicas de profilaxia, dentre as quais a educação moral, para conter o número de prostitutas. A extensão do controle que se pretendia exercer é descrito por Magali Engel (2002, p.125):

É inegável o grau de sofisticação do controle que se pretendia exercer. Penetrando nos recantos mais

5 A medicalização da sexualidade foi percebida com maior intensidade para crianças e mulheres. O médico, pautado pela ciência, passava a ingerir em todas as dimensões sociais desses corpos e, aos poucos, transformou as relações de poder para assumir sua titularidade.

íntimos do cotidiano das relações domésticas, o médico desejava eliminar todas as práticas que fugissem aos padrões definidores do modelo de família higiênica, única capaz de levar a bom termo a missão educadora.

A mulher deveria receber ainda uma formação profissional que, compatível com as limitações assinaladas pelo saber médico no seu corpo⁶, impedisse que ela se prostituisse ou fosse facilmente seduzida pelo homem (ENGEL, 2004). A compreensão da mulher como uma vítima que deveria ser protegida permitiu que o dispositivo da sexualidade exercesse seu controle mais sutil sobre elas. Ao homem, por outro lado, a ciência contribuiu conferindo legitimidade aos privilégios sexuais que ostentavam, justificando, para tanto, que eram eles demarcados por um instinto ávido pelo sexo em oposição as mulheres (CARMO, 2011).

Nesse sentido, Foucault sugere que o saber produzido ao longo do século XIX acerca da sexualidade, se inscrevia paradoxalmente sob duas matrizes teóricas, “uma biologia da reprodução desenvolvida continuamente segundo uma normatividade científica geral, e uma medicina do sexo obediente a regras de origens inteiramente diversas” (FOUCAULT, 1999, p. 53 e 54), o que se justificaria uma vez que as práticas sexuais até o final do século XVIII, eram regidas pelo direito canônico e pela a pastoral cristã, que junto com a lei civil, fixavam os limites entre o lícito e o ilícito.

As concepções morais e religiosas acerca de uma sexualidade são boa, embora pudessem nutrir – paradoxalmente – parte dos discursos científicos, foram preponderantemente esses últimos que instituindo a normalização da sexualidade fizeram, sobretudo do século XIX e XX, “a idade da multiplicação, uma dispersão de sexualidades, um reforço de suas formas absurdas, uma implantação múltipla das perversões” (FOUCAULT, 2009, p. 37), sobretudo pela capacidade científica de

6 Quais sejam, dentre outras, a inaptidão pelos estudos, os nervos instáveis e o caráter sugestível.

dissimular a estrutura das relações de dominação sexual na qual se funda, tornando a sua lógica (in)consciente de reprodução da moralidade sexual inapreensível.

Criou-se, nesse contexto, a sexualidade periférica e etimologizou-se suas espécies conforme as distinções biológicas e fisiológicas percebidas entre os sujeitos, intituladas e construídas no referencial do sexo e do gênero e, secundariamente, a partir da idade, da conduta e dos prazeres declarados. Pela ilicitude e proibição da conduta, como pela situação estratégica e complexa, que se estabelece na sociedade, a partir do dispositivo da sexualidade, que se tem o ponto de interseção entre uma forma de poder⁷ e os corpos que revelam prazeres ditos perversos.

A peculiaridade desse poder, que vincula a identidade e controla a inteligibilidade dos sujeitos a partir do seu sexo e gênero, revela-se pela sua capacidade de monopolizar o discurso em espaços sociais distintos nos quais opera⁸, em última análise, a dominação dos dissidentes sexuais⁹, reproduzindo diuturnamente os esquemas de estratificação sexual. O resultado desse poder difuso é descrito por Gayle Rubin (2012), em sua ebulição política, como fonte das mudanças

7 Foucault (1999, 87) rejeita uma concepção de poder adstrita ao direito, lei e soberania, assim, afirma que: “se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização; o jogo que, através de lutas e afrontamentos incessantes as transforma, reforça, inverte; os apoios que tais correlações de força encontram umas nas outras, formando cadeias ou sistemas ou ao contrário, as defasagens e contradições que as isolam entre si; enfim, as estratégias em que se originam e cujo esboço geral ou cristalização institucional toma corpo nos aparelhos estatais, na formulação da lei, nas hegemonias sociais.”

8 Os espaços sociais, políticos e jurídicos contraem-se diante de tudo aquilo que divirja do padrão sexual heterossexual, monogâmico e matrimonial (ainda que esse último atualmente tenha menor relevância para lógica de produção capitalista pelo qual se institucionalizou).

9 Por dissidentes sexuais compreendem-se os homossexuais, trabalhadores do sexo (e mais enfaticamente as mulheres pela dupla violação moral), as mulheres que abortam, os sujeitos inseridos na indústria pornográfica, os transexuais, travestis, fetichistas, sadomasoquistas e todos aqueles que ousarem desafiar a lógica heterossexual e reprodutiva de funcionalização legítima da sexualidade.

sociais de dizimação de grupos preteridos na hierarquização sexual, antecedidas pela produção do pânico moral¹⁰:

Devido a sexualidade nas sociedades ocidentais ser tão mistificada, as guerras sobre ela são comumente combatidas a partir de ângulos oblíquos, focadas num alvo falso, conduzidas com paixões deslocadas, e são altamente e intensamente simbólicas. Atividades sexuais muitas vezes funcionam como significante de apreensões sociais e pessoais com as quais não tem uma conexão intrínseca. Durante um pânico moral tais medos se ligam a uma infeliz população ou atividade sexual. A mídia se torna inflamada com indignação, o público se comporta como uma massa fanática, a polícia é ativada, e o estado põe em ação novas leis e regulações. Quando o furor passa, alguns grupos eróticos inocentes foram dizimados, e o estado estendeu seu poder em novas áreas do comportamento erótico.

O sistema de estratificação sexual provê vítimas fáceis que carecem de poder para defender a si mesmas e um aparato preexistente para controlar seus movimentos e cercear suas liberdades. O estigma contra os dissidentes sexuais torna-os indefesos. Todo o pânico moral tem consequências em dois níveis. A população-alvo sofre mais, mas todos são afetados pelas mudanças sociais e legais.

Os pânicos morais raramente aliviam um problema real já que eles focam em quimeras e significantes. Eles tomam a preexistente estrutura discursiva em que se inventam vítimas para justificar o tratamento dos “vícios” como crimes. A criminalização de comportamentos inócuos como a homossexualidade, prostituição, obscenidade, ou consumo recreativo de drogas é racionalizado ao representá-los como ameaças a saúde e segurança, mulheres e crianças,

10 Gayle Rubin afirma adotar essa terminologia por influência de uma discussão em *Sex, politics, and society*, publicado em 1981 por Jeffrey Weeks.

segurança nacional, a família, ou a civilização em si mesma. (RUBIN, 2012, p. 36).

As estruturas invisíveis que demarcam o dispositivo da sexualidade e permitem a reprodução do seu controle articulam-se a partir de relações de poder múltiplas e móveis, que constituem o que Foucault (2009, p. 79) denominou de poder jurídico-discursivo. Trata-se da representação do poder que reúne a repressão e a lei, sendo estruturado a partir da relação coordenada dos seguintes poderes: da negativa do sexo, por intermédio do qual oculta sexualidade e sujeitos; da instância da regra, pela qual o comportamento sexual vincula-se ao que se encontra previsto em lei e organiza-se a partir do regime binário da licitude e ilicitude; do ciclo da interdição, que consiste na imposição ao sujeito que renuncie de sua sexualidade e a si próprio sob pena de ser suprimido; da lógica da censura que operacionalizando o poder de interdição, impõe a negação da existência das sexualidades que divergem daquela institucionalizada; e, por fim, da unidade do dispositivo, que pela homogeneidade formal do poder sobre a sexualidade e os sujeitos, indistintamente, pela universalização do lícito e ilícito, encontra, também na lei, o mecanismo de exercício de interdição, censura e, faz ascender no destinatário da norma, a forma geral de submissão.

Tem-se o “poder legislador, de um lado, e sujeito obediente do outro”, e enfim, “todos os modos da dominação, submissão, sujeição se reduziriam, finalmente, ao efeito de obediência” (FOUCAULT, 1999, p. 83 e 84). Dessa forma, a sexualidade enquanto dispositivo de poder, se afirma como um instrumento eficaz na ordem do poder e produção de um saber verdadeiro acerca da sexualidade das mulheres, das crianças, do controle das atividades relacionadas a procriação e, por fim, na especificação dos perversos, dos sujeitos com comportamento sexual patológico.

O corpo da mulher nesse contexto é analisado, categorizado e simultaneamente, desqualificado. Tem-se a produção do sexo fragilizado, da mulher nervosa, da esposa frígida que rejeita o próprio

marido. Sua relevância imprescinde do corpo social para o qual deve assegurar fecundidade e do ambiente conjugal, do qual é elemento e substância. Tem-se a mulher casada e mãe, cuja sexualidade volta-se à satisfação do marido e a garantia da continuidade da vida social pela procriação.

A relação entre a sexualidade produzida e a família é justificada, ainda, por Foucault (1999) ao afirmar que as relações de sexo primeiramente tenham dado lugar “a um dispositivo de aliança: sistema de matrimônio, de fixação e de desenvolvimento dos parentescos, de transmissão dos nomes e dos bens” (FOUCAULT, 1999, p. 100). Embora o referido dispositivo não tenha sido considerado suficiente para oferecer suporte aos processos econômicos, não obstante sua possibilidade incontestada de transmissão ou circulação de riquezas, conquanto sirva para uma homeostase do corpo social, não é peremptoriamente afastado a partir do dispositivo da sexualidade.

Assim, como o dispositivo também se estrutura a partir das relações de sexo, juntamente com o dispositivo da aliança, encontram-se fixados na forma da família. Por essa razão, Bourdieu afirma que (2002, p. 115): “O exercício legítimo da sexualidade embora possa parecer cada vez mais liberto da obrigação matrimonial, permanece ordenado e subordinado à transmissão do patrimônio, através do casamento, que continua sendo uma das vias legítimas de transferência da riqueza”.

A produção de um saber sobre a sexualidade é também denunciada por Guacira Lopes Louro (2001, p. 1), que nos rastros de Foucault, afirma que:

[...] a sexualidade tornou-se objeto privilegiado do olhar de cientistas, religiosos, psiquiatras, antropólogos, educadores, passando a se constituir, efetivamente, numa ‘questão’. Desde então, ela vem sendo descrita, compreendida, explicada, regulada, saneada, educada, normatizada, a partir das mais diversas perspectivas. Se, nos dias de hoje, ela

continua alvo da vigilância e do controle, agora ampliaram-se e diversificaram-se suas formas de regulação, multiplicaram-se as instâncias e as instituições que se autorizam a ditar-lhe as normas, a definir-lhe os padrões de pureza, sanidade ou insanidade, a delimitar-lhe os saberes e as práticas pertinentes, adequados ou infames. Ao lado de instituições tradicionais, como o Estado, as igrejas ou a ciência, agora outras instâncias e outros grupos organizados reivindicam, sobre ela, suas verdades e sua ética.

A compreensão da sexualidade como um dispositivo histórico de construção de saber e poder, refuta, portanto, o determinismo biológico e a naturalização das disparidades sociais fundadas nas concepções de sexo e gênero. E mais, a “constatação da constância trans-histórica” (BOURDIEU, 2002, p. 122) das relações de dominação que se efetivam por intermédio da sexualidade, diante dos dissidentes sexuais e, notadamente, das mulheres, obriga a revisitação da problemática originária, da construção do sexo, do gênero e de como esses construtos fundam teorias políticas de ideal emancipatório mas podem, simultaneamente, corrompe-los.

Desencobrir as tramas da sexualidade implica conceber que um mesmo comportamento sexual pode ter significados e sentidos singulares a depender do contexto cultural e período histórico, conforme sustentam Gayle Rubin (1984) e Jeffrey Weeks (2000), ambos percussores da tese do construcionismo social que, com Foucault, tornou-se um dos fundamentos subjacentes para emergência do movimento *queer* (SPARGO, 2006, p. 06), ao problematizar a sexualidade como um dispositivo histórico decorrente da relação existente entre o saber e o poder.

O gênero, nesse contexto, passa a ser compreendido como um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e por intermédio do qual o poder articula-se, construindo a política e sendo por ela construído (SCOTT, 1988). A

construção simbólica dos gêneros operacionaliza-se por intermédio das distinções biológicas e fisiológicas percebidas entre os sujeitos, objetivando hierarquiza-los em estruturas de legitimação de condutas.

Nesse sentido, Pierre Bourdieu (2002), analisando a dominação masculina e a construção dos gêneros em seus aspectos relaciona, observou que:

A construção simbólica dos gêneros, operacionaliza-se por ritos de instituição que realizam, operações de diferenciação entre o homem e a mulher impõem-lhes, conforme a definição social de sua distinção sexual, práticas que convêm a seu sexo, proibindo ou desencorajando as condutas impróprias, sobretudo, nas relações com o outro sexo. (2007, p. 35)

Com a pretensão semelhante à de Joan Scott (ano), de historicizar o corpo e o sexo, dissolvendo a relação dicotômica entre eles, Judith Butler (2017) sustenta ainda que o sexo também não é pré-discursivo, uma vez que:

Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado (uma concepção jurídica); tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos. (BUTLER, 2017, p. 27).

Desse contexto, infere-se que o sexo, concepção fundada nas diferenças biológicas e fisiológicas que cria o homem e a mulher, sobre o qual supostamente se inseriria o gênero, enquanto construto social, não deve prosperar enquanto categoria estável e insuscetível a qualquer variável. O que o dispositivo da sexualidade produz não

são apenas expectativas em face do feminino e do masculino que se constrói, mas a própria inteligibilidade do sujeito é percebida a partir da relação entre o sexo biológico e o gênero enquanto relações que se pretendem afirmar interdependentes. Assim, a sexualidade torna-se um dos principais elementos constitutivos de desenvolvimento da pessoa e de sua identidade, aferível a partir das bases institucionais da sexualidade sã, normal e universalizável: procriadora, adulta e conjugal ou familiar. A construção da pessoalidade tem origem no sexo, uma vez que:

É pelo sexo efetivamente, ponto imaginário fixado pelo dispositivo de sexualidade, que todos devem passar para ter acesso à sua própria inteligibilidade (já que ele é, ao mesmo tempo, o elemento oculto e o princípio produtor de sentido), à totalidade de seu corpo (pois ele é uma parte real e ameaçada deste corpo do qual constitui simbolicamente o todo), à sua identidade (já que ele alia a força de uma pulsão à singularidade de uma história). (FOUCAULT, 1999, p. 144-145).

Por essa razão, tem-se que a própria categoria do sexo, firmada pelas diferenças fisiológicas e biológicas entre os sujeitos, é também uma categoria política e culturalmente construída a partir da lógica binária de oposição entre o homem e a mulher, o que sustentaria o dispositivo da sexualidade, heterossexual e economicamente necessário. Assim, “não existe distinção de sexo/gênero em linhas convencionais; o gênero é embutido no sexo, e o sexo mostra ter sido gênero desde o princípio” (BUTLER, 2017, p. 197).

O sexo feminino e o masculino revelam como o dispositivo da sexualidade firma, pelo simples ato de nomeação das diferenças biológicas e fisiológicas percebidas, “um ato de dominação e coerção, um ato performativo institucionalizado que cria e legisla a realidade social pela exigência de uma construção discursiva/perceptiva dos

corpos, segundo os princípios da diferença social” (BUTLER, 2017, p. 200). É pela categoria dos sexos que o comportamento sexual masculino e o feminino ascendem como uma configuração social cuja expectativa é gerada pelos corpos.

Se ao gênero feminino presumem-se os deveres de discrição e o comportamento sexual desprovido de prazeres, mas atento ao seu dever reprodutivo para manutenção e reprodução da família nuclear, que criam a mulher histórica e fragilizada pela sua própria natureza, ao gênero masculino presumem-se os desejos incontroláveis e a dificuldade de controlar os seus impulsos (TONELI, 2012). O engendramento de gênero conforma o comportamento sexual dos sujeitos e, sob uma perspectiva androcêntrica, “criaram a correspondência entre a figura feminina e um ser naturalmente frágil, recatada, maternal, enquanto a figura masculina tornou-se reconhecida como, tipicamente, forte, agressiva, explosiva” (JESUS, 2012, p. 2).

A repetição estilizada dos atos ou atributos de gênero, por sua vez, constituem a ilusão da sua estabilidade e da sua permanência, fundando a identidade construída. O gênero é, pois, uma realização performativa, como denominado por Judith Butler (2017). Com efeito, a suposição de que o corpo expressaria, a partir do sexo e do gênero, uma verdade universal, é também rechaçada uma vez que:

[...] um ato sexual não carrega consigo um sentido social universal, segue-se que a relação entre atos sexuais e identidades sexuais não é uma relação fixa e que ela é projetada, a um grande custo, a partir do local e da época do observador para outros locais e épocas. (WEEKS, 1996, p. 32).

Não sendo o sexo, o gênero ou o comportamento sexual pré-discursivos, tem-se a necessidade de repensar, inclusive, quem é efetivamente o sujeito do feminismo, erigido originariamente da noção naturalizada de feminilidade, conquanto unitário, universal

e dessexualizado, sobretudo, ante a complexidade da concepção de representatividade reivindicada pelos movimentos.

A afirmação célebre de Simone de Beauvoir, segundo a qual “ninguém nasce mulher: torna-se mulher¹¹” (2016, p. 11), compartilha do fundamento teórico da diferença sexual e, portanto, embora reconheça o gênero como um conjunto de significados culturais, estabelecidos a partir da noção de macho, que qualificam o ser feminino (e fundam a categoria da mulher enquanto o Outro), é refutada por Judith Butler (2017). Para a autora, uma vez que ascende da presunção do corpo e/ou do sexo como instrumentos cujo significado de existência precederia ao gênero e, não sendo o sexo pré-dicursivo, afasta-se a concepção do corpo da fêmea como lócus exclusivo e, por essa razão arbitrário, de inscrição do gênero mulher.

À construção teórica da diferença sexual postulada pelos movimentos feministas essencialistas e estruturalistas, por exemplo, opõem-se as multidões *queer*, resultado de um confronto reflexivo com a hegemonia que funda a concepção singular de mulher, sujeito político do feminismo, pressupondo que:

Não existe diferença sexual, mas uma multidão de diferenças, uma transversalidade de relações de poder, uma diversidade de potências de vida. Essas diferenças não são “representáveis” porque são “monstruosas” e colocam em questão, por esse motivo, os regimes de representação política, mas também os sistemas de produção de saberes científicos dos “normais”. Nesse sentido, as políticas das multidões *queer* se opõem não somente às instituições políticas tradicionais, que se querem soberanas e universalmente representativas, mas também às epistemologias sexo políticas straight, que dominam ainda a produção da ciência. A noção de multidão *queer* se opõe decididamente àquela de “diferença

11 Que inaugura o segundo volume do livro “O segundo sexo”, publicado originalmente em 1949.

sexual”, tal como foi explorada tanto pelo feminismo essencialista (de Irigaray a Cixous, passando por Kristeva) como pelas variações estruturalistas e/ou lacanianas do discurso da psicanálise (Roudinesco, Hérítier, Théry...). Ela se opõe às políticas paritárias derivadas de uma noção biológica da “mulher” ou da “diferença sexual”. Opõe-se às políticas republicanas universalistas que concedem o “reconhecimento” e impõem a “integração” das “diferenças” no seio da República. Não existe diferença sexual, mas uma multidão de diferenças, uma transversalidade de relações de poder, uma diversidade de potências de vida. Essas diferenças não são “representáveis” porque são “monstruosas” e colocam em questão, por esse motivo, os regimes de representação política, mas também os sistemas de produção de saberes científicos dos “normais”. Nesse sentido, as políticas das multidões *queer* se opõem não somente às instituições políticas tradicionais, que se querem soberanas e universalmente representativas, mas também às epistemologias sexo políticas *straight*, que dominam ainda a produção da ciência. (PRECIADO, 2011, p. 10).

A impossibilidade de compreender o sexo, o gênero e o comportamento sexual, no horizonte da sexualidade, como instrumentos interdependentes, revela a partir da pluralidade de conjunções possíveis que “as mulheres são o sexo que não é ‘uno’, mas múltiplo” (BUTLER, 2017 p. 31). Por essa razão, o que se constrói a partir da refutação da tese essencialista ou dos fundamentos teóricos erigidos a partir da constatação do sexo como um dado natural, invariável, é a afirmação de que a sexualidade construirá diuturnamente novas mulheres, novas formas de significação do que é ser mulher, em estruturas móveis, das quais o sexo, o gênero e o comportamento sexual serão parte independente e não vinculante.

Pelo exposto, a partir da compreensão da sexualidade como um dispositivo de poder que irá ingerir de múltiplas formas sobre as relações sociais, limitando as possibilidades de ser e constituir-se pessoa, a partir da estruturação da sexualidade em estruturas fixas de licitude/ilicitude e normalidade/anormalidade do comportamento sexual, conforme o gênero que é atribuído ao sexo e que se pressupõe natural, ambos fundados nas diferenças biológicas e fisiológicas entres os sujeitos, tem-se a necessidade de repensar toda a estrutura discursiva, política e jurídica, uma vez que, desocultada, em tese, as confluências de poder que envolvem a sexualidade, o horizonte de possibilidades infinitas de sua realização impõe a constatação que não há um feminino que dela resulta, mas múltiplos femininos que revelam a mulher como uma categoria heterogênea.

Por fim, a partir da constatação de um esquema sexual de diferenciação e controle dos sujeitos fundado em estruturas históricas entrelaçadas pelo dispositivo da sexualidade, pretende-se articular na seção subsequente as perspectivas de análise e disputa da prostituição nos campos sociais, jurídicos e pela teoria política feminista. Para tanto, assume-se o dever de questionar, a partir da história revelada, do direito em retrospectiva e pelas pretensas resistências, colaborações implícitas ou explícitas para manutenção da estratificação sexual.

2.2 A PROSTITUIÇÃO COMO ESPAÇO POLÍTICO DE DISPUTA SOCIAL, JURÍDICA E POLÍTICA

A mulher que se prostitui subverte toda a estrutura projetada pela sexualidade verdadeira¹² e situando-se entre a tênue relação estabelecida pelo poder e pela resistência, denuncia silenciosamente a política interna da sexualidade, seus mecanismos de controle, estigma e, sobretudo, de opressão e exclusão, razão pela qual torna-se lócus permanente de disputa social, jurídica e política.

¹² Heterossexual, conjugal, monogâmica, reprodutiva e, por essa razão, juridicamente lícita.

O tratamento social, jurídico e político conferido à prostituição em determinado contexto histórico, é fortemente influenciado pelas formas institucionais de expressão da sexualidade, decorrentes dos desígnios de gênero e sua complexa relação com a categorização do sujeito mulher que informa a racionalidade feminista.

Porquanto, a mulher que se prostitui assume invariavelmente um papel político em uma estrutura cambiante de regras que impõe simultaneamente sua inexistência enquanto sujeito de direitos fundamentais e sociais e, paradoxalmente, reivindica a tutela de sua dignidade sexual na criminalização das atividades relacionadas à prostituição, ainda pautada no referencial da estratificação sexual.

2.2.1 ENTRE O OCULTAMENTO E A SEXUALIDADE CRIMINALIZADA PELO DIREITO MODERNO

A prostituição foi contemporânea ao desenvolvimento das primeiras civilizações humanas. De ocupação considerada sagrada na Mesopotâmia, a prostituição passou a ser estigmatizada a partir do fortalecimento das instituições religiosas e políticas masculinas, responsáveis pela divisão das mulheres entre esposas e prostitutas. Simultaneamente, as leis que restringiam direitos às mulheres que se prostituíam e ao exercício do seu trabalho tornaram-se mais opressivas (ROBERTS, 1992). A sexualidade foi então, paulatinamente, alocada como referencial de imputação normativa.

Por essa razão, as narrativas acerca da prostituição encontram-se sobrepostas no desenvolvimento do Direito Moderno, instrumento de ratificação do estado de exclusão, dominação e uniformização de padrões binários de subalternização do outro (MAGALHÃES, 2016), que nas relações de poder estabelecidas pelo dispositivo da sexualidade, impõe a ocultação da mulher que se prostitui em face

da sua resistência aos desígnios de gênero e ao imperativo de conduta sexual¹³ dele decorrente.

Dessa forma, percebe-se que a significação atribuída à mulher que se prostitui em determinado recorte histórico ou social, será resultado das tensões políticas estabelecidas entre o poder e a resistência, inscritos simultaneamente no interior do dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 1999). E caberá ao Direito a universalização dessa acepção “[...] cuja característica principal é por um lado ajustar os sujeitos e grupos desviantes às normas estabelecidas [...] e por outro proteger a sociedade de um conjunto de alteridades que se caracterizam como as “novas” expressões de periculosidade (LIMA, 2014, p.43), proliferando novas formas de controle sobre as mulheres e os seus corpos.

Com efeito, para uma perspectiva atual e introdutória do que é ser uma mulher que se prostitui em diversas partes do mundo e, notadamente, no Brasil, pressupondo sua acepção social, jurídica e política como unidades cíclicas e complementares de significação, é necessário compreender a estrutura básica dos regimes legislativos que regulam o exercício da prostituição, para que, posteriormente, se possa articular pela historicidade e pelos movimentos políticos, os fundamentos racionais que os justificam e pelos quais pretendem legitimar-se.

O regime legislativo adotado por determinado país – proibicionista, regulamentarista ou abolicionista – influenciará diretamente na percepção social da mulher que se prostitui como uma criminosa, uma trabalhadora ou uma vítima, embora seja possível que esses estereótipos se confundam pela redução implícita da mulher na designação da prostituta¹⁴. E são a partir dos referidos regimes que

13 À mulher competiria um comportamento sexual que se legitimasse pelo matrimônio e que se efetivasse com finalidade reprodutiva.

14 A mulher que se prostitui é denominada prostituta. Apenas prostituta. É como se o substantivo fosse suficiente para perceber todas as dimensões da sua personalidade. Ou ainda, como se a mulher não pudesse ser, nada além de prostituta. Em qualquer tempo ou em qualquer situação. Por esse motivo, no presente texto, conforme anunciado na introdução, utilizar-se-á sempre a expressão “mulher que se prostitui”,

serão percebidas as emergências políticas em disputa no contexto da prostituição.

O regime proibicionista¹⁵ caracteriza-se pela criminalização da mulher que se prostitui, das atividades relacionadas à prostituição e do contratante de serviços sexuais. Em oposição ao regime proibicionista, tem-se o regime regulamentarista¹⁶ ou de legalização da prostituição, pelo qual a mulher que se prostitui é considerada uma trabalhadora cuja atividade é regulamentada pela legislação civil ou laboral, conforme tratar-se de atividade autônoma ou subordinada. E, como intermediário aos regimes supracitados, tem-se o regime abolicionista¹⁷, vigente no Brasil, pelo qual a prestadora de serviços sexuais é invariavelmente uma vítima social, impondo a criminalização de todas as atividades relacionadas à prostituição, mas não considera como típica a conduta da mulher que se prostitui ou a do contratante dos seus serviços. Por fim, o sistema neo-abolicionista¹⁸, espécie do sistema abolicionista que, contudo, se distingue por criminalizar o contratante dos serviços sexuais (DAICH, 2007); (MARGOTTI, 2017); (GUTIÉRREZ, 2006).

O modelo legislativo híbrido adotado pelo Brasil na contemporaneidade é resultado de um conjunto sistemático de fatos sociais e políticos que remontam ao processo de colonização, quando a atividade de prostituição teve origem no país e expandiu-se *“pari passu*

para que seja feita uma referência à mulher que, dentre outras expressões possíveis de sua personalidade, prostitui-se. Mas que também pode ser e ter, tantos outros predicativos.

15 O regime legal proibicionista foi adotado, dentre outros países, pelos Estados Unidos (exceto por alguns municípios de Nevada que tornaram a prostituição legal, regulamentando-a), Cuba, China, Egito, Coreias do Sul e do Norte, África do Sul, Libéria e Tailândia (MARGOTTI, 2017); (ESTEFAM, 2016).

16 O regime legal regulamentarista foi adotado, dentre outros países, pela Alemanha, Holanda, Nova Zelândia, Grécia, Equador, Venezuela, México, Áustria e Austrália (MARGOTTI, 2017); (ESTEFAM, 2016).

17 O regime legal abolicionista foi adotado, dentre outros países, além do Brasil, pela Argentina, Chile, Itália, Reino Unido, Espanha, Irlanda, Hungria e Dinamarca (MARGOTTI, 2017); (ESTEFAM, 2016).

18 O regime legal neo-abolicionista foi adotado, dentre outros países, pela Suécia, França, Noruega, Finlândia, Índia, Islândia e Canadá (MARGOTTI, 2017); (ESTEFAM, 2016).

com seu desenvolvimento econômico” (ESTEVAM, 2016, p. 171), em virtude da desproporcionalidade existente entre o número de homens e de mulheres no início da exploração portuguesa. Tal fato, culminou na concepção inicial da prostituição como necessária e importante, razão pela qual teria sido difundida por toda a colônia¹⁹ e tolerada pela Igreja Católica.

O posicionamento tolerante da Igreja em relação à prostituição encontrava-se fundamentado na concepção da prostituição como um mal necessário²⁰ que, em contrapartida, reproduziria pelo estigma, as relações de poder sobre a castidade e honestidade das mulheres casadas²¹. Por essa razão, a prostituição era considerada um pecado menor que a homossexualidade e o adultério e, embora a Igreja ainda condenasse a prostituição, a remuneração pelos serviços sexuais era legitimada quando fosse necessária para uma sobrevivência material mais digna da mulher²². Confessando seu ofício, a mulher receberia penitência e perdão. Por esse processo discreto de normalização, a Igreja perpetuava a valorização da mulher virgem e honrada (CARMO, 2011), que influenciaria mais tarde as ciências sexuais e jurídicas.

19 Esclarece-se que nem toda literatura consultada foi considerada para realização do breve recorte historiográfico proposto, uma vez que a prostituição é reivindicada comumente no período colonial para designar as relações sexuais entre os colonizadores que ofereciam dádivas materiais às índias para obtenção de seus favores sexuais (ESTEVAM, 2016, p. 169), e mais, para designação das relações sexuais havidas com escravas negras que eram afiançadas pelos seus proprietários, contra sua vontade (FREYRE, 2003, p. 629), situações nas quais não é possível aferir o consenso que materializaria a prostituição na acepção adotada pela autora. E no mesmo sentido, Paulo Sérgio do Carmo (2011), que mencionando os documentos da Inquisição do final do século XVI, descreve a relação sexual dos portugueses com as índias e o aluguel de escravas pelos seus senhores para fins sexuais como prostituição.

20 Nesse sentido, Paulo Sérgio do Carmo (ANO?) afirma que diante da inexistência das casas de prostituição, as mulheres que se prostituíam dirigiam-se às igrejas locais para oferecer os seus serviços aos devotos, o que aparentemente não sofria qualquer embargo da Igreja.

21 Que não seriam submetidas as práticas sexuais reputadas anormais, como por exemplo, sexo oral e anal.

22 A rejeição da Igreja não era, portanto, a prostituição efetivamente. Mas o prazer sentido pelas relações sexuais múltiplas e divergentes da sexualidade cristã: heterossexual, monogâmica e reprodutiva.

A mulher que se prostituiu no Brasil, desde o período colonial, parece ter estado sujeita à interesses e poderes difusos, preponderantemente masculinos, que sob forte influência moral e religiosa, conduziram posteriormente pelo Estado de Direito sua negação enquanto sujeito e, por conseguinte, impuseram-lhe a resignação como condição de sobrevivência na operacionalização do poder jurídico-discursivo (FOUCAULT, 1999). Imprimitiu-se ao conceito de prostituição, a partir da sua institucionalização, concepções morais de uma sexualidade boa, que o associaram comumente “[...] às imagens da sujeira, da podridão, do esgoto, em suma, de tudo aquilo que constitui uma dimensão rejeitável da e pela sociedade”, (RAGO, 2008, p. 26)²³.

Nesse sentido, a mulher e a prostituta foram construídas como sujeitos autônomos e distintos na legislação brasileira desde as Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, e que incorporaram ao Brasil uma compilação moralmente conservadora (GOMES, 2006), que embora não tipificasse o exercício da prostituição ou o seu respectivo contratante, penalizava o fomento à prostituição alheia (ESTEVAM, 2016), além de estabelecer distinções normativas entre as mulheres pautadas na correção do seu comportamento sexual, pelas quais teve-se “a cisão entre mulheres santas e putas” (MARGOTTI, 2017, p. 153).

Com o advento do Código Penal de 1830, primeiro Código promulgado após a proclamação da independência do Brasil em 1822, manteve-se o distanciamento normativo explícito em relação às

23 Por esse motivo, tem-se provavelmente uma justificativa para o eloquente silenciamento historiográfico da prostituição, o que dificulta uma abordagem densa nessa perspectiva sem que a autora incida em uma reprodução indireta das poucas obras que se prestaram à realização de estudos críticos acerca do tema. Dentre as referidas obras, destacam-se a da historiadora Nickie Roberts (ANO?), intitulada “As prostitutas na história”, que releva uma investigação acerca da origem da prostituição, o culto à deusa, o tráfico sexual imperial, o comércio do sexo na Europa medieval e a relação entre prostituição, poder e Igreja, a obra é unanimidade entre os pesquisadores. E no Brasil, destaca-se a obra de Margareth Rago (ANO?), intitulada “Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo, 1890-1930”, que demonstra a percepção da prostituição como um problema público que legitimou progressivamente as intervenções médicas, políticas e jurídicas no controle da vida das mulheres que se prostituíam.

mulheres que se prostituíam e, curiosamente, o fomento à prostituição alheia também não foi criminalizado (MARGOTTI, 2017, p. 153). Por outro lado, com a institucionalização da sexualidade consagrada sob a égide do Brasil Colônia, a categorização das mulheres em boas e ruins, conforme a moralidade sexual cristã, fez ascender no Código Penal de 1830, a mulher honesta e seu antagonismo, a mulher prostituta, cujo estupro era ponderado por uma menor penalização²⁴.

A criminalização das atividades relacionadas à prostituição ascende novamente no ordenamento jurídico brasileiro em 1890, quando foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, diploma legal que retomou a tipificação das atividades de fomento à prostituição, relacionando-as no Capítulo III, denominado “Do Lenocínio”²⁵, do qual o título “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” (MARGOTTI, 2017), incita concluir que a institucionalização da prostituição fundou-se, precipuamente, na negação da autonomia da sexualidade da mulher, eternamente sujeita a persuasão ardilosa do homem²⁶ e, ainda, na tentativa incansável de manutenção da família cristã, conjugal e heterossexual, para a qual deveria a mulher se resignar.

A sexualidade da mulher foi novamente objeto de ingerência normativa com a promulgação do Código Penal Brasileiro de 1940, ainda vigente, que em sua redação original utilizou por três vezes a expressão “honesto” para adjetivar e delimitar a mulher que poderia ser considerada sujeito passivo da infração penal cometida pelo

24 Enquanto o estupro da mulher honesta era punido com pena de três a doze anos, o estupro da mulher que se prostituía tinha prisão prevista de um mês a dois anos (BRASIL, 1830).

25 O lenocínio é definido em sentido amplo, como “[...] a prestação de apoio, assistência e incentivo à vida voluptuosa de outra pessoa, dela tirando proveito. Os agentes do lenocínio são peculiarmente chamados de rufião (ou cafetão) e proxeneta” (NUCCI, 2017, p. 715).

26 Com efeito, o artigo 278 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890 (BRASIL, 1890), ao tratar da indução e da exploração econômica da prostituição alheia, refere-se a mulher como sujeito passivo exclusivo do delito, adjetivando-a como fraca e miserável, negando-lhe qualquer aspecto de autonomia. Assim, ainda que eventualmente afastada a coercibilidade da mulher para a prostituição, presumia-se a sua indução para fazê-lo.

homem, sujeito ativo universal das condutas tipificadas relacionadas à sexualidade²⁷.

O lenocínio foi inserido em sentido amplo no Capítulo V, mesmo capítulo que tratou do tráfico de mulheres, integrando o título VI, intitulado originariamente como “Dos crimes contra os costumes”. E pela promoção da moralidade pública, bem juridicamente tutelado, cometia ato infracional aquele que favorecesse à prostituição, mantivesse casa para o seu exercício ou obtivesse vantagem econômica pela prostituição alheia²⁸. Apenas em 2005, com a promulgação da Lei n. 11.106, o capítulo foi alterado para “Do lenocínio e do tráfico de pessoas”, o novo diploma legal também suprimiu a expressão “honesta” que qualificava a mulher nos crimes de rapto, atentado ao pudor e posse sexual mediante fraude, bem como revogou o crime de sedução de mulher virgem²⁹.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 12.015 de 2009, o capítulo foi denominado “Do lenocínio e do tráfico de Pessoas para o fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, e o Título VI foi alterado, sendo denominado “Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual”, manteve-se, contudo, a tipificação das atividades relacionadas à prostituição com alterações insignificantes desde a redação original do Código Penal de 1940. Nesse sentido, a mudança nos títulos e capítulos não é suficiente para afastar o lastro histórico de significação moral e religiosa que consagraram o estereótipo da prostituição.

A mulher virgem e a mulher honesta, sujeito de tutela do Código Penal de 1940, denotam o triunfo da institucionalização da

27 Conforme infere-se dos artigos 215, 216 e 219 em sua redação originária: Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: [...] Art. 216 - Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: [...] Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: [...] (BRASIL, 1940).

28 Configurando, respectivamente, os crimes tipificados pelo artigo 228, 229 e 230 do Código Penal de 1940.

29 A virgindade da mulher era ainda considerada como qualificadora, duplicando o patamar da pena base no crime de posse sexual mediante fraude, previsto no artigo 215 do Código Penal de 1940. A qualificadora foi revogada com o advento da Lei 11.106 de 2005.

sexualidade verdadeira e lícita, ratificando a ocultação da mulher que se prostitui pela criminalização de toda e qualquer conduta que possa articular com a sua vivência social, restando evidente “[...] a função do direito penal em relação às mulheres: a punição, em última instância, por não exercerem o papel social definido para o ser feminino [...]” (BORGES, NETTO, 2013, p. 321), qual seja, de sustentáculo da família heterossexual, cristã e naturalmente reprodutiva.

A eloquência dessa ocultação evidencia-se ainda pela leitura técnica acerca do bem juridicamente tutelado que ensejaria a intervenção do Estado e o sujeito passivo nas condutas relacionadas à prostituição, criminalizadas com fundamento na moralidade sexual e nos bons costumes que, por conseguinte, ascendem a sociedade como sujeito passivo das condutas (NUCCI, 2015). Ou seja, a mulher que se prostitui não é sequer o sujeito de tutela do Código Penal de 1940 – é a outra – que subverte a estrutura natural da sexualidade e deve ser negada em sua pessoalidade, sob pena da total inversão das relações de poder que se estabelecem a partir do dispositivo da sexualidade.

A mulher que se prostitui é, em sua máxima expressão, o antagonismo da mulher honesta e “a função das penalidades não é, então, preservar a moral, os bons costumes, a equidade e a igualdade, mas resguardar uma ordem de diferenças, hierarquias, desigualdades, ainda que encoberta por apelações à moral, aos bons costumes e ao bem comum” (PEGORARO, 2010, p. 79).

O tratamento conferido à prostituição pelo Direito Penal, apenas se universalizou e estabilizou, pela omissão colaborativa do Direito Civil que, em que pese tenha origem nas construções jus racionalistas edificadas a partir do liberalismo e do iluminismo, que demarcaram a primeira onda de codificação e seu maior influente, o Código Civil Francês de 1804 (ROBERTO, 2011), apresentou ao Brasil em 1916, um Código Civil voltado para o proprietário e para defesa do seu patrimônio, que incorporava, no contrassenso do jus racionalismo, o privativismo doméstico (GOMES, 2006, p. 14), impregnando a codificação com princípios morais assentados, sobretudo, na estruturação do papel social atribuído ao homem e a mulher no contexto familiar.

O Código Civil de 1916 foi resultado da preocupação dos homens de classe média, que na organização da sociedade brasileira, constituíam com suas respectivas famílias, a base política do país e demonstravam preocupação em instaurar um sistema jurídico que correspondesse às necessidades de afirmação do regime capitalista de produção (GOMES, 2006). A mulher, tal como nas Ordenações Filipinas e no desenvolvimento da legislação penal, era também categorizada pelo Código Civil de 1916, conforme o seu comportamento sexual.

Dessa forma, se o marido descobrisse que à época do casamento a mulher não era mais virgem, poderia promover a anulação do casamento por erro essencial sobre a cônjuge³⁰. Por outro lado, a primeira relação sexual heterossexual da mulher, menor de 18 (dezoito) anos, impunha ao seu parceiro o dever de casar-se com ela, sob pena de ter que lhe prestar indenização pelo dano supostamente sofrido. A mesma indenização era imposta ao homem que estuprasse mulher designada honesta ou a seduzisse com promessa de casamento³¹.

Assim, embora fundado nos ideais de liberdade, a ingerência exercida pelo Estado de Direito sobre a mulher e, notadamente, sobre o seu comportamento sexual, pelo qual é categorizada e considerada culpada quando vítima de violência sexual, induz concluir com Simone de Beauvoir (2016) que a mulher é o Outro do homem desde o seu nascedouro enquanto sujeito de direito. É por esse motivo que a liberdade que representou para o homem uma maior discricionariedade em suas relações jurídicas, sem oposição, tolerou a institucionalização da família que, sob o controle exclusivo daquele, voltava-se para sua finalidade econômica de concentração patrimonial

30 Conforme se extrai do inciso IV, do artigo 219 do Código Civil de 1916: “Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido.” (BRASIL, 1916). Destaca-se que não há artigo com conteúdo recíproco.

31 Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada.-I. Se, virgem e menor, for deflorada. II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III. Se for seduzida com promessas de casamento. IV. Se for raptada.

e circulação de bens e riquezas, imprimindo na mulher sua função sócio-jurídica, qual seja, reproduzir.

À mulher que se prostitui tem-se a invisibilidade, o regime de ilicitude, a resiliência e a abdicação que subvertem sua condição de sujeito de direitos para torna-la sujeita ao Direito. O desenvolvimento da estatização da prostituição, pelo que Foucault denominou de “poder jurídico-discursivo”³² (2009, p. 79), revela nesse contexto que punia-se primordialmente a mulher dissidente dos desígnios socioculturais provenientes do seu sexo e gênero³³. Tem-se, enfim, a construção estratégica da mulher que se prostitui como um fantasma (RAGO, 2008), demarcando os limites que não deveriam ser ultrapassados pelas moças respeitáveis, destinadas a serem esposas e em relação às quais deveria recair o controle e vigilância social, sob pena de contaminação física e moral das famílias.

A estrutura normativa cambiante entre a criminalização das atividades relacionadas à prostituição e a ocultação da mulher que se prostitui, reflexos inasfastáveis da sexualidade universalizada nas relações de poder, se contrapõe a estimativa de que quarenta e dois milhões de pessoas estejam se prostituem no mundo e que noventa por cento desse número, do qual setenta e cinco por cento é composto por mulheres, o faça por intermédio de um terceiro, que explora economicamente a atividade sexual alheia (GOLDMANN, 2011). O número, embora expressivo, apenas projeta a dimensão desse contexto colocado à margem do Estado de Direito no Brasil, cujo modelo legislativo relega à atividade uma eloquente cifra negra³⁴.

32 Forma de representação do poder que reúne a repressão e a lei.

33 A sexualidade enquanto um dispositivo de poder é ratificada nesse contexto nos termos essencialistas de naturalização do sexo-gênero.

34 A expressão é utilizada pela criminologia para designar o número indecifrável de infrações penais que não são registradas pela autoridade policial e que, por essa razão, os estudos estatísticos constituem uma referência temerária para os estudos criminais. A utilização da expressão por analogia no texto, tem como propósito alertar para o contraste entre a demanda crescente e constante por direitos decorrentes da prostituição e sua ausência nas pesquisas estatísticas realizadas por entidades privadas ou públicas.

Assim, a prostituição, enquanto atividade sexual prestada em caráter autônomo, não constitui atividade ilícita, sendo, inclusive, os profissionais do sexo reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por intermédio da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares, desde 2008³⁵. Noutra dimensão, a prostituição exercida com o auxílio ou sob subordinação estrutural³⁶ de terceiro, é peremptoriamente reputada ilícita. Sendo imprestável para fins de excludente de tipicidade, o consentimento da mulher que se prostitui.

Finalmente, no que concerne ao contrato de trabalho, mister enfatizar que, não obstante a autonomia do Direito do Trabalho seja conferida pela existência de legislação e princípios próprios, a validade do ajuste enseja a contemplação dos requisitos contidos no artigo 104 do Código Civil e, mormente, que o objeto do contrato de trabalho seja lícito. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho se posiciona majoritariamente³⁷ declarando como nulo o contrato de trabalho que tenha por objeto a prostituição, afastando a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre a pessoa física ou jurídica que explora economicamente a prostituição e a prestadora desses serviços, embora, recentemente, tenha manifestado o

35 Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorCodigo.jsf>>. Acesso em 16 de nov. de 2016.

36 O conceito de subordinação impresso na frase refere-se à subordinação estrutural, requisito das relações de emprego revisitado para enquadramento de novas situações fáticas que o conceito clássico de subordinação, requisito da relação de emprego, demonstrava-se insuficiente, tornando possível o alargamento da incidência do Direito do Trabalho. Assim, a atividade de prostituição poderia ensejar o reconhecimento de vínculo de emprego, não obstante, a inexistência de ordem direta do tomador de serviços, desde que acolha a sua dinâmica de organização e de funcionamento da atividade produtiva. (DELGADO, 2006) O que ocorreria, por exemplo, nas casas de prostituição.

37 Tendência de posicionamento publicitada pela Seção de Dissídios Individuais – 1 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho na publicação da orientação Jurisprudencial n. 199 (BRASIL, 2010).

Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade da prostituta cobrar judicialmente por serviço prestado e não adimplido (BRASIL, 2016).

A marginalização jurídica imposta aos profissionais do sexo ratifica sua invisibilidade social, seu ocultamento, impedindo que os prestadores de serviços sexuais usufruam do protecionismo conferido pela legislação trabalhista, obstaculizando, sobretudo, a implementação de normas de saúde e segurança do trabalho para a atividade. E, por conseguinte, a manutenção de uma esfera de tolerância para a ingerência do Estado no desenvolvimento da pessoalidade das mulheres prostitutas, perpetua a situação de ocultamento e subalternização das profissionais do sexo, negando-lhes enquanto sujeitos de direitos trabalhistas e inviabilizando os reflexos previdenciários naturalmente decorrentes de qualquer relação de emprego, especialmente, do enquadramento da prestadora de serviços, empregada, enquanto segurada obrigatória do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, vínculo jurídico que lhe permitiria usufruir dos benefícios e serviços prestados pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS.

Noutra dimensão, a manutenção do tipo penal que impede o reconhecimento do vínculo de emprego entre o prestador de serviços e a pessoa física ou jurídica, que explora economicamente a prostituição alheia, corrobora tão somente para o enriquecimento do empreendedor, que, invariavelmente, mantém-se na atividade inobservando direitos fundamentais e sociais das profissionais do sexo a ele subordinadas, tais como, salário mínimo, férias, décimo terceiro, horas extras, adicional noturno, insalubridade e etc., além de representar uma ingerência de ordem pública que indiretamente impede a conformação da pessoalidade da prostituta que não encontra substrato normativo para estabelecer situações subjetivas contratuais e prejudica o combate as verdadeiras formas de exploração sexual que poderiam ser evitadas.

E, em que pese a ocorrência de proposições legislativas isoladas nos anos de 2003, 2004 e 2012, respectivamente dos deputados federais Fernando Gabeira (GABEIRA, 2003), Eduardo Valverde

(VALVERDE, 2004) e Jean Wyllis (WYLLYS, 2012), que intentaram a descriminalização e regulamentações mínimas ao exercício da prostituição, as propostas demonstram-se insuficientes por partirem de pressupostos hegemônicos de subalternização e não reconhecerem na mulher que se prostitui capacidade de exercício de liberdade para conformação da sua personalidade em situações subjetivas contratuais.

Pelo exposto, percebe-se que o tratamento social, jurídico e político conferido à prostituição em determinado contexto histórico, foi fortemente influenciado pelas formas institucionais de expressão da sexualidade, decorrentes dos desígnios de sexo e gênero e sua complexa relação com o Estado de Direito, porquanto, a mulher que se prostitui assume invariavelmente um papel político em uma estrutura cambiante de regras que impõe simultaneamente sua inexistência enquanto sujeito de direitos e, por outro lado, reivindica a suposta tutela de sua dignidade sexual na criminalização das atividades relacionadas à prostituição. Assim, pretende-se perceber como ocorre a construção do sujeito mulher que informa a racionalidade feminista e se (e como) esse saber resiste no interior do dispositivo da sexualidade.

2.2.2 DA VITIMIZAÇÃO À EMANCIPAÇÃO: A INCIPIÊNCIA DA RACIONALIDADE FEMINISTA PARA UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA CONSENSUAL DE JUSTIÇA

Os limites tradicionais da política demonstraram-se, até o momento, insuficientes para investigação da racionalidade que legitima a ocultação e a criminalização indireta da mulher que se prostitui. Assim, a partir da centralidade das categorias de sexo e gênero, que materializam as diferenças de comportamento sexual esperadas,

passa-se a analisar as principais contribuições³⁸ dos feminismos³⁹ acerca da prostituição, ora enquanto mecanismo de manutenção dos termos do contrato sexual⁴⁰ no patriarcado moderno, pelo qual a mulher será invariavelmente uma vítima da dominação masculina; ora em sua emergência emancipatória, pela qual a mulher ao prestar serviços de natureza sexual, subverte a estrutura performativa de gênero, e afirma-se como sujeito de direitos, prestadora de serviços sexuais.

O feminismo organizado como uma categoria política de representatividade democrática⁴¹, ascendeu nos movimentos sociais a partir da luta sufragista, que reivindicou iguais direitos políticos para homens e mulheres, originada na Revolução Francesa, no século XVIII. O movimento repercutiu inicialmente pela Europa e pelos Estados Unidos, difundindo-se posteriormente para o mundo. No Brasil, a luta teve início em 1920, e consagrou-se em 1932, quando as mulheres conquistaram finalmente o direito de votar e de serem votadas, adquirindo, por conseguinte, uma existência legal e social fora

38 Esclarece-se que o texto não tem a pretensão de organizar cronologicamente as implicações formuladas pelos pensamentos feministas na teoria política ou sugerir uma epistemologia verdadeira sobre o feminismo. O que se pretende, na presente seção, é tão somente articular os eixos que sustentam os posicionamentos feministas preponderantemente divergentes na relação dialógica que estabelecem com a prostituição, perquirindo quem é o sujeito desses movimentos e qual sua articulação com a autonomia.

39 A utilização da expressão no plural se justifica ante a pluralidade de perspectivas e divergências internas que marcam o universo de produção epistemológica feminista.

40 A expressão “contrato sexual” é utilizada por Carole Pateman (1993), para denunciar a omissão intencional perpetrada pelos teóricos do contrato social do Séculos XVII e XVIII, que teriam sufocado os termos do contrato sexual que implícito à aquele, impõe o patriarcado moderno e estabelece o modelo político de dominação dos homens sobre as mulheres.

41 A assertiva se assenta na observação da necessidade do feminismo de falar como uma mulher e pelas mulheres (BUTLER, 2017) e, embora essa necessidade não seja peremptoriamente refutada, questiona-se a partir dela qual mulher estará sendo construída pela representatividade feminista no contexto democrático e a suficiência dessa política identitária para reconfiguração de uma teoria radical da sexualidade de subversão da pirâmide de estratificação sexual (RUBIN, 2012).

do âmbito doméstico (PINTO, 2003), no qual estiveram historicamente aprisionadas⁴².

A partir do movimento sufragista, compreendido na primeira onda do feminismo⁴³, o feminismo emerge no cenário mundial na segunda metade do século XX, como movimento político e teoria de emancipação, depositando na sexualidade o debate acerca da liberdade sexual e da prostituição (PARADIS, 2017). Nesse período, fortalece-se a crítica do feminismo ao androcentrismo subjacente, uma vez que:

[...] as questões em torno da autonomia das mulheres, da especificidade das desigualdades de gênero e da politização do âmbito privado tornaram-se importantes agendas. Em torno da ideia-força do “pessoal é político”, as militantes feministas buscaram examinar e resistir às várias formas de dominação masculina. (PARADIS, 2017, p. 291).

Dessa forma, se a luta pela igualdade de gênero impulsionou o feminismo no século XIX, permitindo a conquista do direito ao voto, à propriedade e o acesso à educação, também foi importante para que uma nova corrente feminista, denominada radical, se erigisse do seu âmago a partir da década de 1960, pressupondo que não sendo justa ou natural, a subordinação da mulher apenas poderia ser mantida a partir da dominação do homem (PISCITELLI, 2002). O patriarcado surge então como um conceito teórico fundamental para compreensão da opressão vivenciada pelas mulheres.

Utilizado pela primeira vez em uma conotação feminista por Kate Millet, no livro “Sexual Politics”, publicado em 1970, o patriarcado é identificado como um sistema unitário e global de poder que permite

42 Conforme demonstrado na seção anterior, uma vez que a construção normativa da mulher desde as Ordenações Filipinas esteve adstrita aos desígnios decorrentes da sua sexualidade e gênero, motivo pelo qual foi reduzida ao papel social de esposa e mãe.

43 As narrativas históricas do feminismo são demarcadas em ondas – sinalizando o processo contínuo e inacabado da teorização feminista.

aos homens adultos dominarem as mulheres e homens mais jovens, (PARADIS, 2017). Nesse sentido, Carole Pateman (1993)⁴⁴ sustentou que o contrato social formulado entre os séculos XVII e XVIII, que conferiu aos homens liberdade civil, impôs simultaneamente a sujeição das mulheres, uma vez que a acepção tradicional do patriarcado como um poder familiar e privado, serviu para que ele fosse afastado da gênese do poder político⁴⁵ e, assim, o contrato social foi também um contrato sexual no sentido patriarcal, permitindo que fosse instituído um direito político dos homens sobre as mulheres⁴⁶.

O Brasil, contudo, em virtude do momento político vivenciado à época, experimentava debates mais heterogêneos. Enquanto, no mundo anglo-saxão, as feministas apresentavam posicionamentos antagônicos acerca da pornografia e prostituição, a segunda onda do feminismo no Brasil foi marcada pela oposição das mulheres ao regime militar, pelas lutas pela democratização, pela anistia, pelo combate à violência contra as mulheres, pelo direito à saúde e pelos direitos reprodutivos, preterindo as discussões acerca da prostituição, preponderantemente, entre as décadas de 1970 e 1980 (PISCITELLI, 2008; 2012).

Sob uma perspectiva global, é possível afirmar que o pensamento feminista acerca da prostituição tenha sido inicialmente homogêneo, pelo qual eram compartilhadas as premissas acerca da influência patriarcal e mercantil no exercício da atividade, tornando-se, contudo, mais polarizado a partir do século XX, especialmente entre as décadas de 1980 e 1990 (JEFFREYS, 1997), quando o debate entre as feministas denominadas radicais e as libertárias⁴⁷, fundado em uma série de

44

45 Nisso consiste a afirmação feminista histórica de que o “pessoal é político”.

46 Por essa razão, Pateman (ANO?) ao analisar o casamento e a prostituição, afirma que todo contrato revela-se como meio de constituição do patriarcado moderno.

47 O pressuposto teórico do liberalismo compartilhado inicialmente pelo feminismo não é evidenciado pelas discussões propostas. Por essa razão, considerando as reivindicações iniciais do movimento por iguais liberdades individuais e a origem do dissenso, conclui-se por uma filiação ao liberalismo político em geral e não ao liberalismo-igualitário, posteriormente compartilhado explicitamente por Martha Nussbaum (2001; 2006).

suposições filosófica acerca da sexualidade, do poder e da liberdade, acusaram-se reciprocamente de ignorarem aspectos relevantes acerca da liberdade sexual (FERGUSON, 1984).

A ambivalência das discussões acerca da sexualidade e da prostituição, foi também percebida no Brasil, inicialmente com menor centralidade, no final da década de 1980, conforme relatado por Gabriela Leite⁴⁸ em entrevista para Adriana Piscitelli (PISCITELLI, 2012), na qual relata como a sua narrativa – de exercício da prostituição por escolha e direito – foi recebida positivamente durante os seus primeiros contatos com os movimentos feministas e, paradoxalmente, passou a ser rejeitada a partir da década de 1990, em virtude da oposição do feminismo ao referencial de autonomia⁴⁹ subjacente também em todo seu discurso.

A morte de uma travesti e duas mulheres em São Paulo, provocada pela ação violenta de policiais na Boca do Lixo⁵⁰, deflagrou a primeira mobilização de trabalhadoras do sexo no Brasil, entre 1979 e 1982, da qual participou ativamente Gabriela Leite. A luta foi pautada, sobretudo nos primeiros anos, pelo respeito à integridade física das mulheres que se prostituíam, vítimas constantes das ações policiais⁵¹. Posteriormente, em 1987, tem-se no Rio de Janeiro, o I Encontro Nacional de Prostitutas. A luta contra a violência policial serviu ainda de inspiração para a criação do Núcleo de Estudos da Prostituição (NEP), em Porto Alegre, em 1989, que no mesmo ano formulou denúncia pública de violação de Direitos Humanos contra a

48 Gabriela Leite (1951-2013) decidiu ser prostituta durante a ditadura militar. Foi fundadora da primeira organização de prostitutas no Brasil e da Rede Nacional de Prostitutas, no final da década de 1980. Gabriela fundou em 1992 a ONG DAVIDA, cujo objetivo era a defesa e reconhecimento dos direitos das mulheres que se prostituem. Em 2005, para dar visibilidade à ONG, Gabriela criou a grife DASPU. A história de Gabriela Leite é narrada em sua autobiografia *Filha, Mãe, Avó e Puta*, lançada em 2009. Gabriela Leite, foi, sobretudo, uma amante da liberdade individual, paixão por ela confessada nas páginas iniciais da autobiografia (LEITE, 2009).

49 O ideal de autonomia é tensionado frequentemente pelos movimentos feministas e, sobretudo, pelo feminismo radical.

50 Área central da capital conhecida por ser referência em prostituição de rua.

51 Paulo Sérgio do Carmo (2011, p. 382) relatou que em 1980 a prisão era algo comum entre as mulheres que se prostituíam.

Polícia Militar daquela cidade, por atos de violência contra as mulheres que se prostituíam. No mesmo ano, realizou-se o II Encontro Nacional de Prostitutas, consolidando uma pauta por direitos fundamentais de constituição da mulher que se prostituía como sujeito de direitos (OLIVAR, 2012).

A reivindicação por direitos trabalhistas, pautada numa perspectiva regulamentarista da prostituição, ascendeu em 1994, mesmo ano que se optou por referenciar a mulher que se prostituía como uma trabalhadora do sexo, conforme difundido pelas feministas liberais, em uma tentativa de afastar o referencial de estigma pelo qual eram tratadas as mulheres que se prostituíam. Assim, realizou o III Encontro Nacional das Trabalhadoras do Sexo, no qual somou-se ao protesto contra a violência policial, a necessidade de reafirmação de direitos fundamentais e luta contra a AIDS, a demanda pelo reconhecimento da prostituição como trabalho (OLIVAR, 2012).

O início dos anos 2000, contudo, marcam o momento de alinhamento, ruptura e radicalização em torno da prostituição a partir da intensificação da sua vinculação com o tráfico de mulheres. A partir de fundamentos abolicionistas endossados pelo feminismo radical, verificou-se o fortalecimento crescente no país da negativa de reconhecimento da prostituição como um trabalho⁵². A ruptura se materializou com a criação da Federação Nacional das Trabalhadoras do Sexo que, opondo-se à Rede Brasileira de Prostitutas, resiste a profissionalização da prostituição e tem atuado conjuntamente com organizações sociais no combate ao tráfico e a exploração sexual (PISCITELLI, 2012; OLIVAR, 2012).

A divergência entre os movimentos feministas denominados radicais e libertários, foi uma divergência sobretudo, de práxis, cuja

52 Embora, recentes debates têm sido produzidos atualmente no Brasil em torno da necessidade regulamentação da prostituição, dentre outros, por José Miguel Nieto Olivar (2013), Maria Celeste Simões Marques e Lilian Samantha Vasconcelos Gomes (2013), Guilherme de Souza Nucci (2015), André Estevan (2016), Bárbara Natália Lages Lobo e José Adercio Leite Sampaio (2016), Thaís Campos Silva (2017), Alessandra Margotti (2017), Gustavo Moreira Capela (2013).

evidência se tornou possível a partir da “Revolução Sexual”⁵³, ocorrida no final da década de 1960, nos países desenvolvidos. O fenômeno social resignificou a sexualidade como um uma experiência pessoal de construção do sujeito, relegando o seu caráter reprodutivo à um espaço marginal, difundindo, para tanto, a utilização de contraceptivos médicos, tais como a pílula, o dispositivo intrauterino e a esterilização femininas, métodos que controlados pela mulher permitiriam o controle sobre a natalidade (BOZON, 2004).

Diante desse novo contexto, Sheyla Jeffreys (1997), nos rastros do feminismo radical, afirmou que “a revolução sexual forneceu uma nova linguagem para falar sobre sexo [...] enquanto institucionalizava o imperativo sexual e o privilégio sexual dos homens como força motriz e determinante da sexualidade” (JEFFREYS, 1997, p. 63, tradução nossa)⁵⁴. Por essa razão, acusava o feminismo liberal de promover o sexo da prostituição como nada além de sexo⁵⁵, em detrimento da efetiva liberação das mulheres, naturalizando uma forma de violência dos homens contra as mulheres.

Compartilhando dos mesmos pressupostos, Ana de Miguel (2015) sustenta que a prostituição seria um dos mecanismos fundamentais de reprodução da desigualdade sexual e, nesse sentido, constitui-se em “uma prática em que os homens têm acesso garantido ao corpo de mulheres. Nesse sentido, é a corporificação do direito patriarcal, o direito inquestionável de todo homem de dispor do corpo de mulheres,

53 A utilização da “Revolução Sexual” como um recorte histórico é importante para compreensão das divergências que fundam o feminismo radical em sua expressão antagônica do feminismo liberal, sobretudo, acerca da prostituição. Contudo, necessário refletir sobre a inadequação da expressão, uma vez que o movimento não foi suficiente para promover a alteração dos estatutos radicalmente divergentes impostos aos homens e a mulheres e, ademais, porque as mudanças sugeridas do comportamento sexual, estariam relacionadas a mudanças sociais referentes a massificação da educação e ao crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho. (BONZON, 2004).

54 The sexual revolution provided a new language for talking about sex, one full of concepts such as repression and inhibition and the need for sexual liberation, whilst institutionalising men’s sexual imperative and privilege as the driving force and determinant of sexuality.

55 Uma referência crítica a suposta normalização da prostituição, defendida enquanto um trabalho como outro qualquer.

jovens preferencialmente, por uma quantia variável de dinheiro⁵⁶” (MIGUEL, 2015, p. 29, tradução nossa).

As possibilidades de expressão da sexualidade por intermédio da prostituição, recairiam, em última análise, na reprodução normativa da heterossexualidade como uma instituição política do patriarcado. Dessa percepção, emergiu o fenômeno conhecido como separatismos lésbico, vinculado ao feminismo radical, pelo qual entendia-se que a mulher lésbica era essencialmente revolucionária e apenas pela sua sexualidade, seria possível subverter o poder patriarcal (OSBORNE, 1999).

Por essa razão, Anita Cornwall, em 1986, defendeu a lesbiandade como o caminho para libertação da opressão vivenciada pelas mulheres negras (CORNWALL *apud* PARADIS, 2017). E, no mesmo sentido, Monique Wittig (1992) promoveu a difusão dos relacionamentos lésbicos como ato de resistência, sob o fundamento de que a relação entre duas mulheres seria a única forma de liberdade que poderia ser experimentada por elas, uma vez que:

[...] a lésbica é o único conceito que eu conheço que está além das categorias de sexo (mulher e homem), porque o sujeito designado (lésbica) não é uma mulher nem economicamente, nem política, nem ideologicamente. O que constitui uma mulher é uma relação social específica com um homem, um relacionamento que chamamos de servidão, um relacionamento que implica obrigações pessoais e físicas e também econômicas (“atribuição de residência”, trabalho doméstico, deveres conjugais, produção ilimitada de crianças, etc.), uma relação da qual as lésbicas escapam quando se recusam a retornar ou permanecem heterossexuais. Nós somos desertores de nossa classe, assim como escravos

56 a prostitución es una práctica por la que los varones se garantizan el acceso al cuerpo de las mujeres. En ese sentido es la encarnación del derecho patriarcal, el derecho incuestionable de todo varón a disponer del cuerpo de las mujeres, jóvenes preferentemente, por una cantidad variable de dinero.

americanos fugitivos quando eles escaparam da escravidão e se tornaram livres. Para nós, isso é uma necessidade absoluta; nossa sobrevivência exige que nos dediquemos com toda a nossa força para destruir as mulheres da classe - com as quais os homens se apropriam das mulheres. E isso só pode ser alcançado com a destruição da heterossexualidade como um sistema social baseado na opressão das mulheres pelos homens, um sistema que produz o corpo de doutrinas de diferença entre os sexos para justificar essa opressão⁵⁷. (WITTIG, 1992, p. 43, tradução nossa).

A compreensão da sexualidade como mecanismo que funda e perpetua a dominação dos homens sobre as mulheres, também defendida em Sheila Jeffreys (1997), Ana de Miguel (2015) e Catherine MacKinnon (*apud* JEFFREYS, 1997), contribuiu para difusão da estatização da prostituição a partir da década de 1980, com a estabilização do regime abolicionista na América Latina, nos Estados Unidos, na Europa e na Suécia. E, simultaneamente, marcou no mesmo período um certo realinhamento da política sexual feminista (PARADIS, 2017), embora mantida a polarização em torno da liberdade sexual, o feminismo radical e o feminismo denominado liberal foram assumindo o protagonismo nas discussões acerca da sexualidade.

57 [...] lesbiana es el único concepto que conozco que está mas allá de las categorías de sexo (mujer y hombre), pues el sujeto designado (lesbiana) *no es* una mujer ni económicamente, ni políticamente, ni ideológicamente. O que constituye a uma mulher es una relación social específica con un hombre, una relación que hemos llamado servidumbre, una relación que implica obligaciones personales y físicas y también económicas («asignación de residencia», trabajos domésticos, deberes conyugales, producción ilimitada de hijos, etc.), una relación de la cual las lesbianas escapan cuando rechazan volverse o seguir siendo heterossexuales. Somos desertoras de nuestra clase, como lo eran los esclavos americanos fugitivos cuando se escapaban de la esclavitud y se volvíen libres. Para nosotras, ésta es una necesidad absoluta; nuestra supervivencia exige que nos dediquemos con todas nuestras fuerzas a destruir esa clase —las mujeres— con la cual los hombres se apropian de las mujeres. Y esto sólo puede lograrse por medio de la destrucción de la heterossexualidad como un sistema social basado en la opresión de las mujeres por los hombres, un sistema que produce el cuerpo de doctrinas de la diferencia entre los sexos para justificar esta opresión.

Para Sheila Jeffreys (1997), a divisão em torno da sexualidade no interior do movimento feminista, poderia ser ilustrada pelo dissenso fundamental entre radicais e liberais acerca do papel da sexualidade da mulher. Para os primeiros, a sexualidade atua na manutenção da supremacia masculina e, dessa forma, a pornografia e a prostituição seriam formas de perpetuar essa dominação. No entanto, para as feministas libertárias, a sexualidade não seria um instrumento invariável do poder de dominação masculina. O problema seria de iguais oportunidade de acesso, ou seja, as mulheres teriam sido reprimidas injustamente das expressões, comportamentos e possibilidades sexuais lícitos aos homens, dentre os quais, incluiria-se a pornografia e a prostituição.

Quando explorou os debates acerca da prostituição e da pornografia em retrospectiva, Raquel Osborne (1999) argumentou que a ênfase dos movimentos feministas radicais era na desconsideração de ambas em sua dimensão sexual, reduzindo-as, portanto, a mecanismos de violência, degradação e objetivação da mulher. No mesmo sentido, primeiro nome Sutherland critica o feminismo radical por sua tentativa contumaz de reivindicar o monopólio discursivo na representatividade da mulher nas narrativas acerca da prostituição e imprimir no discurso abolicionista, a violência, o abuso de drogas e as privações sociais (SUTHERLAND *apud* RAMALHO, 2012), como nexos de causa e consequência da prostituição feminina.

A universalização das concepções acerca da prostituição enquanto prática sexual que engendra e reproduz as assimetrias de gênero foi também criticada por Alexandra Oliveira, uma vez que o feminismo radical ou o movimento abolicionista:

Ao conceber todas as situações e experiências de prostituição como vitimizantes, ao dirigir o seu discurso apenas às mulheres, ao aplicar os seus princípios a qualquer experiência de trabalho sexual, não interessando se se trata de prostitutas de rua ou de acompanhantes, de atrizes de filmes pornográficos

ou de web cam girls e, ainda, ao veicular o viés da exemplificação dos casos mais extremos e graves de exploração e vivência negativa da atividade, esta abordagem demonstra como é simplista e não atende à multiplicidade de situações e experiências. (OLIVEIRA, 2013, p. 20).

A incoerência produzida a partir do feminismo radical, diante da ausência de articulação teórica entre autonomia, liberdade e consentimento, impedindo uma análise crítica da prostituição, pode ser também problematizada a partir da tolerância implícita e não confessada da manutenção da hierarquia sexual por essa vertente teórica, ao atenuar, por exemplo, as críticas ao casamento⁵⁸ e ao sexo gratuito em sentido amplo, presumindo que pela ausência de contraprestação econômica, essas relações não devem ser tão questionados no referencial do patriarcado quanto a prostituição. Nesse sentido, Pierre Bourdieu criticamente afirma que:

É, evidentemente, porque a vagina continua sendo constituída como fetiche e tratada como sagrada, segredo e tabu, que o comércio do sexo continua a ser estigmatizado, tanto na consciência comum quanto no Direito. Ao fazer intervir o dinheiro, certo erotismo masculino associa a busca do gozo ao exercício brutal do poder sobre os corpos reduzidos ao estado de objetos e ao sacrilégio que consiste em transgredir a lei segundo a qual o corpo (como o sangue) não pode ser senão doado, em um ato de oferta inteiramente gratuito, que supõe a suspensão da violência. (BOURDIEU, 2002, p. 25-26).

58 Reconhece-se as críticas formuladas ao casamento pelo feminismo radical e que estão presentes na teorização do contrato sexual em Carole Pateman (1993), por exemplo. Porquanto, o que se contrapõe nesse contexto, por coerência argumentativa e científica, é que o feminismo radical deveria se opor ao casamento com o mesmo afincio que o faz em relação a prostituição.

A essa concepção diferenciadora da sexualidade masculina e feminina, incorporada na interpretação do mercado sexual e notadamente, da prostituição, teria se oposto o feminismo liberal, em sua defesa pró-sexo, rechaçando a análise exclusiva da sexualidade das mulheres pela perspectiva invariável da vítima. Assim, entende-se que a prostituição pode ser eleita pelas mulheres, no exercício de sua liberdade individual, como uma forma de trabalho e, por conseguinte, deve ter o mesmo tratamento jurídico conferido aos demais trabalhadores (O'NEILL, 2001). Ademais, a relação estabelecida entre o trabalho, o corpo e o dinheiro, não é um fenômeno ordinário, haja vista que:

Todos nós, com exceção dos ricos e desempregados, ganhamos dinheiro pelo uso de nosso corpo. Professores, operários de fábricas, advogados, cantores de ópera, prostitutas, médicos, legisladores - todos nós fazemos coisas com partes de nossos corpos pelas quais recebemos um salário em troca. (NUSSBAUM, 1998, p. 693-694).

Porquanto, o estigma tradicionalmente vinculado à prostituição funda-se em um complexo de crenças que têm, como ponto de interseção, o caráter perverso da sexualidade feminina e o caráter voraz da sexualidade masculina e que, simultaneamente, reproduz o caráter essencialista da sexualidade matrimonial e reprodutiva. Por essa razão, embora reconheça-se a importância das discussões acerca da subordinação das mulheres pobres, mais recentemente levantadas pelas feministas, critica-se a seletividade desse discurso, uma vez que a subordinação é uma característica comum a muitos tipos de trabalho que as mulheres em dificuldade econômica desempenham diuturnamente (NUSSBAUM, 1998, 695-696; 723).

A oposição central do feminismo liberal ao argumento radical, situa-se, portanto, na concepção da prostituição como expressão de

liberdade⁵⁹ e autonomia corporal da mulher que se prostitui. Por essa razão, rejeita-se o estigma da mulher como escrava sexual e, lançando a sexualidade a um universo político mais amplo, objetiva-se a proteção das trabalhadoras do sexo contra a violência produzida pela sua estigmatização e a descriminalização de todos os aspectos resultantes da decisão individual de prostituição (RAMALHO, 2012)⁶⁰, sem que isso impeça que sejam articuladas simultaneamente políticas públicas fundadas no referencial da justiça distributiva, objetivando que a prostituição, como qualquer outra expressão de liberdade, se aperfeiçoe como uma alternativa eleita a partir de um conjunto de possibilidades igualmente acessíveis pela mulher sobre a sua própria concepção de vida boa.

59 Assumir a prostituição como expressão de liberdade não significa endossar qualquer referencial de neutralidade ou naturalização dessa expressão de liberdade individual que se pressupõe contínua e inacabada. Por essa razão, articula-se que a sua efetividade estará permanentemente vinculada ao enfrentamento das questões de justiça distributiva. A noção da liberdade efetiva será melhor articulada no próximo capítulo como uma questão de justiça no liberalismo igualitário, pressuposto teórico compartilhado pela autora.

60 Neste sentido, Nelson Ramalho (2012, p. 71), descreveu a emergência e os movimentos atuais de defesa da prostituição como uma atividade laborativa: “[...] em 1985, realizou-se, em Amsterdam, o First World Whores’ Congress, no qual foi instituída a “World Charter for Prostitute’s Rights”, uma declaração mundial com vistas a proteger os direitos dos trabalhadores do sexo, adotada pelo International Committee on Prostitutes’ Rights – ICPR (Pheterson, 1989). Nela advogam a “descriminalização de todos os aspectos da vida adulta resultantes da decisão individual”; “a prevenção do abuso e da estigmatização das prostitutas” através de programas educativos de mudança de atitudes sociais; a garantia de concessão de “todos os direitos humanos e liberdades civis”; a “liberdade de escolha do seu local de trabalho”, rejeitando o seu confinamento em zonas específicas de trabalho; o fim dos controles de saúde por meio da realização obrigatória de exames periódicos apenas para as prostitutas (devendo estes ser extensíveis a todas as pessoas sexualmente ativas); o direito a “benefícios sociais”, entre outros. Recentemente, em outubro de 2005, realizou-se em Bruxelas um dos marcos históricos do movimento europeu dos profissionais do sexo: a European Conference on Sex Work, Human Rights, Labour and Migration, organizada pelo International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe – ICRSE.⁹ Nesta conferência foram assinados e aprovados a “Declaração dos Direitos dos Profissionais do Sexo na Europa” e o “Manifesto dos Trabalhadores do Sexo na Europa”, que foram entregues aos deputados do Parlamento Europeu. Reclamam o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à proteção contra a violência, à intimidade, à liberdade de movimento e ao associativismo, à proteção igual diante da lei, à liberdade de expressão, ao trabalho e a condições justas e favoráveis de trabalho, à não discriminação, a serem ouvidos, entre outros.”

Nesse sentido, o fortalecimento dos movimentos sociais compostos por mulheres que se prostituíam contribuiu para a projeção dos discursos liberais feministas de regulamentação da atividade em âmbito internacional, permitindo a convergência das pautas liberais em torno “da não criminalização da prostituição enquanto profissão, do reconhecimento do trabalho sexual e de melhores condições para seu exercício, da garantia de liberdades civis e direitos individuais e sociais, bem como da difusão de informações sobre saúde” (MARGOTTI, 2017, p. 67).

Por essa razão, ao analisar os dissensos feministas, Gayle Rubin (2012) afirma que a sexualidade recodificada, ascendente no final do século XX, foi reconstituída com a colaboração da retórica do feminismo radical, que passou a promover um ideal singular de exercício da sexualidade da mulher fundado na concepção do patriarcado. O formato de um padrão sexual singular que se pretende universalizável, diante de um referencial de liberdade e igualdade, será sempre objetivável, independentemente do imperativo que dele decorre, quer seja para que todas as mulheres sejam lésbicas e não-monogâmicas, ou quer seja para que todas sejam heterossexuais, casadas, mães e monogâmicas.

Para além do dissenso feminista acerca da prostituição, percebe-se que as condutas sexuais foram e continuam sendo valoradas e hierarquizadas pelas sociedades ocidentais. Os atos sexuais heterossexuais, maritais e reprodutivos, permanecem alocados com exclusividade no topo da pirâmide sexual e, por serem antagônicas ao padrão sexual eleito, as castas sexuais mais desprezadas compõem a base da pirâmide, o que inclui “transexuais, travestis, fetichistas, sadomasoquistas, trabalhadores do sexo como as prostitutas e modelos pornográficos [...]” (RUBIN, 2012, p. 16). Por esse motivo, as mulheres que se prostituem nunca foram referenciais de imputação de sanidade mental, respeitabilidade e legalidade.

O Estado, refletindo as relações de poder que se estabelecem a partir do dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 1999) e incluindo, mais recentemente, as disputas assumidas pelos discursos feministas,

estabeleceu, quanto a normatização das relações firmadas pelas mulheres que se prostituem, códigos implícitos de um comportamento sexual tolerável e, simultaneamente, perpetuou o estigma e o preconceito que fundam a estatização da prostituição, embora a atividade seja consentida e continuamente demandada. Em síntese, “a legislação sexual e a regulação sexual são simplesmente uma *apartheid sexual*” (RUBIN, 2012, p. 29).

A prostituição emerge nesse contexto como um conteúdo obrigatório de análise e ressignificação no panorama de uma teoria radical do sexo, comprometida com os objetivos de “identificar, descrever, explicar e denunciar a injustiça erótica e a opressão sexual” (RUBIN, 2003, p. 11), pela qual o feminismo radical e o movimento anti-pornografia por ele endossado são enfrentados e duramente criticados diante do seu alinhamento paradoxal com pensamentos reacionários e cristãos, acerca de uma moral sexual. Portanto, para Gayle Rubin (2003), o conjunto de arranjos pelos quais a sociedade transforma e condiciona a sexualidade humana é melhor descrito pelo termo matriz sexo-gênero, que condiciona o desejo ou o comportamento sexual, em superação a utilização do patriarcado como fundamento teórico.

O alinhamento do dissenso feminista acerca da prostituição ocorre, contudo, pela sua articulação como uma política da identidade e por essa razão, “embora afirmar a existência de um patriarcado universal não tenha mais credibilidade ostentada no passado, a noção de uma concepção genericamente compartilhada das mulheres, corolário dessa perspectiva, tem se mostrado muito difícil de superar” (BUTLER, 2017, p. 20), prejudicando a estruturação dessa teoria política com os fundamentos da liberdade e da igualdade que ascendem na discussão política e projetam-se em qualquer teoria da justiça que se pretenda endossar em uma sociedade democrática.

Ao presumir a existência de uma identidade estável e permanente que compreenderia a categoria das mulheres, a teoria feminista difunde seus interesses e objetivos políticos, enquanto simultaneamente cria o sujeito em nome do qual o seu alcance é projetado em representação e, por conseguinte, opera por intermédio da exclusão das identidades

dissidentes. (BUTLER, 2017). Nesse sentido, Judith Butler problematiza que:

[...] política e representação são termos polêmicos. Por um lado, a representação serve como termo operacional no seio de um processo político que busca estender visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos; por outro lado, a representação é a função normativa de uma linguagem que revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres. (BUTLER, 2017, p. 18).

A insistência pela criação teórica de um sujeito político estável⁶¹ no interior do feminismo, cria um domínio de exclusão com consequências coercitivas e reguladoras do sujeito que ele próprio constrói e julga representar, mesmo quando a construção é elaborada com propósitos emancipatórios (BUTLER, 2017). Compreender a identidade do sujeito do feminismo como produto do poder discursivo reclamado pelo dispositivo da sexualidade (FOUCAULT, 1999), não significa “negar a existência de sujeitos políticos e de prática política, mas sim redefinir sua constituição” (MARIANO, 2005, p. 15), uma vez que “sem a pressuposição ou o objetivo da ‘unidade’, sempre instituído no nível conceitual, unidades provisórias podem emergir no contexto

61 A estabilidade do sujeito do feminismo que reivindica a universalização e permanência pode ser identificada ainda a partir da articulação das teorias feministas que combinam a identidade com atributos de cor, sexualidade, etnia e classe, por exemplo. Nesse sentido, a partir da assunção das interseccionalidades, as teorias feministas dessa vertente, “concluem invariavelmente sua lista com um vergonhoso etc” (BUTLER, 2017, p. 247). O fracasso deve ser interpretado, contudo, como instrutivo. Ele representa o esgotamento das tentativas de significação e categorização e pode indicar um novo ponto de partida para uma teorização feminista. (BUTLER, 2017). Dessa forma, ao propor uma teoria radical sobre a sexualidade, Gayle Rubin (2009) assume que o sistema de opressão sexual corta transversalmente outros modos de desigualdade social, contudo, não é redutível a, ou entendível em termos de classe, raça, etnicidade ou gênero, porque embora os privilégios sociais possam mitigar os efeitos da estratificação sexual, ninguém está imune à opressão sexual produzida pela hierarquia sexual.

de ações concretas que tenham outras propostas que não a articulação de identidade”, (BUTLER, 2017, p. 41).

A desconstrução da categoria da mulher é, portanto, fundamental para a reconstrução política da teoria feminista e sua articulação com os fundamentos democráticos de liberdade e igualdade, conquanto:

[...] as feministas comprometidas com uma política democrática radical, a desconstrução de identidades essenciais teria de ser vista como a condição necessária para a devida compreensão da variedade de relações sociais onde deveriam ser aplicados os princípios de liberdade e igualdade. Só quando descartarmos a visão do sujeito como um agente ao mesmo tempo racional e transparente para si mesmo, e descartarmos também a suposta unidade e homogeneidade de todas as suas posições, teremos chances de teorizar a multiplicidade de relações de subordinação. Um indivíduo isolado pode ser o portador dessa multiplicidade: ser dominante em um relacionamento e ser subordinado em outro. (CHANTAL, 1999, p. 3, tradução nossa⁶²).

Assim, embora os objetivos do feminismo radical, fundados na concepção do patriarcado, convirjam para o fim da dominação da mulher, ao reivindicarem politicamente a prostituição como consequência e causa de um poder naturalizado, normalizam

62 Muchas feministas creen que, si no contemplamos a las mujeres como una identidad coherente, no podremos sentar las bases de un movimiento político feminista en el cual las mujeres podrían unirse como mujeres para formular y perseguir objetivos específicamente feministas. En oposición a esa visión, yo argumentaré que, para las feministas comprometidas con una política democrática radical, la desconstrucción de las identidades esenciales tendría que verse como la condición necesaria para una comprensión adecuada de la variedad de relaciones sociales donde se habrían de aplicar los principios de libertad e igualdad. Sólo cuando descartemos la visión del sujeto como un agente al mismo tiempo racional y transparente para sí mismo, y descartemos también la supuesta unidad y homogeneidad del conjunto de sus posiciones, tendremos posibilidades de teorizar la multiplicidad de las relaciones de subordinación. Un individuo aislado puede ser el portador de esta multiplicidad: ser dominante en una relación y estar subordinado en otra.

simultaneamente as práticas sexuais com vinculação ao gênero, excluindo o protagonismo e a participação das mulheres que divergem dessa perspectiva, por dissociarem-se das posições de identidade que constituem a base da teoria feminista. E mais, o feminismo, em sua matriz radical, parece criar e reproduzir o sujeito mulher, enquanto uma categoria estável que apenas poderia ser inteligível a partir da relação que se presume estável entre o sexo, o gênero e o desejo ou comportamento sexual, substratos do construto social.

O feminismo liberal, embora tenha se erigido do pressuposto de iguais liberdades individuais, por não articular satisfatoriamente a materialidade dessa liberdade em complementariedade ao seu aspecto formal, diante da pluralidade e divergência teórica que circunda o próprio liberalismo político, também sofre as limitações representacionais de uma política identitária, não obstante, tenha reivindicações mais razoáveis e propensas a atrair o consenso democrático que aquelas subscritas pelo feminismo radical.

A legitimidade presumida do discurso feminista acerca da sexualidade, deve ainda ser questionada no contexto das práticas discursivas⁶³, uma vez que a compreensão política do sexo desencobre relações cíclicas de poder e resistência internas também na teoria feminista, pelas quais o discurso produz verdades e pretende, pela universalização da categoria mulher, normalizar comportamentos sexuais a partir dos seus próprios enunciados, construindo simbolicamente o papel da mulher na teoria política e na relação com o homem. Com efeito:

O trabalho de construção simbólica não se reduz a uma operação performativa de nomeação que oriente e estructure as representações, a começar pelas

63 O discurso é, para Foucault (2008) um conjunto de enunciados (que regem a formação discursiva e anunciam as possibilidades estratégicas do discurso), na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva; os enunciados e os discursos alcançam a prática discursiva revelando uma série de regras anônimas e históricas que condicionaram a função enunciativa, criando categorias sujeitas aos efeitos da verdade e do poder discursivo.

representações do corpo (o que ainda não é nada); ele se completa e se realiza em uma transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros), isto é, em um trabalho e por um trabalho de construção prática, que impõe uma definição diferencial dos usos legítimos do corpo, sobretudo os sexuais, e tende a excluir o universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero - e em particular, todas as virtualidades biologicamente inscritas no “perverso polimorfo” que, se dermos crédito a Freud, toda criança é - para produzir este artefato social que é um homem viril ou uma mulher feminina. (BOURDIEU, 2007, p. 33).

Como alertado por Michel Foucault (2016, p. 8), “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo, controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório [...]”. O discurso é, portanto, um ambiente por intermédio do qual a sexualidade exercerá seus poderes de controle e interdição. Por essa razão, “por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e o poder” (FOUCAULT, 2016, p. 10).

E mais, o discurso é aquilo porque e pelo que se luta, “o poder do qual nós queremos apoderar” (FOUCAULT, 2016, p. 10). A pretensa verdade acerca da sexualidade é um dos procedimentos de controle e delimitação do discurso que, contribuem na teoria feminista para normatização da categoria mulher e contribuem para conclusão que o feminismo não resiste ao poder, mas encontra-se também imbricado em sua estrutura, inclusive jurídico-discursiva.

A peculiaridade do argumento produzido pelo feminismo radical para explicar e subitamente, refutar a prostituição como ato de autonomia, deriva aparentemente da justificação endossada pelos

homens para justificarem seus próprios privilégios⁶⁴ (BOURDIEU, 2007), qual seja, de legitimarem a relação de dominação imprimindo-lhe o caráter biológico da sexualidade que é, por sua vez, uma construção social naturalizada. Nesse sentido, ao tratar da relação sexual entre o homem e a mulher, Pierre Bourdieu afirma que:

Se a relação sexual se mostra como uma relação social de dominação, é porque ela está construída através do princípio de divisão fundamental entre o masculino, ativo, e o feminino, passivo, e porque este princípio cria, organiza, expressa e dirige o desejo - o desejo masculino como desejo de pose, como dominação erotizada, e o desejo feminino como desejo da dominação masculina, como subordinação erotizada, ou mesmo, em última instância, como reconhecimento erotizado da dominação. (BOURDIEU, 2007, p. 31).

A análise do campo discursivo⁶⁵ acerca do feminismo, sobretudo do feminismo radical, revela, portanto, que alguns enunciados que contribuem para a singularidade dessa teoria política derivam da estrutura de oposição dos sexos e gêneros, com premissas essencialistas em maior ou menor medida e que, apenas sobrevivem pela renovação discursiva que fixa diuturnamente os limites da sexualidade enquanto constrói, estabiliza e universaliza a identidade da categoria mulher, relacionando em interdependência com enunciados que pretende

64 A justificação teórica dos privilégios dos homens nos contextos de dominação da mulher é resumida por Bourdieu no termo sociodicéia (BOURDIEU, 2007).

65 Para Foucault, a análise do campo discursivo é orientada da seguinte forma: “trata-se de compreender o enunciado na estreiteza e singularidade de sua situação; de determinar as condições de sua existência, de fixar seus limites da forma mais justa, de estabelecer suas correlações com os outros enunciados a que pode estar ligado, de mostrar que outras formas de enunciação exclui. Não se busca, sob o que está manifesto, a conversa semi-silenciosa de um outro discurso: deve-se mostrar por que não poderia ser outro, como exclui qualquer outro, como ocupa, no meio dos outros e relacionado a eles, um lugar que nenhum outro poderia ocupar.” (FOUCAULT, 2008, p. 31)

rechaçar, enquanto sistematicamente exclui a autonomia e o consentimento como enunciados possíveis de alteração da realidade, ocupando um lugar silencioso na normatização da vida da mulher.

O feminismo⁶⁶, nesse contexto, é simultaneamente uma teoria política e um movimento social circunscrito no dispositivo da sexualidade, lugar comum do poder e da resistência que estruturase originariamente a partir da noção da mulher subalterna⁶⁷ que lhe confere o conteúdo representacional. Por essa razão, uma análise crítica das racionalidades que pretendem desocultar as razões da dominação masculina deve ser precedida da problematização concomitante dos seus pressupostos⁶⁸ e daquele que os anuncia reivindicando o monopólio discursivo.

Uma análise crítica do feminismo deve, portanto, ter por objetivo libertar a teoria feminista da necessidade de construção, para uma ação política efetiva, de uma base única e permanente da categoria mulher⁶⁹, a partir da estabilidade pressuposta entre o sexo, o gênero e o desejo, que lhe confere unidade, sobretudo porque “certas formas aceitas de fragmentação podem facilitar a ação, e isso exatamente porque a ‘unidade’ da categoria mulheres não é nem pressuposta nem desejada” (BUTLER, 2017, p. 27).

66 Compreendido em sua pluralidade teórica, diversa e não linear.

67 Sob influência de Foucault (2009; 2002 e 2011), Bourdieu (2002), Butler (2009) e de Spivak (2010), entende-se que a mulher que foi construída pela teoria feminista como um sujeito subalterno, - situada sob as camadas mais baixas da estratificação sexual -, sob a pretensão de construir um discurso de subversão e por intermédio dele, passar a representar o sujeito recém criado, não pode ser, em face da heterogeneidade silenciada, compreendida para além de uma expressão simbólica da luta supostamente empreendida (ou que deveria ser) pelo feminismo contra os espaços de subalternidade que impedem a participação autônoma das tantas mulheres que, como a que se prostitui, estão presentes no “etc” que pretende esgotar – sem sucesso – as interseccionalidades que demarcam mais profundamente a estratificação sexual e que são indiscutivelmente irreduzíveis e heterogêneas. Por essa razão, questiona-se os limites representacionais do feminismo e sem oposição, conclui-se pelo seu dever político de criar espaços e contribuir para que todas as mulheres alcancem condições de auto representação, uma vez que enquanto forem reproduzidas as estruturas de poder e opressão inscritas no dispositivo da sexualidade, a mulher – prostituta e subalterna – não pode falar.

68 Não compreendidos em níveis estáveis, neutros ou universalizáveis.

69 Pela qual o feminismo se tornará invariavelmente excludente (BUTLER, 2017).

Com efeito, a construção multifacetada do sexo, do gênero e do desejo deve constituir a premissa de reivindicação do sujeito do feminismo em uma nova configuração política feminista de coalizões, pela qual constituem-se alianças e ao contrário da política identitária, prescinde do sujeito mulher (BUTLER, 2017). Dessa forma, esclarece-se que:

Desconstruir o sujeito do feminismo não é, portanto, censurar sua utilização, mas, ao contrário, liberar o termo num futuro de múltiplas significações, emancipá-lo das ontologias maternais ou racistas às quais esteve restrito e fazer dele um lugar onde significados não antecipados podem emergir. (BUTLER, 1998, p. 25).

A luta contra o poder é também uma luta pelo poder, igualmente marcada por insurgência e dissidência aos enunciados discursivos, pelo que conclui-se que a importância do dissenso provocado a partir dos feminismos, singularmente considerados na posição liberal ou radical que assumem, numa perspectiva democrática, não é suficiente para que se extraia uma racionalidade estrutural para normalização da vida das mulheres que decidem se prostituir, uma vez que as tensões entre a liberdade, autonomia e consentimento não são suficientemente exploradas para que os resultados encontrados ingressem como fundamentos jurídicos coerentes numa concepção política de justiça.

Os feminismos, enquanto rejeitarem-se mutuamente e perpetuarem a negativa da incompletude que lhes deveria ser pressuposta, não serão capazes de apresentar argumentos que coincidam com a pretensão de utilização do poder político para reprimir concepções diversas de vivência da sexualidade. A reconciliação dos feminismos que se pretenda projetar como uma concepção política de justiça suficientemente abrangente e consensual, entre cidadãos livres e iguais, deve pressupor que:

Diferentes concepções de mundo podem ser elaboradas de forma razoável a partir de diferentes pontos de vista, e a diversidade surge, em parte, de nossas perspectivas distintas. É pouco realista - ou pior ainda, desperta suspeita e hostilidade mútua - supor que todas as nossas diferenças derivam exclusivamente da ignorância e da perversidade, ou de rivalidades pelo poder, status ou benefício econômico. (RAWLS, 2000, p. 102).

Diante do exposto, afirmada a incipiência justificatória dos fundamentos de racionalidade e coerência que estariam circunscritos no fenômeno da juridicização da vida privada da mulher que se prostitui, - profundamente demarcado pela construção social e política da sexualidade -, objetiva-se reconstruir os fundamentos históricos e filosóficos que constituem o Direito Privado como uma prática normativa imanentemente inteligível e de ordenação distintiva daquelas das quais se originaram a normalização da sexualidade. Para tanto, pretende-se descrever, na maior medida do possível, como o Direito Privado poderia se tornar mais justo, numa perspectiva funcional, se pressuposto na estrutura básica da sociedade liberal igualitária.

3 A RACIONALIDADE ESTRUTURAL DO DIREITO PRIVADO NO LIBERALISMO IGUALITÁRIO: UMA ARBITRAGEM DE JUSTIÇA PARA A ALTERNÂNCIA COERENTE ENTRE A JUSTIÇA COMUTATIVA E A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

O ocultamento da mulher que se prostitui é resultado de uma relação complexa e de fundamentos heterogêneos que a situam no limbo existente entre o Direito Privado e o Direito Penal, demarcadores estruturais de espaços coexistentes de liberdades e não liberdades, mediados historicamente pelo pressuposto de igual liberdade. O liame subjetivo que vincula coerentemente o regime de liberdades e não liberdades, promovendo uma articulação coerente entre o Direito Privado e o direito penal, respectivamente, decorre da proteção conferida aos bens e/ou interesses privados⁷⁰, que, se violados ou ameaçados, promovem o deslocamento da tutela estatal do Direito Privado para o direito penal, momento no qual se pune criminalmente o comportamento desregrado e nega-se a validade das relações jurídicas firmadas pela ilicitude do seu objeto na esfera privada.

Contudo, a supressão do alcance normativo do Direito Privado não está sujeita a nenhuma fundamentação externa que se pretenda prioritária para as relações jurídicas, exceto se essa fundamentação puder ser afirmada pela sua inteligibilidade juridicamente imanente. O mesmo raciocínio deve ser aplicado no pretenseo cambiamento entre uma estrutura formal e funcional, que promoverá, em algum grau e por critérios variáveis, a justiça distributiva no Direito Privado. Dessa forma, rejeita-se toda aleatoriedade de fundamentos que pretenda a delimitação dos espaços legítimos de ingerência da liberdade individual.

70 Os bens ou interesses públicos juridicamente tutelados também podem promover esse deslocamento entre o direito prescritivo e o direito repressivo, contudo, por não constituírem uma relação imediata com o objeto de pesquisa e para que não sejam insuficientemente analisados, não serão considerados nas generalizações formuladas.

Para tanto, afirma-se como pressuposto de desenvolvimento da pesquisa empreendida que a coerência estrutural do Direito Privado se origina do pressuposto formal de igual liberdade, método inicial de racionalidade e descrição avaliatória das relações entre particulares, sintetizado na concepção de justiça comutativa. Paralelamente, em atenção à função do direito, admite-se a ambivalência dos fundamentos de justiça que irão compor a teoria de justificação legal do Direito Privado a partir do liberalismo político, expressão de justiça social que articula a liberdade e a igualdade, presentes na genealogia do Direito Privado, com aspectos substanciais de justiça, sintetizado na concepção de justiça distributiva.

Por fim, demonstrado como o Direito Privado pode ser projetado e coerentemente articulado no interior da estrutura básica da sociedade liberal igualitária, pretende-se abstrair dessa concepção política de justiça os fundamentos não instrumentais de formação da justiça distributiva, objetivando, ao final, a dedução dos critérios de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva, na estrutura formal-funcional do Direito Privado, descrevendo as condições para regulação ou restrição das liberdades fundamentais.

3.1 O DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE PELO DIREITO PRIVADO: FUNDAMENTOS DE COERÊNCIA, IMANÊNCIA E INTELIGIBILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A vivência da sexualidade orientada pela autodeterminação corporal constitui uma expressão da liberdade individual que, apresentando-se multifacetada, lança os corpos, os gêneros e os comportamentos sexuais profundamente fluídos e inconstantes, em contraste com a rigidez do Estado de Direito que os uniformiza, normaliza e universaliza enquanto padrões de comportamento classificados em conformidade ou desconformidade com o Direito, porquanto, em lícitos ou ilícitos, em válidos ou inválidos.

O enfrentamento dessa contradição depende da compreensão histórica do Direito Privado como um sistema ordenado de relações jurídicas que reclama coerência e que, sistematicamente, deveria resistir aos imperativos morais, religiosos e/ou filosóficos de sexualidade boa ou digna, que pretendam influir em sua racionalidade estrutural, promovendo acrasias na correlação entre a liberdade e a igualdade.

A acrasia afirmada reside na alocação de balizas às expressões da liberdade individual da mulher que se prostitui, haja vista que impõe, pela suposta tutela da sua dignidade sexual promovida pelo direito penal, a invalidade⁷¹ da oferta⁷², do contrato de locação⁷³, do contrato de mandato e do contrato de trabalho⁷⁴, relações jurídicas de Direito Privado que sofrem a ingerência alocativa de repressão pelo direito penal apenas quando relacionadas à prostituição.

Com efeito, a alocação representa uma restrição/supressão ou uma regulação/redução, parcial ou permanente de expressões de liberdade que, no Direito Privado, assenta-se sobre direitos subjetivos e, cuja incoerência manifesta-se pelo tratamento desigual de situações jurídicas estruturalmente idênticas. Esclarece-se, nesse contexto, que o casamento e a união estável⁷⁵, relações proeminentemente

71 A invalidade é afirmada pela ilicitude do objeto que adjetiva a oferta, o contrato de locação, o mandato e o contrato de trabalho no panorama das atividades relacionadas à prostituição, conforme leitura cominada do artigo 104, inciso II, do Código Civil de 2002 que dispõe que: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável” (BRASIL, 2002), e os artigos que tipificam especificamente as condutas que materializariam as referidas relações contratuais.

72 Invalidade decorrente da primeira parte do artigo 228, do Código Penal, que dispõe que: “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la [...]” (BRASIL, 1940).

73 Invalidade decorrente do artigo 229, do Código Penal, que dispõe que: “Art. 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: [...]” (BRASIL, 1940).

74 Invalidade decorrente do artigo 230, do Código Penal, que dispõe que: “Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: [...]” (BRASIL, 1940).

75 Disciplinados respectivamente a partir dos artigos 1.511 e 1.723, do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002).

contratuais, não obstante pressuponham a ocorrência de relações sexuais entre as partes, não são objeto de qualquer prescrição jurídica pautada na dignidade sexual⁷⁶. Logo, significa dizer que no que concerne à sexualidade, são relações contratuais isentas de alocação.

Dessa forma, ainda que se prostituir não constitua, isoladamente, fato típico ou ilícito civil e, ainda, que não seja a prestação de serviços sexuais um objeto que invalida o contrato firmado entre a mulher que se prostitui e o contratante e que, em outras palavras, seja juridicamente possível para mulher, em abstrato, prostituir-se, é incontroverso que a mera atribuição de liberdade (implícita pela não proibição), nesse caso, esvazia as alternativas de exercício de direitos sexuais ante a criminalização das atividades que viabilizam a prostituição e que, em última análise, denunciam uma situação de incoerência no Direito Privado.

A incoerência origina-se da dissimulação histórica perpetrada pela legislação brasileira que, sujeita a um conjunto difuso de interesses morais, políticos e religiosos⁷⁷, ocultou paulatina e sistematicamente sua arbitrariedade coercitiva no violento apagamento da capacidade de autonomia da mulher que se prostitui enquanto, simultaneamente, perpetuou sua exclusão enquanto sujeito de direito. Para tanto, o regime abolicionista situou a relação entre a mulher o contratante no Direito Privado de forma implícita e marginal⁷⁸.

Paralelamente, pressupondo a sua incapacidade de agir com autonomia racional⁷⁹, impôs a criminalização de todas as atividades

76 O único dispositivo do Código Civil de 2002 que assegura a proteção a dignidade sexual encontra-se no artigo 1.638, parágrafo único, dentre as disposições que impõem a perda do poder familiar.

77 Conforme demonstrado na seção 2.2 do capítulo anterior.

78 Uma vez que trata-se de contrato típico, não obstante, a inexistência de regulamentação específica para a natureza do objeto contratual. O contrato em espécie referido é o de prestação de serviços, disciplinado entre os artigos 593 e 509 do Código Civil de 2002, o qual compreende a prestação de serviços sexuais de forma implícita, uma vez que a relação estabelecida diretamente entre a mulher que se prostitui e o contratante, como já afirmado, não é defesa em lei.

79 A autonomia racional, fundada nas faculdades intelectuais e morais das pessoas, é utilizada por Rawls (2000, 116-117) para explicitar como os cidadãos percebem a si mesmos como pessoas livres, autenticadoras de reivindicações válidas e capazes

relacionadas à prostituição, implicando na projeção da mulher que se prostitui como alguém incapaz de “[...] formular, revisar e procurar concretizar uma concepção do bem, e de deliberar de acordo com ela” (RAWLS, 2000, p. 117), culminando nos efeitos mais tarde assumidos irrefletidamente pelo Direito Privado.

Ocorre que, qualquer que seja a racionalidade empreendida na justificação normativa das relações jurídicas, o Direito Privado não pode admitir para sua inteligibilidade e justiça, arranjos responsivos tão profundamente arraigados em concepções incompatíveis com termos equitativos de cooperação entre cidadãos igualmente livres⁸⁰, aleatórios e pouco sensíveis à diversidade de concepções de vida boa que coexistem numa democracia constitucional. Arranjos dos quais, presume-se, emergem as ordens arbitrárias que revelam sua instabilidade lógica e violência sistêmica, inclusive, no que concerne à prostituição.

Para que essa incoerência e injustiça não sejam meramente pressupostas, torna-se imprescindível para o desenvolvimento do presente trabalho que sejam abstraídos, por breve incursão na história do Direito Privado brasileiro - a partir de seus principais influentes -, os fundamentos que estruturam sua forma e revelam instâncias de liberdade igual. Assim, ao elevar as regras jurídicas ao grau de elementos lógicos do sistema, tem-se a forma (LITRENTO, 1982, p. 107) e, pela conjugação de forma e função, ao final, tem-se um método coerente de alocação e simultânea expansão de liberdade com reflexos imediatos na formatação, no próximo capítulo, da liberdade sexual e da autonomia privada.

de assumir a responsabilidade pelos fins que perseguem. Dessa forma, não se trata nesse momento de uma discussão acerca da capacidade enquanto instituto de Direito Privado, mas como pressuposto idealmente compartilhado entre os cidadãos em sociedades democráticas.

80 Termos oriundos de princípios e critérios equitativos de cooperação, entre iguais, pelos quais é pressuposta a disposição de todos a se submeter a eles voluntariamente, ante a razoabilidade do que é determinado, permitindo que seja justificável para todos. (RAWLS, 2000, 92-95).

A contextualização histórica do Direito Privado no Brasil, em sua genealogia e desenvolvimento, não pode ser explicada senão a partir da história do Direito Privado na Europa, iniciada com a redescoberta do *Corpus iuris civilis* recepcionado e rapidamente expandido pela Europa ocidental⁸¹ (WIEACKER, 2015, p. 11). O monumento legislativo produzido pelos romanos no Baixo Império⁸² e mais tarde denominado *Corpus iuris civilis*⁸³ consistiu numa compilação, sob ordenação do Imperador Justiniano, de numerosos textos de épocas anteriores, sobretudo, da época clássica, na qual floresceu o direito individualista, considerada ainda como período de maior refinamento da cultura jurídica romana (ROBERTO, 2011, p. 20-22). E, por reunir séculos de evolução do pensamento jurídico é ainda considerado como “[...] um dos mais célebres projetos legislativos da história.” (CAENEGEM, 2000, p. 20). O fundamento de validade para a ampla difusão do direito romano se justificaria por:

[...] considerar tal direito como *ratio scripta*, isso é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*), e como tais capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante, é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos interpretes, mediante recurso à aplicação analógica e às outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a caso distintos. (BOBBIO, 2006, p. 31)

81 Para uma contextualização histórica da relevância do *corpus iuris civilis*, esclarece que: “No império oriental, as compilações de Justiniano permaneceram em vigor, sendo comentadas no ensino e nos trabalhos eruditos. Mas no Ocidente seu papel histórico só começou por volta de 1100”. (CAENEGEM, 2000, p. 26).

82 Período compreendido entre 284 aé 565, ano da morte do Imperador Justiniano. (ROBERTO, 2011, p. 20).

83 Conforme esclarece R. C. Van Caenegem, “o nome data do século XII”, (CAENEGEM, 2000, p. 25).

A redescoberta do *Corpus iuris civilis* pelo ocidente, porquanto, “[...] significou que dessa data em diante o texto foi estudado, analisado e ensinado nas universidades.” (CAENEGEM, 2000, p. 65), preponderando da idade média ao início da idade moderna, modelando e orientando o desenvolvimento do direito por toda a Europa (CAENEGEM, 2000, p. 95).

Ocorre que, a intelectualidade do direito romano transcrita no *Corpus iuris civilis* era assistemática e fundava-se em casos específicos ou máximas gerais⁸⁴, demandando, para sua compreensão, a assimilação cuidadosa dos conceitos e terminologias utilizados. A atmosfera que circundava as transformações vivenciadas pela ciência jurídica, promoveu um ímpeto pela explicação racional da sociedade que impactava, reciprocamente, o direito. Nesse contexto, “a filosofia aristotélica foi também descoberta, traduzida e comentada com a autoridade da qual gozavam o ensino antigo”. (CAENEGEM, 2000, p. 67).

O esforço consciente de reunir o direito romano com a filosofia grega com o propósito de explicar casos particulares e as máximas, pela utilização de princípios gerais, teve início na Espanha, apenas no século XVI, e em particular, pela filosofia de Aristóteles. Para tanto, os escolásticos tardios⁸⁵ propuseram a reorganização do direito romano sobre uma estrutura teórica e sistemática⁸⁶, com base nos princípios filosóficos de Aristóteles e Tomás de Aquino, (GORDLEY, 2006).

84 Razão pela qual foi objeto de estudo e assimilação dos conceitos, métodos e terminologia empregada por três grandes escolas europeias de ciência jurídica entre os séculos XII e XVI: “os glosadores do século XII até a primeira metade do século XIII; os comentadores dos séculos XIV e XV; e os humanistas do século XVI.” (CAENEGEM, 2000, p. 67).

85 Referência ao pensamento produzido entre os séculos XV e XVII, que se desenvolveu, sobretudo, nas instituições de ensino da Espanha e de Portugal e que caracteriza-se pela tentativa de compatibilização da teologia e filosofia. (SILVA, 2013).

86 Nesse sentido, José Adércio Leite Sampaio (2009, p. 99) observou que: “Ideias como individualismo, direitos naturais, contratualismo e soberania popular estiveram presentes em seus debates, influenciando os pensadores modernos.”

O Brasil nesse período, notadamente, entre os séculos XV e XVII, então colônia de Portugal⁸⁷, vivenciava a experiência da ciência jurídica europeia por influência imediata do colonizador português, cujo direito constituiu-se pela combinação proposta entre elementos de direito romano, germânico e canônico⁸⁸, base comum do direito europeu. Dessa forma, surge em 1446, a primeira compilação do direito português a vigor no país, as Ordenações Afonsinas. Sucessivamente o Brasil sujeita-se, em 1521, as Ordenações Manuelinas e finalmente, em 1603, as Ordenações Filipinas (ROBERTO, 2011, p. 53), que vigoram no país até 1917.

Ante o exposto, esclarece-se que, embora o país tenha se tornado independente de Portugal em 1822, manteve-se, por intermédio da Lei de 23 de outubro de 1823, a vigência da legislação portuguesa até que sobreviesse um novo código, conforme dispunha a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824⁸⁹, para que fosse mantida a necessária ordem jurídica (PEREIRA, 2016, p. 84). Assim, a história do Direito Privado no Brasil remonta aos elementos históricos que integram a herança comum do direito europeu⁹⁰ e, não obstante, pela longevidade das Ordenação Filipinas no território nacional, o país não integrou o movimento de renovação legislativa experimentado pelas nações ocidentais no início do século XIX (GOMES, 2006, p. 3), na efervescência do movimento da codificação.

A codificação representava o ápice dos ideais iluministas⁹¹ e, repousando-se sobre a razão, pretendia a renovação do ordenamento

87 Ou seja, desde que teve seu território invadido por Portugal em 1500.

88 Expressões do direito profundamente influenciadas pelo *Corpus iuris civilis*, (CAENEGEM, 2000, p. 43-120).

89 Artigo 179. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824).

90 O direito europeu, constituiu-se, com maior ou menor influência, pelos elementos oriundos do direito romano antigo e medieval e o direito canônico, o antigo direito germânico, que demonstraram-se influentes em todos os países da Europa. (CAENEGEM, 2000, p. 2-3).

91 Ideais que, fundados na liberdade e na igualdade, insurgiam-se contra a desigualdade no tratamento conferido pela lei em benefício da nobreza e do clero; as limitações à liberdade individual e à propriedade, decorrentes de intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa; e contra a prevalência dos interesses subjacente

jurídico, com o objetivo de “[...] dar um fim à incerteza jurídica reinante através do uso, na prática jurídica, de códigos universalmente válidos” (CAENEGEM, 2000, p. 5). A codificação era a reunião da condição material e formal reunidas na pretensão de coerência e transformação do direito pelo iluminismo (ROBERTO, 2011, 29-31). A condição material era expressada pela união entre o jusracionalismo⁹² e o iluminismo, pela qual a codificação assumiria o conteúdo daquele primeiro, justificando-o racionalmente.

Assim, afirma-se que [...] o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais” (WIEACKER, 2015, p. 354). E, notadamente, na construção moderna do Direito Privado, contribuiu para a consubstanciação teórica da ciência do direito – dissociada da sujeição tradicional ao direito romano e objetivamente secularizada – que tornou possível que o Direito Privado emergisse como um sistema de regras coerentes e imanentes e a partir das quais, outras seriam dedutíveis.

A pretensão de superação dos fundamentos metafísicos de organização e estruturação do Estado e do direito, porquanto, reúne-se finalmente na defesa da codificação como possibilidade de unir esse último com coerência racional e unidade. A ideia de codificar o direito, especialmente na França⁹³, “nasce da convicção de que possa

da Igreja cuja autoridade foi também contestada (CAENEGEM, 2000, p. 161-164). Assim, “a esperança - no espírito do Iluminismo - era que a lógica e a ciência formassem um novo fundamento de um aprendizado seguro para toda a Europa civilizada” (CAENEGEM, 2000, p. 162), impondo ao direito a reorganização sistemática dos seus fundamentos e método.

92 Refere-se aqui ao terceiro estágio do jusnaturalismo. Momento no qual a fonte do direito natural abdica das perspectivas cosmológica e teológico-cristã como explicações válidas para a compreensão do mundo e do direito. O direito natural racionalista ou jusracionalista, distingue-se, assim, pela emergência da razão subjetiva e da ciência moderna, pelos quais poderia ser deduzido por intermédio de reflexões puramente racionais. O direito surge, portanto, como um sistema jurídico racional. (FREITAS, 2014) .

93 A pesquisa não abordará todo o movimento da codificação em efervescência na Europa nos últimos anos do século XVIII, ante a necessidade de delimitação do objeto. Portanto, apenas a codificação francesa, diante da influência que exerceu na Europa, na América Latina e especialmente, no Brasil, será objeto de maior aprofundamento.

existir um legislador universal (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um direito simples e unitário” (BOBBIO, 2006, p. 65). Nessa conjectura foi promulgado o Código Civil francês de 1804, poucos anos após o princípio da codificação ser consagrado na Constituição de 1791 e 1793⁹⁴.

O Código Civil da França é reflexo da crença jusracionalista, portanto, emerge de uma estrutura rigorosa, transparente, de linguagem clara e epigramática, representando o triunfo da Revolução Francesa⁹⁵ na luta por um direito geral dos franceses baseado na razão e contra o regionalismo corporativo (WIEACKER, 2015, 386-391), não obstante, tenha sido herança imediata do regime napoleônico, iniciado com o fim da revolução.

Assim, embora a revolução tenha eliminado em grande parte o direito antigo, esse processo apenas foi efetivamente consumado com a promulgação do Código em 1804, feito atribuído “à vontade e a determinação política de Napoleão” (CAENEGEM, 2000, p. 6), cujo início foi demarcado pela instituição de uma comissão incumbida da tarefa de codificação, composta por Tronchet, Bigot du Préameneu, Maleville e Portalis, que em apenas quatro meses haviam concluído seus trabalhos (ROBERTO, 2011, p. 43).

O direito romano⁹⁶ e as inovações promovidas pela Revolução coexistiram na nova codificação, mediados pela tentativa constante dos redatores de racionalizar seus fundamentos. Com efeito, infere-se do discurso que fundamenta a filosofia do código, elaborado por Jean Etienne Marie Portalis, a necessidade de desvincular a lei dos arbítrios do antigo regime, denunciados pela Revolução: “as leis não são puros

94 Constituições consideradas principais durante a Revolução Francesa. (BOBBIO, 2006, p. 66).

95 No que concerne aos princípios consagrados pela Revolução, nota-se, com maior influência no Direito Privado, uma visão republicana da lei e o princípio da igualdade humana (GORDLEY, 1994).

96 O direito romano é reivindicado frequentemente como fundamento para manutenção ou organização de institutos no código no discurso de Portalis (2014).

atos de poder, senão de sabedoria, de justiça e de razão⁹⁷” (PORTALIS, 2014, p. 11, tradução nossa). Por essa razão, afirma-se que:

Só com o Códice Civil a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de atuação contratual e econômica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade. (WIEACKER, 2015, p. 390).

O caráter revolucionário do Código francês ainda decorreria assim, do tratamento jurídico conferido a propriedade, ao contrato e a lei de responsabilidade civil (PORTALIS, 2014), supostamente fundado em princípios individualistas modernos⁹⁸, inscritos respectivamente na liberdade do proprietário de fazer o que quiser com sua propriedade, na liberdade contratual e na responsabilidade de um indivíduo por danos decorrentes de sua própria culpa. Contudo, conforme observa James Gordley (1994), não obstante a significação assumida pelo Código francês na ciência jurídica do ocidente, não parece crível que os seus redatores o tenham formulado sobre novos princípios individualistas. Primeiro, pelo pouco tempo despendido para o empreendimento. Segundo, porque Portalis, no discurso que fundamenta o código, afirma sua fidelidade ao passado ao descrever que, ao disciplinar os contratos, por exemplo, os redatores teriam se limitado a indicar novamente regras comuns e que jamais iriam além dos princípios que foram transmitidos pela antiguidade (PORTALIS, 2014, p. 49).

Por essa razão, embora tenha sido sustentado que “os redatores subscreveram concepções tradicionais de Direito Privado quase antiquadas quando o Código foi promulgado” (GORDLEY, 1994, p. , tradução nossa), esse pressuposto é importante para que se

97 “Las leyes no son puros actos de poder, sino de sabiduría, de justicia y de razón”

98 Conforme também afirmado por Giordano Bruno Soares Roberto (2011, p 45).

compreenda o que se encontra subjacente a racionalidade estrutural do Direito Privado.

Porquanto, em estudo comparado entre as mudanças introduzidas pelo Código francês, os fundamentos supostamente oriundos da Revolução, eos princípios gerais que demarcam aquele primeiro, James Gordley (1994) concluiu que os redatores foram guiados pelos estudos dos advogados naturais, juristas dos séculos XVII e XVIII, que haviam abstraído os princípios gerais do Direito Privado a partir dos fundadores da escola natural de direito, Hugo Grotius (1535-1645) e Samuel Pufendorf (1632-94), que, por sua vez, se basearam nos juristas do século XVI, como Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600) e Leonard Lessius (1554-1623), esse últimos pertenciam a um grupo que os historiadores chamam de escolásticos tardios ou da escola de direito natural espanhola, que haviam formulado esses princípios em um esforço para reconciliar o direito romano com as ideias filosóficas de Aristóteles e Tomás de Aquino.

Dessa forma, em investigação comparativa teórica-dogmática, James Gordley (1994; 2006) confirmou que os princípios gerais que estruturaram o Direito Privado na modernidade, fundados na liberdade de propriedade e de contratar, bem como na responsabilidade do indivíduo pela sua própria culpa, não foram efetivamente consagrados pelos redatores, mas pelos autores dos tratados franceses do século XIX, que os leram no Código, embora, originem-se da reconciliação do direito romano com os princípios básico de justiça, oriundos da filosofia aristotélica⁹⁹ e que constituíram, mais tarde, objeto de estudo de Tomas Aquino¹⁰⁰ (AQUINO, 2001).

A estrutura básica do Direito Privado foi, portanto, montada por Tomás de Aquino com base na lei romana e em Aristóteles e,

⁹⁹ Por essa razão, James Gordley (1994) sustenta ainda que os redatores do Código Civil francês pouco disseram sobre suas referências teóricas, inclusive, acerca da propriedade, em um esforço consciente de afastarem-se de questões teóricas. Contudo, teriam claramente subscrito as antigas ideias da lei natural.

¹⁰⁰ Especialmente na obra de comentários à ética a Nicômaco, na qual descreve-se a correlação entre a justiça corretiva e a justiça recíproca, reunidas na denominação da justiça comutativa. (AQUINO, 2001).

posteriormente, passada para os últimos escolásticos e emprestada pelos advogados naturais do século XVII. A referida estrutura, calcada em princípios básicos de justiça, constituiu a coerência interna do Código Civil francês e, por descender de pressupostos teóricos comuns e compartilhados na história do Direito Privado moderno do ocidente, compartilha-se a conclusão de James Gordley (2006), para quem o Direito Privado desenvolvido no Ocidente – em *common law* ou *civil law* – é melhor explicado a partir dos princípios oriundos da tradição aristotélica, que revestem-se de força explanatória da racionalidade dos institutos jusprivatistas.

O Código Civil brasileiro de 1916, primeira codificação do país, é mediatamente resultado desse processo de desenvolvimento do Direito Privado pelo ocidente e foi, imediatamente influenciado pelo Código Civil francês¹⁰¹. Assim, poucos anos após a promulgação do Código Civil na França, a Constituição brasileira de 1824, a primeira promulgada após a declaração da independência do Brasil, ocorrida em 1822, prescreveu, no artigo 179, inciso XVIII, que fosse organizado um Código Civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade (BRASIL, 1824), contudo, o país não experimentou uma legislação codificada até o início do século XXI¹⁰² (GOMES, 2006, p.1-12).

O êxito nas propostas de codificação adveio do projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, entre abril e outubro de 1899, posteriormente

101 A influência creditada ao Código francês decorre da sua repercussão positiva pelo ocidente. Acresce-se ainda, a influência da teoria da codificação pela repercussão das ideias de Jeremy Bentham, maior filósofo dessa teoria, citado frequentemente, por exemplo, por Teixeira de Freitas (ROBERTO, 2011, p. 56).

102 A promulgação do Código Civil de 1916, vigente a partir de 1º de janeiro de 1917, decorre de antecedentes históricos nacionais importantes, com os quais contribuíram primeiramente, Teixeira de Freitas, responsável pela consolidação do direito civil vigente no país, publicada em 1857 e, mais tarde, pela elaboração do primeiro esboço do Código Civil, divulgado entre 1860 e 1865. O projeto de Teixeira de Freitas não teria sido acolhido diante da insistência do jurista em unificar o Direito Privado, não obstante, tenha influenciado os códigos sul-americanos. Os trabalhos de Teixeira de Freitas foram sucedidos pelos de Nabuco de Araújo, em 1872, Joaquim Felício dos Santos, em 1881 e, finalmente, em 1890, Coelho Rodrigues, que encerra uma trajetória inexitosa de codificação no Brasil (ROBERTO, 2011, p. 53-69). A relevância desses antecedentes, por não influenciarem imediatamente no desenvolvimento da pesquisa, não será objeto de detalhamento no texto.

revisado e apresentado ao Congresso Nacional, no dia 17 de novembro de 1900, sendo aprovado apenas em 1916, ante a resistência sistemática de Rui Barbosa à linguagem empregada por Beviláqua ao texto (ROBERTO, 2011, p. 65). É, contudo, o conteúdo dessa legislação que inspira uma maior atenção pela investigação proposta.

Com efeito, trata-se de obra influenciada pelo positivismo de Augusto Comte¹⁰³, cuja motivação resultava na necessidade de incorporar a totalidade normativa do país e, que em termos legislativos, destacava-se pela regulação da família em sua composição eminentemente patriarcal e indissolúvel, pela compreensão da propriedade segundo a tradição liberal, e pela disposição do direito contratual sobre o fundamento da autonomia da vontade (SILVA, 1988). Por fim, no que tange a responsabilidade civil, destaca-se que “[...] era, salvo raras exceções que provêm do direito romano, fundada na culpa.” (SILVA, 1988, p. 170).

A influência do liberalismo econômico no Código Civil de 1916 é objeto de análise de Orlado Gomes (2006), para quem o diploma estaria estimulando interpretações sobre aquele paradigma, endossando uma perspectiva segundo a qual o capitalismo poderia consolidar algum aspecto de justiça social (ROBERTO, 2011). A influência do liberalismo¹⁰⁴ é ainda reiteradamente afirmada por Clóvis Beviláqua, nas suas considerações acerca do projeto de Código Civil brasileiro, pelas quais afirma o individualismo no Direito Privado como condição para uma exata aplicação da presunção de igual liberdade, (BELIVÁQUA, 1906, p. 40).

103 Filósofo francês indicado como fundador da filosofia positivista, pela qual passa-se a identificar como Direito única e exclusivamente as normas emanadas ou reconhecidas por autoridades públicas (FREITAS, locais do Kindle 676-677, 2014).

104 Aqui considera-se como pressuposto do que se afirma como liberalismo, pelo contexto histórico no qual encontra-se inserida a expressão, “o conceito de direitos individuais, o governo da lei e o constitucionalismo [...] um conjunto ideológico de valores e instituições que historicamente desbravou o caminho para a ordem social-liberal inteiramente desenvolvida que se tornou a forma avançada de governo no Ocidente no século XIX. “; (MELQUIOR, 2014, p. 94), trata-se, assim, de compreender esse estágio na busca da liberdade em suas delimitações temporais.

Por outro lado, o Código incorporou princípios morais, “[...] emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar” (GOMES, 2006, p. 14), não se libertando, assim, da idealização da sociedade que, contraditoriamente, numa perspectiva que se pretendia liberal, emergia sobre o sacrifício de expressões diversas da liberdade individual.

O engessamento da liberdade sexual iniciado pela legislação penal foi, porquanto, corroborado pela legislação civil, notadamente nas disposições referentes ao direito de família, que evidenciavam uma manutenção exclusiva ao modelo matrimonial e hierarquizado herdado do direito romano¹⁰⁵, pela qual se fixariam e se desenvolveriam as relações de parentesco, a transmissão dos nomes e da propriedade privada, por intermédio de um sistema de regras, profundamente demarcado pelo privatismo doméstico¹⁰⁶, que definiam o lícito e o ilícito nas relações familiares e, consequentemente, excluía a prostituição de qualquer permissiva normativa.

A família constitui, portanto, uma variável importante para a análise da sexualidade e do tratamento jurídico conferido à prostituição pelo Direito Privado em interação com o direito penal. A referida interação evidencia-se, ainda, pela organização dos tipos penais em 1890, pelo Código Penal do Estados Unidos do Brasil, primeira legislação nacional que criminalizou o fomento à prostituição alheia, em capítulo inserido dentre as disposições relacionadas no título destinado a tutela da segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor. Posteriormente, com o advento do Código Penal de 1940, ainda vigente, a matéria foi objeto de tutela no título destinado aos crimes contra os costumes, com redação alterada apenas em 2009, para pautar a criminalização na tutela da dignidade sexual da mulher que se prostitui.

105 Sobre a família romana, hierarquizada e instituída exclusivamente pelo matrimônio, cuja manutenção pode ser visualizada na regulação da família pelo Código Civil de 1916, vide o livro “A cidade Antiga” de Fustel de Coulanges (2011).

106 Expressão utilizada por Orlando Gomes (2006) para descrever o conservadorismo que inspira a regulação da Família no Código Civil de 1916.

A mudança paulatina dos fundamentos observada na estruturação da legislação penal, sem correspondente alteração substancial das condutas relacionadas à prostituição desde 1890, indica a preocupação do legislador em promover um afastamento objetivo dos preceitos morais, religiosos e científicos, inclusive, que demarcaram a prostituição no país desde o período colonial¹⁰⁷, e que têm legitimado - com exclusividade - o uso da força coercitiva do direito. Os referidos fundamentos constituem o único nexo de causalidade para legislação vigente porque incontroverso que, a dignidade sexual, suposto bem juridicamente tutelado nos crimes relacionados à prostituição, encontra-se conformada pela concepção pretérita de segurança familiar e de sexualidade boa ou costumeira, uma vez que exclui peremptoriamente a liberdade e a igualdade como variáveis na configuração dos tipos penais¹⁰⁸.

Assim, pelo casamento e, posteriormente, pela união estável, observada a diversidade dos sexos, é concebido o sexo romântico, abençoado por Deus e pela tutela oferecida pelo Direito Privado. E pela sexualidade dissidente, pelo sexo proibido, alheio ao casamento ou à união estável, que ameaça diuturnamente a segurança e a estabilidade da família, tem-se o pecado e o ilícito, o castigo e a invalidade jurídica. Entre liberdades e não liberdades, reservou-se para a mulher que se prostitui o limbo existente entre ser sujeito de direito e estar sujeita ao direito.

A razão teórica subjacente para a aparente contradição liberal, se justificaria, provavelmente, ante a inspiração conservadora de Beviláqua na redação do Código Civil, suposta pelas referências diretas

107 Fundamentos histórico-jurídicos explorados no capítulo anterior e relacionados especificamente aos fundamentos do Direito Moderno na seção 2.2.1.

108 A exclusão da liberdade e da igualdade como variáveis na configuração das condutas típicas relacionadas à prostituição decorre do modelo abolicionista adotado pelo Brasil que, conforme anteriormente demonstrado, estrutura-se sobre a presunção de que a mulher que se prostitui é uma vítima da sociedade e por essa razão, é desconsiderada como sujeito de direito capaz de exprimir vontade em igualdade de condições com os demais sujeitos de Direito Privado. O consentimento da mulher é, dessa forma, um irrelevante para fins de exclusão de ilicitude na seara penal e de validade jurídica na seara privada.

que faz a Hebert Spencer (BELIVÁQUA, 1906, p. 40; 95; 95; 122 e 482)¹⁰⁹, e ao seu intuito declarado de conservar algumas situações jurídicas, o que se demonstra compatível com a doutrina do organicismo, presente no conservadorismo liberal, consistente na “[...] ideia de que a sociedade é um todo, e não apenas uma soma de suas partes ou de seus membros, e como tal possui um valor definitivamente muito superior ao indivíduo” (MELQUIOR, 2014, p. 141). Por essa razão seria esperado que, na regulação da sexualidade, prevalecesse preceitos morais socialmente compartilhados, ainda que, em prejuízo de diferentes projetos de vivência da sexualidade e, notadamente, daqueles profundamente divergentes da escolha matrimonial monogâmica, ideal do qual se afasta, notadamente, a prostituição.

A regulação da família pelo Estado, por intermédio das codificações que pretendiam, sob seus principais construtos teóricos, uma superação do vínculo prevalecente entre o direito natural e o direito legal, evitando os arbítrios oriundos das influências metafísicas pelo uso da razão, apresenta-se, ao final, como uma regulação imediata da sexualidade. É a família o referencial de imputação de licitude ou ilicitude da sexualidade e, conforme infere-se do discurso de Portalis (2014)¹¹⁰, restou também impregnada de conservadorismo no Código Civil francês e, portanto, justificável que tenha se expandido pelas codificações decorrentes daquela, como a brasileira¹¹¹.

O conservadorismo que demarca a codificação brasileira e que imporia limites ao pressuposto de liberdade igual, que orienta o liberalismo clássico e a racionalidade estrutural do Direito Privado,

109 Importante filósofo inglês e considerado um dos mais influentes na defesa da posição conservadora liberal. Spencer, afirmou a preexistência da lei de liberdade igual e dela extraiu a propriedade privada, o *laissez-faire*, o sufrágio universal e um direito de ignorar o estado. (MELQUIOR, 2014, p. 147-148).

110 A justificação dos institutos do Código Civil francês, no discurso de Portalis, foi dedicada em maior parte para sustentar a edificação de um direito de família fundado no matrimônio e que, segundo o redator, seria interesse de toda a sociedade sua proteção. (PORTALIS, 2014).

111 Além, claro, da influência imediata das concepções de Beliváqua, para o qual, por exemplo, a possibilidade de dissolução matrimonial poderia representar a dissolução da própria sociedade e um retorno às paixões animais que a monogamia, suposta conquista moral da sociedade, havia elidido. (BEVILÁQUA, 1906, p. 96-99).

repousando sobre os ombros calejados da sexualidade, foi objeto de defesa por Beviláqua que à época afirmou que:

Si a nossa Constituição politica é liberal e si liberal é a nossa concepção da vida, o Direito Privado deve assignalar uma posição correspondente à mulher solteira ou casada, comtanto que não transponha a antemural, além da qual estaria a de organização da família, por cuja segurança devemos velar mais do que nunca, neste momento de crise que a tem abalado em seus mais sólidos alicerces. Tem o auctor do Projecto convicção de que foi, neste ponto, tão liberal quanto lhe era permitido ser. (BEVILÁQUA, 1906, p. 96)

E seguiu o redator, a partir de uma série de comparações pautadas em uma suposta distinção natural entre ser mulher e ser homem, que deveria ser reproduzida e jamais abolida pelo direito, sintetizando que “o projecto tencionou reconhecer na mulher um ser igual ao homem, mas sem desviar-a das funções que lhe indica a propria natureza, racionalmente interpretada”, (BEVILÁQUA, 1906, p. 95).

Assim, enquanto a inviolabilidade da liberdade e a igualdade de todos perante a lei, permaneciam como promessas de um futuro longínquo na Constituição de 1891¹¹² (BRASIL, 1891), o Código Civil de 1916 “[...] desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.” (GOMES, 2002, p. 22). O direito civil, constituía-se, assim, como um conjunto normativo de privilégios de nascimento, prerrogativas e regalias, que a proclamação da república fez sucumbir para nobreza.

Com efeito, era para o patrimônio e pela sua manutenção que voltava-se a tutela do direito civil, no qual a família ocupava posição central e da qual eram marginais seus dissidentes.

112 Asseguradas pelo artigo 72, caput e, § 2º. (BRASIL, 1891)

Por esses motivos e, por tantos outros, ainda em 1940, foi manifestada a necessidade de reformar o Código de 1916. A elaboração de um novo código ficou, nesse momento, sob a responsabilidade de Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães. Contudo, a tentativa de reforma restou inexitosa por atentar contra o sistema de um código único. Posteriormente, foram eleitos projetistas Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, em tentativa igualmente inexitosa ante a divisão da empreitada para que fossem elaborados dois projetos, um com a matérias das obrigações, e o outro com a matéria dos direitos reais, da família e das sucessões. Determinação em relação a qual, inclusive, discordavam os juristas redatores e que foi mais tarde responsável pelo fato de não serem sequer votados os projetos, uma vez que era tida como certa sua reprovação pelo Congresso (ROBERTO, 2011, p. 70-74). Percebe-se assim, uma preocupação com a necessidade de manutenção de um Código único para o direito civil e que, assim, refletisse sua coerência interna.

Para tanto, Miguel Reale foi convidado para redigir o projeto do novo código civil em 1969, cuja necessidade estaria evidenciada, segundo o relator, sobretudo pela superação da economia brasileira, inicialmente prevaemente pela estrutura agrária, para assumir as formas e os processos próprios do desenvolvimento científico e industrial que caracterizaria a economia e a sociedade, em meados do século XX (REALE, 2003).

O projeto foi concluído e publicado em 1972. Contudo, em virtude das críticas que recebeu e das inúmeras emendas que incorporou, apenas foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984 e, sendo encaminhado ao Senado no mesmo ano, foi provisoriamente esquecido durante a redemocratização do país e preterido pela expectativa de elaboração de uma nova Constituição. Promulgada em 1988, a Constituição da República irradiaria mais tarde para a conformação do Direito Privado, fundamentando alterações no projeto do Código Civil em 2001, antes de ser novamente aprovado na Câmara (ROBERTO, 2011, p. 74-78).

Finalmente, sancionado em 2002, o novo Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003 e, embora tenha sido influenciado pela Constituição da República de 1988¹¹³, e incorporado mudanças pontuais oriundas do direito das famílias para conferir reconhecimento jurídico a união estável entre o homem e a mulher e a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não avançou para tratar da liberdade sexual como conteúdo das relações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais, ratificando como válido o comportamento sexual estável e adstrito às relações sexuais heterossexuais e monogâmicas¹¹⁴.

A manutenção de concepções morais positivadas pelo antigo diploma não decorreu do acaso, constituiu-se, ao contrário, como um resultado exitoso de efetivação das diretrizes que foram estabelecidas pela comissão coordenada por Miguel Reale, resumidas na tarefa da comissão de: “Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência” (REALE, p. 37, 2005).

Dessa forma, ainda que se tenha modificado consideravelmente o Direito das Obrigações, diante da inclusão de novas figuras contratuais, sequer foi cogitado, uma maior amplitude para os direitos de personalidade, ou sua conexão com os direitos obrigacionais e o seu

113 Que consagrou a pluralidade de entidades familiares, a igualdade jurídica entre o homem e a mulher na sociedade conjugal e tornou defesa as designações discriminatórias relativas à filiação, conforme depreende-se do artigo 226, da Constituição da República de 1988.

114 Esclarece-se que os entendimentos jurisprudenciais oriundos do Supremo Tribunal Federal, que em maio de 2011, conferiu interpretação conforme à Constituição da República ao artigo 1.723, do Código Civil de 2002, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo, bem como, do Superior Tribunal de Justiça que, em outubro de 2011, reconheceu a possibilidade posterior da sua conversão em casamento, não são suficientes para indicar uma mudança significativa nas estruturas da estratificação sexual normalizadas pelo Direito Moderno. A função contramajoritária reivindicada pelos tribunais na efetivação de direitos fundamentais não são suficientemente coerentes para que sejam abstraídas diretrizes interpretativas que sustentem a referida mudança em método descritivo e prospectivo.

conteúdo potencialmente contratual. Limitou-se, o redator, a prever o direito de se dispor do próprio corpo apenas para fins científicos ou altruísticos, sob a justificativa de que “foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência” (REALE, p. 37, 2005). Justificou-se, o injustificável, qual seja, a atribuição, pelo legislador, da tarefa que lhe incumbia aos estudiosos do direito e aos juízes que, contudo, sujeitam-se aos limites da legislação.

Por essa razão, ainda que se reconheça a vigência da tipificação das atividades relacionadas à prostituição à época de projeção e discussão do Código de 2002, como obstáculo à sua regulação, não é demonstrada qualquer preocupação com a liberdade sexual como expressão de Direito Privado e, especialmente, das relações jurídicas. Sequer a mulher é efetivamente mencionada na exposição de motivos senão, como sombra do marido e exclusivamente pelas disposições de alijamento de liberdade que lhe conferem as normas referentes à família (REALE, 2005). O novo Código Civil, de 2002, foi o sepulcro dos séculos de negativa da mulher enquanto sujeito de direito, ignorou-se a história, fingiu-se que ela jamais ocorreu.

O Código Civil de 2002 é profundamente regulamentar (ROBERTO, 2011, p. 88) e, não obstante a ausência prevalecente de tratamento principiológico e estrutural para os problemas jurídicos, afirmou Miguel Reale que: “o que importa em uma codificação é o seu espírito; é um conjunto de ideias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam” (REALE, 2002, p. 11). Contudo, rejeitou ainda o relator o formalismo jurídico como preceito subjacente ao empreendimento normativo.

Dessa forma, o autor do projeto esclareceu na exposição de motivos que, ao se referir a estrutura do código, pretendia referir-se “às normas mesmas na sua íntima e complementar unidade, ou à sua forma substancial e global – essa estrutura é, por conseguinte, baseada no propósito que anima a Ciência do Direito, tal como se configura em nossos dias, isto é, como ciência de experiência social concreta” (REALE, 2005, p. 33).

Da assertiva transcrita, três conclusões podem ser deduzidas: a primeira delas, é que Miguel Reale estaria anunciando uma nova significação teórica para a teoria formalista de justificação do Direito Privado e, a segunda delas, é que intencionalmente ou não, estaria o autor reafirmando a teoria formalista, sobretudo, no que tange a sua pretensão de apresentar o direito civil como um conjunto normativo estruturalmente inteligível, ascendendo, por consequência, para a aspiração mais constante do formalismo jurídico (WEINRIB, 2011, p. 259). A terceira conclusão possível, e mais provável, é o desapego do autor à dogmática privatista, de forma que na ânsia de produzir algo novo acabou por não entregar a coerência anunciada e, tampouco, oferecer novos fundamentos para o Direito Privado que pudessem ser refletidos a partir do novo Código Civil.

A aparente contradição de ideias é ainda corroborada pela invocação do autor do projeto, ao apresentar as diretrizes fundamentais do seu empreendimento, ao princípio da eticidade como norteador da nova sistemática e pelo qual critérios ético-jurídicos devem viabilizar a concreção jurídica quando a norma for insuficiente, deficiente ou inajustável ao caso concreto, desde que, o poder seja exercido pelo magistrado “quando e onde previsto” (REALE, 2002, p. 11) pelo legislador. Assim, não se pode olvidar que é a forma, nesse aspecto, a garantia dos particulares nas relações jurídicas firmadas e que forem, eventualmente, sujeitas ao exame judicial, uma vez que a atuação do magistrado se encontra pré-definida pela estrutura normativa, ainda que com certa margem de deliberação¹¹⁵.

Tem-se ainda a suposta influência do direito social na obra, consagrado pelo que se denomina de “princípio da socialidade”, mudança de paradigma do direito civil que, segundo Miguel Reale estaria “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais,

115 Por oportuno, rejeita-se a confusão contumaz entre o formalismo jurídico e o positivismo jurídico clássico ou exclusivo, não obstante, possa ser firmada uma relação entre eles (BOBBIO, 2006, 144-146). O formalismo, na acepção jurídica, compreende o que é legal e válido, não apenas da perspectiva do direito como lei, mas na concepção da sua inteligibilidade dentro de um elenco normativo internamente coerente (WEINRIB, 2017, 54-59).

sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, 2002, p. 11). Também nas exposições de motivos, o redator é enfático ao afirmar a suposta superação do individualismo, ao sustentar que:

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo. (REALE, 2005, 23-24).

Ao contrário do que afirma Miguel Reale, não é possível delimitar a repercussão do direito social no direito civil ou identificar mudanças pontuais que tenham permitido a subversão, pelo novo diploma, da centralização do marido, do proprietário, do contratante e do testador, que demarcava o Código Civil de 1916, conquanto ignore, tal como naquele, na regulação do casamento, da propriedade, do contrato e das formas de testamento, se as pessoas têm, efetivamente, acesso aos referidos institutos jurídicos (ROBERTO, 2011, p. 88), sobretudo quando esse acesso pode ser efetivado pela mera atribuição de igualdade formal, o que foi também negligenciado.

Ademais, merece destaque a observação de Giordano Bruno Soares Roberto (2011, p. 96), ao recordar que o autor do anteprojeto da parte geral do código, Moreira Alves, copiou quase integralmente o projeto elaborado em 1963, por Orlando Gomes. Assim, não causa realmente nenhuma surpresa que fosse tão pouco sensível às reivindicações formuladas pelas mulheres que se prostituíam em

meados da década de 90¹¹⁶ e que, se incorporadas na nova legislação, poderiam ter influenciado, sobretudo, na formatação dos direitos de personalidade.

E, ainda que o projeto pudesse receber contribuições efetivas para uma maior elucidação dos seus fundamentos filosóficos e metodologia, a expectativa foi frustrada porque, de fato, “ninguém podia imaginar que um projeto totalmente esquecido, perdido num gabinete do Congresso Nacional, pudesse ser aprovado a toque de caixa. Não houve tempo para nenhuma reação articulada, nenhuma crítica aprofundada, nenhuma revisão participativa.” (ROBERTO, 2011, p. 91).

Por outro lado, a inexistência de uma fundamentação teórica que indique novos pressupostos para o Direito Privado, a partir da releitura do direito civil, ou que sustente coerentemente a rejeição aos antecedentes históricos do Direito Privado, permite que a sua estrutura continue a ser refletida a partir dos seus precedentes teóricos aqui explorados e assumidos como pressupostos de desenvolvimento do Direito Privado no Brasil, uma vez que não foram enfrentados e não é possível, por mera retórica, romper o liame subjetivo que vincula a história do direito civil a história comum de desenvolvimento do Direito Privado no ocidente.

Pelo exposto, retoma-se, porquanto, o pressuposto firmado por James Gordley (2006), segundo o qual o Direito Privado seria melhor justificado, no ocidente, a partir dos princípios básicos de tradição aristotélica. Os referidos princípios que definem a estrutura e os conceitos básicos do Direito Privado, remontam as formas de justiça particular, quais sejam, justiça corretiva e justiça recíproca¹¹⁷, presentes

116 Década que demarca no Brasil, a ebulição das pautas de reconhecimento da prostituição como trabalho, conforme relatado (OLIVAR, 2012).

117 Aristóteles refere-se ainda com a justiça distributiva. Espécie de justiça particular que se manifestaria nas distribuições realizadas entre os membros participantes da comunidade política. Para tanto, considera que a desigualdade entre as pessoas deve promover uma desigualdade na distribuição das partes em atenção ao mérito das pessoas. Pretende-se o justo pela proporção geométrica. (ARISTÓTELES, 2017, p. 129-130). Contudo, por não ser um referencial que se pretenda compartilhar no

na perspectiva que se pretende compartilhada entre cidadãos livres e iguais.

Da justiça particular e do justo que lhe corresponde na espécie corretiva, tem-se a necessidade de intervenção nas relações jurídicas voluntárias ou involuntárias quando revelarem-se injustas, ou seja, revelarem alguma espécie de desigualdade, demandando, por conseguinte, que se estabeleça a igualdade. Assim, “justiça corretiva será um intermediário entre uma perda e um ganho” (ARISTÓTELES, 2017, p. 133), representada, portanto, por uma proporção aritmética.

O seu reflexo no Direito Privado é evidente, pela afirmação dos princípios básicos abstraídos do Código Civil francês (GORDLEY, 1994)e, mais tarde, no Código Civil brasileiro, na consagração, em regra, da responsabilidade fundada na culpa, pela qual aquele que culposamente, excedendo-se no exercício da sua liberdade, violasse esfera de liberdade alheia, material ou moral, causando-lhe dano, é responsável por indenizá-lo na proporção exata do dano causado ou mediante arbítrio objetivo, tratando-se de dano moral, no Código Civil de 1916 e casuisticamente, no Código Civil de 2002¹¹⁸.

A justiça recíproca é referenciada como uma expressão particular de justiça presente em transações voluntárias e pela qual se estabelece previamente a igualdade proporcional dos bens que serão objeto de transação, dessa forma baseia-se “[...] em uma proporção, e não em uma igualdade estrita [...]” (ARISTÓTELES, 2017, p. 133). Compreende, dessa forma, a liberdade do proprietário sobre as coisas das quais for titular e a liberdade de contratar, expressas também no Código Civil francês, em sua estrutura basilar (GORDLEY, 1994), e no Código Civil brasileiro, estruturado historicamente sob a figura do proprietário,

desenvolvimento da pesquisa, essa espécie não será trabalhada na concepção de justiça distributiva que se pretende desenvolver.

118 Conforme infere-se do artigo 159 e dos artigos compreendidos entre o 1521 e o 1532, bem como, dos artigos 1538, 1547, 1548 e 1.550, ambos do Código Civil de 1916, (BRASIL, 1916). E, ainda, dos artigos 186 e 927, bem como, daqueles compreendidos entre o artigo 944 e 954, do Código Civil de 2002.

do contratante e do testador¹¹⁹ (ROBERTO, 2011, p. 88), uma vez que tratam-se de liberalidades fundadas na presunção de igual liberdade e, pelas quais, firmam-se transações voluntárias.

A diferença entre a justiça corretiva e a justiça recíproca decorreria, porquanto, da relevância do injusto como condição para demanda pela primeira, e do justo como pressuposto para efetivação de transações jurídicas na justiça como reciprocidade. O rompimento, involuntário, do pressuposto de igual liberdade legitima a demanda daquele lesionado pela correção da relação jurídica estabelecida, e, por outro lado, para a manutenção do referido pressuposto, é que as transações jurídicas voluntárias devem espelhar uma reciprocidade legal. Dessa forma, a violação da reciprocidade, ao afetar a igualdade proporcional com a qual anuíram as partes, ensejará uma ação pautada na justiça corretiva.

A bipolaridade que conecta as partes nas relações jurídicas que se desenvolvem pautadas pelos extremos situados entre o justo e o injusto, presente na justiça particular aristotélica (WEINRIB, 2011, p. 264), coincide com a bipolaridade que é refletida harmoniosamente pelo Direito Privado, fornecendo elementos integrados de identificação da correlação entre as partes. Para tanto, propicia uma conciliação entre os opostos que regem a justiça particular, reunindo-os coerentemente no pressuposto de igual liberdade.

O referido pressuposto constitui, dessa forma, o liame que confere uma unidade justificatória ao Direito Privado a partir da justiça particular aristotélica, permitindo que dele se extraiam os elementos de identificação da estrutura racional que regem as relações entre os particulares. O êxito na elucidação dessa coerência justificatória é, contudo, creditado a Aristóteles, uma vez que, ao tratar das relações entre as pessoas na vida em sociedade, “[...] representou essas relações no seu máximo de abstração, removendo tudo, menos seus princípios unificadores.” (WEINRIB, 2011, p. 264).

119 Além da figura do marido que foi, contudo, sistematicamente reduzida pela influência da igualdade entre os cônjuges asseguradas pela Constituição da República de 1988, e observada na promulgação do Código Civil de 2002.

Disso emergem a justiça corretiva e a justiça recíproca¹²⁰ como estruturas complementares de justificação (e prescrição normativa) do Direito Privado, que percebidas em seus aspecto correlacional por Tomás de Aquino, foram mais tarde reunidas sob a denominação da justiça comutativa (AQUINO, 2001, p. 294), terminologia que será doravante, adotada no desenvolvimento da pesquisa, conforme premissa compartilhada também por Rafael de Freitas Valle Dresh (2013) e James Gordley (2006)¹²¹.

A comutatividade expressa, portanto, na reunião das formas particulares de justiça, relações de troca que, por sua vez, podem consistir em transações voluntárias ou involuntárias entre os particulares, revelando, por conseguinte, um significado passível de abstração na justificativa normativa do Direito Privado, considerado como “[...] um fenômeno onipresente de nossa vida social, um participante silencioso que é onipresente em nossas transações mais comuns. Regula a propriedade da qual somos proprietários e que usamos, os danos que infligimos ou evitamos, os contratos que celebramos ou deixamos de cumprir.” (WEINRIB, 2017, p. 35, tradução nossa).

A justiça comutativa erigida, portanto, da tradição aristotélica, oferece ao Direito Privado, sobretudo ante o compromisso liberal clássico,¹²² qual seja o “[...] de obter meramente as condições formais

120 Ernest Weinrib (2011, 2017), referencial também adotado para a investigação realizada acerca dos fundamentos do Direito Privado, ao desenvolver os princípios básicos oriundos da tradição aristotélica enfrentou, com maior ênfase, a incoerência promovida pelas leituras recentes da responsabilidade civil, sobretudo, daquelas influenciadas pela Análise Econômica do Direito e, por essa razão, acredita-se que tenha equivocadamente reduzido na justiça corretiva, a justiça recíproca, enquanto ainda escrevia sob o referencial aristotélico. Por esse motivo, a nomenclatura é preterida na pesquisa realizada.

121 Ernest Weinrib (2011, 2017) ao desenvolver os fundamentos do Direito Privado enfrentou, com maior ênfase, a incoerência promovida pelas leituras recentes da responsabilidade civil, sobretudo, daquelas influenciadas pela Análise Econômica do Direito e, por essa razão, acredita-se que tenha equivocadamente reduzido na justiça corretiva, a justiça recíproca, enquanto ainda escrevia sob o referencial aristotélico.

122 Que demarca o movimento da codificação e notadamente o Código Civil francês de 1804, sob a inspiração promovida pelos ideais iluministas e jusracionalistas que, por sua vez, foram influenciados pelos pilares do sistema liberal desenvolvidos em

necessárias para ensinar a escolha individual e a busca pelos objetivos substantivos de vida” (SUMMERS, 2011, p. 255), uma ideia justificatória única para as relações jurídicas, reunindo, para tanto, todas as razões que a constituem e pelas quais, apresentam-se coerentes.

Por essa razão, impõe-se ao Direito Privado uma racionalidade formal que se encontra centrada no objetivo de “[...] preservação do fim que se pode denominar de igual liberdade” (DRESH, 2013, p. 20). E, ao englobar a justiça corretiva e recíproca:

Diante da fixação do injusto, de uma ação que prejudica o outro numa relação entre seres humanos, a justiça comutativa define-se pela necessária correção entre os membros da comunidade, através da busca do reequilíbrio nas relações privadas, voluntárias (negócios) e involuntárias (ilícitos civis). (DRESH, 2013, p. 20).

Assim, dada a relevância da forma como garantia da liberdade, tem-se como orientação metodológica que ao “elevar regras jurídicas ao grau de elementos lógicos do sistema (pela abstração dos fatos multidirigidos da vida), eis a forma.” (LITRENTO, 1982, p. 107), e que pela determinação dos espaços de opção, “eis a liberdade” (LITRENTO, 1982, p. 107). Para tanto, refuta-se qualquer negativa da autonomia do Direito Privado.

Por conseguinte, ao assumir uma perspectiva do Direito Privado na forma distintiva que lhe confere a justiça comutativa, projeta-se a interpretação dos institutos que o integram sob essa mesma ótica, a fim de libertar as relações pautadas na liberdade igual, tal como as

sua gênese ainda durante a Revolução Gloriosa de 1688, ocorrida na Inglaterra e pautada sobre a tolerância religiosa e sobre a defesa do governo constitucional que limitaria o poder monárquico, (MELQUIOR, 2014, 40-137). As liberdades civis e a limitação do poder encontraram, portanto, na ideia da codificação e nos princípios básicos que lhe forneceram o substrato filosófico necessário, uma forma de lograr o avanço das conquistas liberais contra os arbítrios históricos do poder político enquanto simultaneamente fundava-se sobre expressões de liberdade, religiosa, política e econômica.

atividades relacionadas à prostituição, das normas morais, religiosas e filosóficas que têm instrumentalizado o direito, desintegrando objetivos comuns e transformando-o em um conjunto de “recursos que devem ser manobrados estrategicamente e apresentados com agilidade retórica” (TAMANAHA, 2011, p. 29), culminando invariavelmente na alocação de expressões da liberdade individual.

A justiça comutativa poderá, dessa forma, no referencial teórico do formalismo jurídico, corroborar para a consecução da “[...] aspiração mais constante do Direito: a de ser uma prática normativa imanentemente inteligível.” (WEINRIB, 2011, p. 259). Para tanto, esclarece-se que:

O formalismo é uma teoria de justificação legal. Como uma teoria de justificação, o formalismo não considera o direito meramente uma coleção de normas positivadas ou um exercício do poder oficial, mas um arranjo social responsivo ao argumento moral. Como uma teoria legal de justificação, o formalismo foca um dos fenômenos mais expressivos do aspecto jurídico de nossa vida social: a interação entre partes que consideram seus interesses como distintos e o papel dos tribunais em resolver a consequente controvérsias. (WEINRIB, 2011, p. 260).

Disso decorre que, as relações jurídicas podem ser ordenadas coerentemente a partir dos influxos principiológicos e estruturais que nortearam o desenvolvimento teórico do Direito Privado, originados da tradição aristotélica e pautados pela sua racionalidade distintiva. O formalismo jurídico afirma, nessa conjectura, “uma diferença categorial entre justiça entre partes de um lado, e justiça na persecução de objetivos coletivos, de outro” (WEINRIB, 2011, p. 261), sobretudo quando os objetivos coletivos colidirem sistematicamente com o pressuposto de igual liberdade.

Quando é afirmado que o direito possui uma racionalidade distintiva, evidencia-se, dessa forma, que os seus fundamentos não se

confundem com a justificação política ou fins sociais, razão pela qual, sua imanência é afirmada pela assunção da premissa, segundo a qual, o conteúdo de aplicação do direito deve se desenvolver a partir do seu interior. O direito é, assim, racional, imanente e normativo que, para constituir-se como um empreendimento justificatório, recorre a três características elementares da justificação: a sua natureza, a sua estrutura e ao seu fundamento (WEINRIB, 2011, p. 261).

A natureza da justificação consiste ao mínimo que deve ser observado por qualquer razão para que seja efetivamente justificatória e emerja como uma autoridade normativa sobre o conteúdo material ao qual se destine. Ademais, a razão que se pretende justificatória deve fixar os seus próprios limites, uma vez que seria normativamente arbitrário que um fator externo, moral ou político, por exemplo, justificasse sua redução (WEINRIB, 2011, p. 262).

A razão, porquanto, que pode ser satisfatoriamente abstraída como justificatória para normatização das relações privadas deve estar assentada sobre o pressuposto de iguais liberdades individuais, fundamento subjacente a história do direito, da antiguidade clássica a modernidade, e pelo qual, simultaneamente, é a liberdade não ingerida, regulada ou restringida, conforme se dirija para relações voluntárias ou involuntárias. A distinção necessária e pretendida entre uma razão justificatória e fatores externos de qualquer ordem, decorre do fato de que “o formalismo assevera que considerações formais precedem considerações substantivas” (WEINRIB, 2011, p. 263).

Diante disso, na compreensão da igual liberdade enquanto pressuposto sobre o qual se funda a razão justificatória do Direito Privado, necessário que se esclareça que a liberdade de alguém não é (e não pode ser) reduzida ou restringida, nas relações jurídicas entre particulares, sob a afirmação de que não é material. Não se pode confundir a dimensão da igualdade, compreendida na dicotomia entre igualdade formal e material¹²³, com a dimensão da liberdade,

123 Por enquanto tratada apenas enquanto igualdade de recursos. Para que se tenha a exata compreensão do esclarecimento pautado nesse momento, toma-se como exemplo o caso reproduzido por Pontes de Miranda, no qual aborda a situação do

conforme assevera Pontes de Miranda ao refutar a existência de uma liberdade puramente formal, assinalando que “a distinção é artificial. A liberdade é objeto de regras de fundo. Portanto, sempre material. Não se precisa encher de mais nada” (MIRANDA, ano?, p. 393).

Haverá, nas relações privadas, pessoas livres, porém em situações de desigualdade material, contudo, inexistente a possibilidade de que duas ou mais pessoas sejam consideradas iguais entre elas, quando em relação a qualquer delas for verificada uma privação de liberdade. É, portanto, a eventual verificação de desigualdade, em algum grau, que poderá ensejar um limite objetivo ao exercício da liberdade de outrem que, na relação com alguém em posição de desigualdade, puder agravar a situação daquele. As limitações permitidas a liberdade, afirmam-se, assim da:

[...] necessidade de se garantirem a igualdade e a liberdade, isto é, as regras de fundo. Temos pois que, pelo menos, a maior parte das regras limitativas da liberdade só se justifica porque: (a) podem invocar ou estarem a proteger a liberdade mesma (leis contra o impedir-se o livre transito das pessoas e coisas, leis contra coagir-se alguém, leis contra o emprego da autoridade pública, paternal ou educacional, para fins hostis ou nocivos à liberdade, etc.); (b) podem invocar os estarem a proteger a igualdade (leis contra os indivíduos que subornam ou influem por outro modo nas autoridades para obter desigualdades, leis contra a discriminação de pessoas para a aquisição de passagens nos navios, trens e outros transportes, ou

sujeito que tendo a liberdade para beber o seu bom vinho, não tem como pagá-lo, para ao final, afirmar que isso nada tem com a liberdade, mas pertenceria a dimensão da igualdade (MIRANDA, 2000, p. 393). Se assim não o fosse, as pessoas que fossem declaradamente pobres pela lei, poderiam ter sua liberdade de contratar, por exemplo, suspensa enquanto não demonstrassem meios efetivos de fazê-lo. A pessoa humana ingressa no mundo jurídico livre e, enquanto desenvolve materialmente sua liberdade, mais próxima efetivamente se encontra da liberdade enquanto eterno vir a ser. Ninguém se torna livre por usufruir da mesma igualdade de recursos, mas é a liberdade o primeiro caminho que deve ser percorrido para que alguém seja conduzido à igualdade material.

de bilhetes de teatro e diversões). (MIRANDA, 2002, p. 401).

E mais, se “a liberdade e a igualdade justificam limitações àquela, também atuam como razões para limitações às limitações” (MIRANDA, 2002, p. 401), corroborando, assim, para a assunção da igual liberdade como razão justificatória do Direito Privado e pela qual, serão estabelecidos seus próprios limites, inclusive, diante de elementos externos que pretendam sua redução ou suspensão. Diante disso, razões que se prestem a justificação do Direito Privado e que forem em relação a razão afirmada, mutuamente independentes, deverão ser reputadas incoerentes.

A segunda característica da justificação consiste na definição da sua estrutura, ou seja, dos meios pelos quais as relações jurídicas poderão expressar uma ideia justificatória única, consistente no padrão mais abstrato e abrangente de coerência (WEINRIB, 2011, p. 263-264), promovida, nesse contexto, quando apenas o pressuposto de igual liberdade a animar. Essa estrutura justificatória é conferida, no Direito Privado, pelos princípios unificadores extraídos da justiça comutativa, na correlação estabelecida entre justiça corretiva e a justiça recíproca, a partir da tradição aristotélica, promovendo uma correlação entre as partes a partir da presunção recíproca de liberdade e igualdade que as vincula para transações voluntárias e, para que suportem o dever de indenizar, quando impõem sofrimento a outrem.

E, finalmente, a terceira e última característica da justificação que permite a compreensão do Direito Privado como um empreendimento justificatório, consiste no fundamento, ou seja, na elucidação dos pressupostos sobre a ação que, em última instância, se prestam ao esclarecimento do caráter normativo de qualquer justificação (WEINRIB, 2011, p. 266) ou simplesmente, da sua função, se é que existe alguma. Por questão de brevidade, refuta-se imediatamente qualquer função que instrumentalize o Direito Privado ou o direcione a satisfação de fins políticos e, nesse ponto, concorda-se, na maior

medida do possível¹²⁴, com afirmação de que “o formalista assenta o fundamento da justificação não em objetivos substantivos que promovam o bem-estar, mas na estrutura conceitual da ação livre¹²⁵” (WEINRIB, 2011, p. 266).

Por essa razão, em atenção ao que foi desenvolvido como conteúdo das características anteriores, conclui-se que a normatividade do Direito Privado deve estar embasada não na intencionalidade de que se alcancem certos objetivos, ou sejam estimulados, coercitivamente, comportamentos moralmente desejáveis, mas deve pautar-se na necessária mediação do exercício de iguais liberdades e pela qual, poderão os sujeitos perseguirem os seus próprios objetivos, elegendo, por conseguinte, sua própria concepção de vida boa e conduzindo-se a partir dela, desde e sempre que, sua liberdade não seja instrumento de violação da liberdade alheia.

Sobre as premissas históricas e filosóficas já desenvolvidas, é possível concluir que o Direito Privado, enquanto prática normativa imanentemente inteligível, origina-se da assunção da igual liberdade como razão justificatória da sua racionalidade, repousando na justiça comutativa sua estruturação coerente e, pela qual, demandará fundamentos de justificação normativa pautados na mediação de iguais liberdades.

Diante disso, retomadas as relações jurídicas relacionadas à prostituição como objeto de análise, impossível ainda justificar, racionalmente, os fundamentos de justificação normativa nos quais se fundam a criminalização uma vez que, reitera-se, na perspectiva adotada, pouca relevância assume os fundamentos próprios do direito penal, ante a alocação imediata de liberdade que sofre a mulher que

124 Ressalve-se, nesse aspecto a referência a Kant percebida em Weinrib (2011) para indicar o fundamento para a norma jurídica na perspectiva formalista. A referida inspiração é percebida ainda no livro *La idea de derecho privado* (AUTOR, 2017, p. 117-144) e sugere uma correlação entre a ética e filosofia do direito Kantiana. E, por não constituírem as referidas teorias objetivos específicos de pesquisa, bem como, dada sua complexidade e relação discreta com o tema de estudo, não serão objeto de maior detalhamento.

125 A liberdade no Direito Privado, juridicizada sob a denominação da autonomia privada será objeto de estudo do Capítulo 3.

se prostitui no âmbito do Direito Privado, não obstante, não seja ela considerada agente ativo de qualquer delito sofre a supressão da sua liberdade para ser considerada, invariavelmente, uma vítima.

E, porquanto, se a relação jurídica firmada pela mulher que se prostitui e as demais pessoas que com ela contratam, não pode ser considerada, na perspectiva do Direito Privado, immanentemente inteligível, impõe-se concluir pela prevalência dos fundamentos políticos, morais, religiosos e filosóficos, inclusive, explorados no Capítulo 2, como razões persistentes de fundamentação da alocação promovida em detrimento da sua liberdade sexual e contratual. Razões que revelam ainda, sua função histórica, qual seja, promover a adoção de determinado comportamento sexual, violentamente expresso pelo combo resultante da união entre o matrimônio, a heterossexualidade e a monogamia, como concepções de vida boa que fazem multiplicar a base da estratificação sexual.

Pelo exposto, considerando os propósitos dessa investigação, qual seja de delimitação dos fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito na alocação de expressões da liberdade individual das mulheres que se prostituem e, que restam, na forma do Direito Privado indefinidos, passa-se a perquirir, no horizonte da funcionalização do Direito Privado, movimento teórico que se move paralelamente as teorias que expressam qualquer expressão do formalismo, numa compreensão voltada em fins e funções, como o liberalismo igualitário, referencial de justiça social, poderia oferecer novo design estrutural ao Direito Privado sem torna-lo meramente contingencial.

3.2 A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO REGIME LIBERAL IGUALITÁRIO: FUNDAMENTOS PARA ESTRUTURAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A relação do Direito Privado com qualquer fundamento moral diverso daquele que pode ser coerentemente abstraído da sua estrutura,

é motivo de preocupação para qualquer teoria que, normativamente, pretenda-se formal. Por essa razão, sendo imanentemente inteligível, o formalismo jurídico repele sistematicamente qualquer justificação política ou social que consubstancie a forma da justiça distributiva, bem como, suas inspirações teóricas funcionalizantes que culminem na instrumentalização do Direito Privado.

Da justiça particular e do justo que lhe corresponde na tradição aristotélica, a justiça distributiva se manifesta por intermédio do Estado e, mediante algum critério e/ou objetivo¹²⁶, efetua a distribuição “das honras, do dinheiro, ou das outras coisas que são divididas aos que participam da comunidade política” (ARISTÓTELES, ANO, p. 128). O critério de distribuição, na contemporaneidade, será estabelecido pelo referencial que assumir de funcionalização do direito.

A forma distributiva relega, portanto, os questionamentos acerca do que seria o direito para, em momento subsequente, indagar qual é a sua função¹²⁷, conferindo, assim, o impulso investigatório compartilhado entre as teorias funcionalistas e que influenciará, imediatamente, a definição acerca do que deve ser distribuído. Nesse contexto, a centralidade histórica da justiça comutativa no plano explanatório de racionalidade do Direito Privado perde - sob o julgo das teorias funcionalizantes, das transformações sociais e do Estado Social¹²⁸ - a preponderância para sua justificação normativa.

126 Critérios e/ou objetivos que sofrerão uma maior ou menor variação, a partir da formatação das sociedades e dos fins políticos que lhe forem estabelecidos.

127 Síntese formulada por Antônio Castanheira Neves (1988, p. 25), ao questionar: “o direito para que serve?”

128 Embora reconheça-se que a história não pode ser afirmada em linearidade, a assertiva firmada aqui, como em outros momentos no presente trabalho, tem por objetivo tão somente situar o leitor no contexto de acontecimentos históricos que mediata ou imediatamente, influem na perspectiva apresentada. Nesse sentido, projeta-se o rompimento do paradigma liberal para que o leitor seja situado no panorama das Constituições sociais, pelas quais o Estado assume o papel de condutor da realidade social e de prestador imediato de direitos individuais e sociais (FERNANDES, 2017, p. 67). O cambiamento do paradigma a partir do qual o direito deve ser pensado, decorre, ainda, do agravamento dos problemas sociais e econômicos provocados pela industrialização, e que constituíram, mais tarde, o fundamento para os movimentos reivindicatórios e progressivos de reconhecimento de direitos, em ebulição durante

A percepção da ambivalência da racionalidade do Direito Privado, oriunda da efervescência das teorias funcionalizantes do século XX, inspirou uma densa investigação acerca dos fundamentos próprios da racionalidade estrutural do Direito Privado na relação dialógica que estabelece com o direito público, pressupondo, para tanto, a irredutibilidade dos sentidos de justiça comutativa e distributiva (DRESH, 2013) que deverão, refutando em hipótese o ceticismo de Weinrib¹²⁹ (2011, p. 265), coexistir na justificação normativa do Direito Privado. Nesse sentido, oportuno o esclarecimento realizado por Mário Losano, ao afirmar que:

Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um completamento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional. (2007, p. XLI).

o século XX, ante a irrefutável insuficiência do pressuposto formal de igual liberdade (SARLET, 2017, p. 342).

129 O ceticismo de Ernest Weinrib decorre da assunção da premissa que o critério de distribuição, qualquer que seja, sujeitará as pessoas aos bônus e aos ônus que forem eventualmente estabelecidos, refletindo, portanto, no princípio da unidade da justiça distributiva que, segundo o autor, promoveria seu afastamento da estrutura de justificação do Direito Privado, para tanto, insistiu que a: “Justiça corretiva e justiça distributiva são categoricamente diferentes e mutuamente irredutíveis. A justiça corretiva necessariamente interpreta a interação como bipolar. A justiça distributiva, em contraste, leva em conta qualquer número de partes, com o aumento do número de participantes meramente diminuindo o tamanho da quota de cada participante naquilo que se está sendo distribuído. Esta diferença significa que estas formas de justiça não podem ser dissolvidas uma na outra, tampouco integradas em uma forma mais ampla. [...] Porque justiça corretiva e distributiva são estruturas de coerência justificatória mutuamente irredutíveis, uma única relação jurídica não pode, coerentemente, partilhar de ambas. (WEINRIB, 2011, p. 265),

A correlação coerente entre a justiça distributiva e a justiça comutativa na estrutura de justificação do Direito Privado foi também afirmada por James Gordley¹³⁰, ao sugerir que, embora o estudo jusprivatista, pela abordagem mais antiga, tenha sido realizado preponderantemente sob a perspectiva comutativa, o referido conceito não poderia ser separado do conceito de justiça distributiva, pela qual objetiva-se alguma¹³¹ distribuição de recursos para que cada pessoa receba aquilo que necessita (GORDLEY, p. 8, 2006).

O funcionalismo representa, portanto, a emergência de “um direito não centrado na forma garantidora da igual liberdade nos moldes da construção de um sistema jurídico liberal, codificado durante os séculos XVIII e XIX; surge um direito centrado nas funções que são atribuíveis nessa busca do progresso e bem-estar coletivos.” (DRESH, 2013, p. 79). Nesse contexto, o Estado passa a ser demandado ativamente para produção de novas técnicas de controle social, caracterizadas pelo “[...] emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento.” (BOBBIO, 2007, p. 2).

O Estado assume, assim, uma função promocional e o direito, por conseguinte, passa a ser percebido como um instrumento não apenas de controle, mas de direção social que irá conduzir, em alguma medida, os termos da racionalidade distributiva no Direito Privado. Nessa conjectura, as relações privadas seriam normativamente justificadas pelos fins e objetivos sociais que forem estabelecidos por qualquer uma das modalidades funcionalistas que coexistem sob essa perspectiva, independentemente da sua qualificação, assim,

130 Não há, contudo, em Gordley, um enfrentamento direto aos argumentos de Ernest Weinrib, a refutação afirmada dirige-se a ideia apresentada anteriormente no texto e não especificamente ao autor referido. Esclarece-se ainda que o contraponto entre os autores é, honestamente, viável, uma vez que tanto Weinrib, quanto Gordley, escreveram a partir de Aristóteles.

131 O autor é pragmático nesse ponto. Assim, demonstra uma preocupação em afastar-se dos utilitaristas ao afirmar que a distribuição não deve objetivar uma igualdade de bem-estar mas poder igual para comandar recursos. Nesse aspecto, evidencia sua posição contrária ao confisco de bens e riquezas em uma suposta preponderância da justiça comutativa (GORDLEY, 2006).

incluem-se o funcionalismo político, social (tecnológico e econômico), ou sistêmico (NEVES, 1988, 26-28), como alternativas possíveis de justificação estrutural.

A abertura do Direito Privado para promover situações jurídicas desejáveis, distribuindo-se, para tanto, não bens ou recursos, mas sanções positivas ou incentivos, em complementariedade¹³² à sua função tradicional, puramente protetora e repressiva¹³³ (BOBBIO, 2007, p. 2-21), permite que sejam colocadas em paralelo as normas positivas (comandos) e as normas negativas (proibições), oriundas da perspectiva formalista e estrutural, as sanções positivas (prêmios) e as sanções negativas (castigos), essas últimas decorrentes da função dirigista do Estado (BOBBIO, 2007, p. 3-4).

Diante disso, o direito e, incluindo o Direito Privado, pode ser operacionalizado sobre as seguintes combinações: “a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.” (BOBBIO, 2007 p. 7). É, contudo, o conteúdo dos comandos e das proibições que inspira uma maior atenção, uma vez que os fins demandados por cada teoria funcionalizante ou modalidade de funcionalização do direito, poderão promover uma espécie distinta de intencionalidade que conduzirá, mais tarde, a legitimidade democrática e a justificação das decisões judiciais, impondo algum grau de retração, ou supressão, inclusive, da justiça comutativa como pressuposto de inteligibilidade das relações privadas.

A distribuição que poderá ser demandada pela justiça distributiva, pressupondo a variação da intencionalidade produzida pelas diversas teorias funcionalizantes, poderá consistir na distribuição de direitos subjetivos, de bens, de recursos, de oportunidades e/ou de riquezas. Diante disso esclarece-se que:

132 A orientação da teoria do direito em direção à análise funcional indicaria uma possibilidade de acrescer à teoria estruturalista ou formalista dominante. (BOBBIO, 2007, p. XIII).

133 Funções reunidas na comutatividade, respectivamente, pela justiça recíproca e corretiva.

[...] numa compreensão focada em fins e funções coletivos, o Direito Privado acaba por ser entendido segundo uma forma distributiva, pela qual direitos e deveres são distribuídos aos sujeitos com base na forma que atenda a esses fins, mais especificamente, na melhor distribuição funcional. (DRESH, 2013, p. 72).

Ao investigar as principais alternativas teóricas de funcionalização do Direito Privado, Rafael de Freitas Valle Dresh (2013, p. 71-122) descreveu como os fundamentos oriundos da análise sociológica do direito social, da análise econômica do direito e, ao final, das teorias igualitaristas, promoveriam a migração de racionalidade no Direito Privado de uma estrutura racional comutativa para uma estrutura racional distributiva.

Ao perquirir os fundamentos e os fins estabelecidos pelo direito social, o autor concluiu pela sua inadequação a estrutura racional do Direito Privado, uma vez que essa perspectiva impõe a primazia do bem coletivo sobre o bem individual. O grau de influência promovido, portanto, pela justiça distributiva segundo os critérios definidos pelo direito social, poderia resultar em um regime arbitrário de liberdades e não liberdades, ante o caráter meramente contingente que assumiria o Direito Privado.

E ainda, quando analisado o movimento de constitucionalização do Direito Privado, sob a matriz do direito social, seus fins foram também rejeitados, uma vez que reacenderia o dilema sobre a prevalência entre fins sociais e direitos fundamentais, sob o argumento de que “ao inserir valores não funcionalizados socialmente num sistema funcional polarizado por finalidades coletivistas, o direito cria dilemas de racionalidade. [...]” (DRESH, 2013, p. 93).

Ademais, sequer a referência ao texto constitucional parece um referencial seguro de interpretação do direito civil, uma vez que, conforme alertado por Otavio Luiz Rodrigues Junior:

[...] ele é reelaborado a cada instante por uma “microconstituente permanente” (não mais radicada apenas no STF). Em nome de uma constitucionalização total, o Código Civil perde suas funções jurídico-normativas. Nasce um novo “mito da caverna”, que impede os seres humanos à busca pela iluminação constitucional, à custa da perda de confiabilidade das prognoses.” (2018, p. 341).

A análise econômica do direito é, posteriormente, apresentada como uma visão jurídica e metodológica de correlação entre o direito e a economia, pela qual são empreendidos métodos dessa última, pautados no critério de eficiência, para análise das relações jurídicas entre particulares e entre esses e o Estado. A justiça distributiva, sob o fundamento da análise econômica do direito, é conduzida para obtenção de eficiência e, excluirá qualquer racionalidade fundada na justiça comutativa, sempre que essa colidir com os fundamentos econômicos promotores de bem-estar. Nesse sentido, afirmou-se que:

[...] o Direito Privado, quando condicionado ao método econômico, se torna um conhecimento subsidiário, alterável e, por vezes, descartável, pois a compreensão do que é eficiência econômica, equilíbrio econômico, incentivos, escassez e escolhas racionais em busca de maximização de bem-estar está situada para além do estudo e da prática do Direito Privado. (DRESH, 2013, p. 99).

A relevância dos fundamentos econômicos e dos fundamentos sociais, para uma análise crítica, descritiva e em alguma medida, propositiva do Direito Privado, é irrefutável. Contudo, enquanto alternativas teóricas para a funcionalização da sua estrutura, devem ser igualmente rechaçadas, uma vez que, ao expandirem sistematicamente suas razões para a estrutura normativa do Direito Privado, não é possível afirmar uma relação evidente entre os

argumentos economicistas ou coletivistas e a perspectiva interna de compreensão do Direito Privado, eminentemente pautada na justiça comutativa.

Por fim, a análise das teorias igualitaristas encontra-se centrada em John Rawls e Dworkin, razão pela qual apresenta-se os termos da justiça distributiva que serão empreendidos nessas perspectivas e, posteriormente, procura-se alguma compatibilidade entre elas e o Direito Privado. Para tanto, Dresh descreve a tese de Ripstein, segundo a qual o esquema de justiça corretiva pode ser preservado dentro do primeiro princípio básico de justiça rawlsiano¹³⁴ e, sucessivamente, afirmando o afastamento do autor de uma análise comprometida com os arranjos de distribuição, endossa a crítica de Kordana e Tabachinick, baseada na defesa do caráter definitivo do arranjo de justiça apresentado por Rawls, não podendo, assim, ser acrescido da justiça corretiva. Dessa forma, concluiu que:

A avaliação crítica de Kordana e Tabachinick parece acertada, pois assim como é possível compreender que, nos arranjos distributivos de Rawls e Dworkin, seja com fundamentos nos princípios básicos de justiça ou no sistema de leilão e seguro, se estabeleça a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nos termos da justiça corretiva, nada impede que arranjos distributivos completos supram a ausência da justiça corretiva em um eventual esquema distributivo totalizando, pois, em nenhuma das teorias igualitaristas, há um comprometimento fundacional com a racionalidade corretiva. (p. 117)

As conclusões abstraídas por Dresh parecem, contudo, baseadas em indícios que não foram suficientemente explorados. Primeiramente,

134 Segundo o qual: [...] Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido” (RAWLS, 2000, p. 47-48).

ao referenciar uma obra complexa como a teoria de justiça rawlsiana, deveria ter imprimido na sua análise conclusões autorais acerca de possíveis arranjos para, a partir disso, corroborar sua perspectiva pela referência aos autores citados, não obstante, mantivesse, por óbvio, sua posição pela inadequabilidade da conjugação dessa teoria social como fonte de funcionalização para o Direito Privado.

Ademais, esclarece-se que Ripstein (2004), ao analisar a relação entre o Direito Privado e o liberalismo igualitário, estava determinado a encontrar um espaço para lei de responsabilidade civil e sua fundamentação coerente em reação aos fundamentos prevaletentes da análise econômica do direito¹³⁵, assim, sendo a justiça comutativa gênero do qual a justiça corretiva é apenas uma das espécies, não é possível dizer, sem uma análise aprofundada mas apenas complementar dos seus fundamentos, que Ripstein não teria demonstrado a adequabilidade dos termos funcionais fornecidos pelo liberalismo igualitário, quando o referido autor, simplesmente não propôs essa relação, embora, estivesse evidentemente atento a uma defesa não contingente da justiça corretiva na demanda igualitária.

Ademais, o dissenso entre as formulações de Ripstein e os estudos desenvolvidos por Kordana e Tabachnick (2008), decorre do alcance dos efeitos promovidos pela demanda igualitária, enquanto fundante de uma articulação da justiça distributiva, no Direito Privado. Para esses últimos, toda a estrutura do Direito Privado deve sujeitar-se aos princípios básicos de justiça, tornando-se, por conseguinte,

135 Conforme delimitado pelo referido autor ao afirmar que: “My topic is not property as such, but tort law. Tort law protects property as well as persons, however, so a Rawlsian account of its normative structure must take account of property, and explain how it can merit protection as a matter of justice. Justice requires that private law—tort, contract, property and unjust enrichment—have a certain kind of independence. It is only a certain kind of independence, since I do not mean to suggest that these private law regimes cannot, consistently with Rawlsian justice, be limited by the concerns of public justice. The aggregative effects of contractual transactions may lead to distributive injustice that needs to be addressed through public law. Nonetheless, particular transactions can be judged on their own terms, rather than being subordinated to distributive justice.¹³ The same point applies to property, and to the involuntary transactions governed by tort law. They too must be understood in their own terms. A proper understanding of the place of private ordering, and so, the place of tort law, does not force us into the Charybdis of libertarianism.” (2004, p. 5)

mero instrumento de realização de justiça social em detrimento da sua racionalidade estrutural, notadamente, comutativa¹³⁶, o que é, portanto, refutado ante a centralidade da justiça comutativa para justificação normativa do Direito Privado, conforme suficientemente explorado na seção anterior.

Ocorre que, ainda pressupondo a possibilidade de apresentar uma visão complexa da justiça para além da dicotomia entre justiça comutativa e distributiva, que articulasse essas racionalidades coerentemente e conferisse substância à forma do Direito Privado, Dresh assume a perspectiva das capacidades humanas, oriundas das teorias de justiça desenvolvidas com alguma similaridade por Amartya Sen e, posteriormente, por Martha Nussbaum, para fornecer uma racionalidade estruturante para o Direito Privado com fundamento na igual dignidade-reconhecimento e princípios correlatos. Diante disso, Dresh afirmou a primazia da justiça social pela eficácia direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares e, subsistindo qualquer colisão entre garantias fundamentais, recorreu ao juízo de ponderação, no referencial de Robert Alexy¹³⁷.

A formatação final da teoria apresentada por Dresh, com a prevalência da Constituição da República de 1988 sobre o Direito Privado, sem qualquer correspondente legislativo, pela interpretação discricionária da eficácia imediata de direitos fundamentais e sociais, torna o Direito Privado contingente e ameaça sua identidade. E, com efeito, não é possível compreender em que exata medida sua teoria se afasta daquelas críticas na apresentação do constitucionalismo social, ou ainda, do liberalismo igualitário, uma vez que também Sen e Nussbaum são considerados, em vários aspectos, tributários

136 Síntese conclusiva que pode ser exemplificada pela seguinte passagem do texto: “Going forward from the original position, the conception of “freedom” in Rawlsianism, properly understood, is most consistent with both a broader conception of the basic structure and the distributive-justice conception of the private law. Rawlsianism, then, is not properly understood as neutral with regard to private law conceptions.” (2008, p. 304)

137 Id., *ibid.*, p. 167.

das estruturas normativas e ideológicas de Rawls¹³⁸, notadamente, Nussbaum (2017) que parece se afastar de Rawls de maneira irreconciliável apenas pela prevalência que atribui a igualdade material em detrimento ou, como condição, para o exercício da liberdade formal, finalmente consubstanciada por aquela primeira.

Ademais, o pós-positivismo de Robert Alexy pressupondo o direito como um locus aberto de irradiação constante de preceitos morais, emanados dos direitos fundamentais, defende a discricionariedade como elemento constitutivo de sua teoria¹³⁹, razão pela qual é criticado por não ter logrado êxito em “[...] fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência em sua utilização.”¹⁴⁰

Dessa forma, rejeita-se a relação de prevalência irrefletida do direito social, ou dos direitos fundamentais sobre a racionalidade estrutural do Direito Privado, uma vez que caberia ao legislador ordinário a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo compatível e coerente, com uma relação jurídica entre particulares¹⁴¹, a fim de garantir ainda a certeza e a previsibilidade que conferem segurança às relações jurídicas. A liberdade igual e a autorresponsabilidade devem ser preservadas nas relações entre os particulares, sem prejuízo, da interpretação jurisdicional das normas jurídicas aplicáveis ao caso em sua constitucionalidade. Nesse sentido, tem-se que:

[...] pertence ao que resta e deve ser conservado o princípio fundamental do Direito Privado, a

138 Nesse sentido, sugere-se a leitura do Capítulo 3, do livro *O liberalismo igualitário, sociedade democrática e justiça internacional*, de autoria de Álvaro de Vita (2008, p. 91-120).

139 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 611.

140 STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade** – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. p. 238.

141 HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez. Thomson Reuters: Madrid, 2016.

autonomia privada, particularmente na forma de liberdade constritiva. Constitui, por isso, o aspecto ativo e positivo da personalidade, âmbito no qual a pessoa pode atuar como um ser autônomo e responsável, em que não é lícito convertê-la em um meio simples para fins sociais.

Por essa razão, existem boas razões pelas quais a autonomia privada e a liberdade contratual estão hoje no centro da discussão sobre a situação e o significado do direito civil. Os perigos para sua subsistência são predominantes na proliferação de regulamentos peremptórios; na República Federal, em todo caso, isso é menos um instrumento de um Estado autoritário, todo-poderoso do que um aspecto do moderno Estado Social, que no final torna não apenas desnecessária, mas também impossível a configuração responsável e autônoma da própria vida.¹⁴²

Retoma-se, contudo, ao argumento central de Dresh, para endossar sua perspectiva acerca da possibilidade da teoria da justiça fornecer uma racionalidade coerente e estrutural para releitura da estrutura justificatória do Direito Privado, com fundamento na liberdade e na igualdade, assentados, tal como na razão da justiça comutativa, na teoria liberal igualitária¹⁴³, não obstante, essa tenha sido rejeitada pelo referido autor.

O liberalismo igualitário emerge como uma proposta liberal do fim da década de 70, que teria empregado, na sua concepção política de justiça, a linguagem dos direitos e do contrato social, contudo, especialmente na obra “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls(2016), onde trata-se um contrato consideravelmente diverso daquele da

142 HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez. Thomson Reuters: Madrid, 2016. p. 75.

143 Nesse ponto, a teoria rawlsiana de justiça funciona como pressuposto complementar de desenvolvimento da pesquisa, uma vez que é proposta como expressão de justiça social compatível com a racionalidade estrutural do Direito Privado e, suficientemente adequada para sua substantificação.

primeira tradição moderna, satisfeito com o estabelecimento da autoridade e das obrigações legítimas, como em Hobbes, Locke ou Rousseau (MELQUIOR, 244-245), uma vez que o conteúdo e as premissas estabelecidas pela concepção de justiça como equidade, expressam normativamente, numa sociedade democrática, os termos de uma justiça substantiva.

A sociedade democrática, emergida do paradoxo entre o poder de todos e, simultaneamente, o poder de ninguém¹⁴⁴, representa uma forma de governo antiga que, na modernidade, manteve-se inalterada em seu significado descritivo geral, pelo qual seu titular é sempre o povo, não obstante, tenha experimentado, apenas no alvorecer do Estado constitucional moderno, uma efetiva oposição à democracia direta pela democracia representativa, cujo aperfeiçoamento implica na necessária desvinculação entre os representantes eleitos aos sujeitos individualizados (BOBBIO, 2017, p. 57-60), uma vez que “a cultura política de uma sociedade democrática é sempre marcada pela diversidade doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis” (RAWLS, 2000, p. 45).

Nesse momento, tem-se uma correlação inafastável entre a democracia e o Estado Liberal, uma vez que ambos estariam fundados no processo de atomização da nação e, simultaneamente, no processo de sua recomposição num nível mais elevado, processo que singulariza a democracia representativa e teria contribuído para o surgimento daquela forma de Estado.

A democracia formal ou procedimental¹⁴⁵ e a sua noção correlata de governo do povo e não para o povo, reúne a democracia

144 A assertiva consiste na necessidade de ser rechaçada a legitimidade inexorável da maioria que poderia, numa democracia representativa, revelar-se tirana. Nesse sentido, esclarece Bobbio que uma democracia verdadeiramente representativa deveria erigir da desvinculação entre o eleito e o eleitor, ou especificamente, dos interesses apenas desse último, para que fossem finalmente perseguidos os interesses da nação republicana (2017, p. 59).

145 Aqui a democracia é formal e não substancial, porque a segunda afasta, ordinariamente, a democracia e o liberalismo, ante a irreconciliável relação entre a liberdade e a igualdade em termos formais e substanciais. O pressuposto compartilhado decorre, portanto, da credibilidade atribuída à administração parcial

e o liberalismo com algum grau de similitude fundacional (BOBBIO, 2017, p. 61), permitindo que seja lançada a questão fundamental sobre a justiça política, justamente na sociedade democrática “a saber: qual a concepção de justiça mais apta a especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais, e membros plenamente cooperativos da sociedade durante a vida toda, de uma geração até a seguinte?” (RAWLS, 2000, p. 45). Ainda que esses cidadãos permaneçam profundamente divididos pelas suas concepções religiosas, filosóficas e morais, conforme têm se demonstrado, por exemplo, acerca da sexualidade.

Para resolver o impasse da tradição democrática¹⁴⁶ sobre a formal, pela qual as instituições sociais devem ser organizadas para estar em conformidade com a liberdade e a igualdade, Rawls pressupõe que dado o fato do pluralismo razoável num regime democrático constitucional, “característica de um regime democrático livre” (RAWLS, 2000, p. 26), uma concepção de justiça política não deve intentar substituir ou ratificar qualquer concepção moral de bem. Pelo contrário, deve tolerar com imparcialidade política as divergências razoáveis decorrentes dos julgamentos produzidos por essas concepções individuais, uma vez que têm alcance limitado aos seus percursos, assim, retira da agenda política questões que geram mais divergências. Por razoável, entende-se que:

Em primeiro lugar, razoável indica um ponto de vista limitado da concepção política, que aqui articula valores políticos apenas, e não todos os valores, e

e coerente das leis e das instituições, inclusive, jurídicas, independentemente, à priori, de seus princípios fundamentais. Disso decorre que, apenas o respeito à justiça formal endossado pelo Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas dos cidadãos poderá promover uma vinculação coerente entre a justiça formal e a justiça substantiva em um estágio subsequente (RAWLS, 2016, p. 70-71). Relação que se pretende esclarecer a partir da apresentação dos princípios de justiça conforme sua ordem de prioridade.

146 Conforme descrito por Bobbio (2017, 61-64), a democracia constitucional dos últimos dois séculos, estaria sendo objeto de discordância no que tange ao funcionamento que deveria ser assumido pelas suas instituições básicas a fim de satisfazer os valores de liberdade e igualdade.

ao mesmo tempo que apresenta uma base pública de justificação. Em segundo lugar, o termo indica que os princípios ideais da concepção política baseiam-se nos princípios da razão prática, conjugados a concepções de sociedade e pessoa que advêm, também elas, da razão prática. (RAWLS, 2000, p. 28).

A concepção política de justiça como equidade, razoável para um regime constitucional democrático é, portanto, em termos gerais liberal e, nesse sentido, Rawls propõe uma arbitração entre os valores de liberdade e de igualdade adequados à ideia de cidadãos democráticos tidos como livres e iguais. Para tanto, afirmar que uma organização apropriada das instituições políticas e sociais básicas, é mais apropriada à realização da liberdade e da igualdade, se orientada pelas diretrizes que podem ser derivadas dos seguintes princípios de justiça:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido;
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidade, e, segundo, devem apresentar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.¹⁴⁷

Ao primeiro princípio, que assegura direitos, liberdades e oportunidades básicos e iguais, confere-se prioridade sobre a primeira

¹⁴⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 47-48.

parte do segundo princípio¹⁴⁸, que diz respeito às reivindicações de igualdade equitativa. Por fim, tem esse último, prioridade sobre o princípio da diferença¹⁴⁹, contido na segunda parte, segundo o qual as desigualdades sociais em qualquer nível, devem ser constantemente mediadas, a fim de que todos cidadãos tenham meios correspondentes para usufruírem de suas liberdades e oportunidades.

Ao tratar das liberdades básicas, Rawls refere-se especificamente “a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei” (RAWLS, 2000, p. 345).

Dito isso, tem-se que “a prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca em nome, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas” (RAWLS, 2000, p. 349).

A prioridade da liberdade deve ser projetada na distinção necessária entre regulação e restrição, pela qual impõe que seja assumida a primeira e refutada a segunda. Com efeito, a regulação consiste na necessidade de adequar as liberdades fundamentais em um esquema coerente de liberdades e não liberdades, evitando que entrem em coalizão e adaptem-se as condições sociais necessárias ao seu exercício. As restrições, por sua vez, revelam uma limitação ou supressão da esfera central de aplicação daquela liberdade fundamental (RAWLS, 2000, p. 349-350). Portanto, apenas o exercício das liberdades fundamentais que poderia sofrer algum tipo de ingerência motivada pela coexistência do exercício igual de liberdades que vigora na sociedade democrática. O direito subjetivo no qual se

148 Rawls afirma que há o primeiro princípio pode ser precedido de outro lexicamente anterior, que prescreve a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos quando sejam necessárias para compreensão e exercício efetivo desses direitos e liberdades. (RAWLS, 2000, p. 49).

149 O princípio da diferença tenta estabelecer os fundamentos objetivos para comparações interpessoais. (RAWLS, 2016, p. 109).

assenta essa liberdade, contudo, não pode ser suspenso, ainda que parcial e temporariamente¹⁵⁰.

Ocorre que, diferentes condições sociais e econômicas podem afetar o valor da liberdade experimentado por determinadas pessoas, reduzindo significativamente as possibilidades disponíveis para seu exercício. Assim, embora não existam liberdades menores, existem proveitos menores ou meramente formais de liberdade¹⁵¹, conquanto, apenas a liberdade política é equitativa (RAWLS, 2000, 386-387). Disso decorre que:

A liberdade implica uma certa configuração de direitos e liberdades, e liberdade igual significa que certas oportunidades e liberdades básicas são iguais, e que as desigualdades sociais e econômicas, quando existentes, devem ser reguladas por princípios adequadamente ajustados para preservar o valor equitativo dessas liberdades. (RAWLS, 2000, p. 334).

Dessa forma, a articulação combinada entre os dois primeiros princípios de justiça e a demanda igualitária promovida pelo princípio da diferença, deve promover o impulso necessário para a maximização do valor das liberdades iguais, notadamente, diante daqueles que estão em piores condições para exercê-las (VITA, 2007, p. 210). A liberdade, porquanto, não deve ser restringida por situações não ideais ou injustas, mas reguladas, na maior medida do possível, para subversão dessas situações.

150 A conclusão talvez fique mais clara diante do exemplo oferecido por Rawls na distinção entre regulação e restrição. Rawls afirma que a liberdade de expressão requer, para sua instituição, um certo nível de organização social ou regulação que a viabilize. Essa regulação, contudo, não pode ser confundida com as restrições eventualmente impostas ao conteúdo do discurso que, culmina, fatalmente na supressão, ainda que momentânea, do direito subjetivo no qual se funda aquela liberdade (RAWLS, 2000, p. 350).

151 A liberdade formal expressa uma possibilidade normativa de igual de exercício que é, contudo, formulada à revelia de meios materiais ou equitativos para sua efetivação.

A correlação formulada entre a liberdade e a igualdade, pelos dois princípios expressos na concepção política de justiça apresentada, pode aproximar-se de diferentes variações teóricas do liberalismo. Nesse sentido, importante enfatizar que, em virtude de três elementos, os referidos princípios expressam uma forma igualitária de liberalismo:

São eles: a) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam meramente formais; b) a igualdade equitativa (e, é bom que se diga, não meramente formal) de oportunidades; e finalmente, c) o chamado princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas aos cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, seja qual for o nível dessas desigualdades, grande ou pequeno, devem representar o maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 48-49).

A concepção política de justiça liberal igualitária, em Rawls, destina-se a especificação dos termos equitativos de cooperação social entre cidadãos livres e iguais que, com fundamento na tolerância - impossibilidade de doutrinas divergentes de bem, filosóficas e morais, constituirão a base da sociedade -, corrobore para a manutenção de uma sociedade bem-ordenada, que regulada por essa concepção política de justiça, apresenta-se como justa e estável, e por essa razão, racional e voluntariamente endossada pelos cidadãos, se constituindo numa visão autossustentável (RAWLS, 2000, p. 45-53).

O objetivo dessa concepção de justiça é “[...] por conseguinte, prático: apresenta-se como uma concepção da justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional, bem-informado e voluntário (RAWLS, 2000, p. 52). A concepção política de justiça representa, ainda, um conjunto de ideais, critérios e valores políticos que, por essa razão, é também uma concepção moral, destinada a regulação da estrutura básica da

sociedade (RAWLS, 2000, p. 54), cuja ideia fundamental consiste em pressupor a:

[...] sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a seguinte. Essa ideia organizadora central corre paralela a duas outras, fundamentais, que são companheiras inseparáveis: a de que os cidadãos (aqueles envolvidos na cooperação) são pessoas livres e iguais; e a de que uma sociedade bem ordenada é, efetivamente, regulada por uma concepção política de justiça. (RAWLS, 2000, p. 57).

A maneira como a justiça como equidade pode obter o consenso sobreposto entre cidadãos livres e iguais é objeto de uma conjectura artificial de representação que repousa, em última análise, no contrato social ou, especificamente em Rawls, na posição original. A posição original demarca a posição dos cidadãos livres e iguais que irão, em momento subsequente, firmar os termos de cooperação social. Para que esse acordo situe as partes que representam os cidadãos, em condições de igualdade apropriadas, sem que obtenham maiores vantagens de negociação em detrimento das outras e sejam repelidas situações de ameaça, força, coerção e fraude, acresce a noção de véu da ignorância, situação pressuposta para todos os cidadãos e pela qual, eles abstraem das próprias condições sociais e das condições sociais daqueles que representam (RAWLS, 2000, 65-71).

A posição original¹⁵² e o véu da ignorância pretendem racionalizar os fundamentos que indicam a eleição de uns princípios em detrimento de outros, porquanto:

152 A noção da posição original é empregada ainda para conectar a concepção de pessoa e de cooperação social aos princípios definidos de justiça que possibilitariam explicar a maioria dos direitos e liberdades constitucionais fundamentais, oferecendo uma maneira de resolver as questões remanescentes de justiça no estágio legislativo (RAWLS, 2016, p. 395-396). As partes dada a posição simétrica que se encontram enquanto representantes de um número indeterminado de pessoas, devem preferir nessa conjectura os princípios que possibilitam a realização de diversas concepções

A ideia é usar a posição original para representar tanto a liberdade e a igualdade quanto as restrições às razões apresentadas, e de maneira tal que se torna perfeitamente evidente qual acordo seria feito pelas partes representantes dos cidadãos. Mesmo que existam, como certamente existem, razões a favor e contra todas as concepções disponíveis de justiça, ainda assim pode haver um equilíbrio global de razões claramente favoráveis a uma concepção em detrimento do resto. (RAWLS, 2000, p. 69).

O objeto da justiça social, endossado pelo liberalismo igualitário é, portanto, a estrutura básica da sociedade¹⁵³ e, nesse sentido, compreendem-se o modo como as instituições¹⁵⁴ sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social, permitindo, por conseguinte, a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, dos mercados competitivos e da propriedade privada

de bem e assegurem as condições políticas, sociais e econômicas necessária ao desenvolvimento da capacidade das pessoas representadas de terem e de perseguirem determinada concepção de bem, bem como, de endossarem uma concepção de justiça.

153 A estrutura básica da sociedade é o objeto primeiro da concepção contratualista de justiça e é “entendida como a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 309).

154 Rawls refere-se às instituições como “um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras, proibidas; e estipulam certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem transgressões.” (RAWLS, 2016, p. 66). Nesse sentido, o Estado de Direito é refletido como “[...] uma ordem coercitiva de normas públicas voltada para pessoas racionais, com o propósito de reger sua conduta e prover a estrutura da cooperação social.” (RAWLS, 2016, 291), que no interior da estrutura básica da sociedade, recebe os influxos originados dos princípios da justiça.

dos meios de produção, arranjos econômicos e sociais que, enquanto instituições sociais¹⁵⁵, são consideradas mais importantes por Rawls¹⁵⁶.

Dessa concepção política de justiça, extrai-se, portanto, a necessidade de que sejam estabelecidos publicamente as necessidades básicas dos cidadãos e que, por essa razão, beneficiem a todos e não apenas a maioria, conforme sugeriria qualquer concepção firmada pelo compartilhamento da métrica utilitarista. Nesse sentido, Rawls sugere que:

No liberalismo político, o problema das comparações interpessoais surge da seguinte forma: dadas as concepções abrangentes e conflitantes do bem, de quem maneira é possível chegar a esse tipo de entendimento político em relação ao que deve ser considerado como exigências apropriadas? A dificuldade é que o Estado não pode agir no sentido de maximizar a satisfação das preferencias ou aspirações no sentido de maximizar a satisfação das preferencias ou aspirações racionais dos cidadãos (como no utilitarismo), nem de promover a excelência humana, nem os valores de perfeição (como no perfeccionismo), assim como não pode promover o catolicismo ou o protestantismo, nem qualquer outra religião. Nenhuma dessas visões do significado, valor e propósito da vida humana, tais como especificados pelas correspondentes doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes, é aceita pelos cidadãos em geral e, por isso, a promoção de qualquer uma delas por meio das instituições básicas dá à sociedade política um caráter sectário.

155 Registra-se que dentre as instituições citadas (2017, p. 8), Rawls inclui a família monogâmica e, por ser indefensável sua afirmação diante do próprio contexto teórico legado pelo filósofo, bem como por não ter se preocupado, na leitura da autora, em justificar essa acrasia, é conscientemente excluída da citação indireta porque indefensável. Ademais, quando revisitada a estrutura básica, em obra posteriormente publicada, apenas a família, sem adjetivações, é incluída (2000, p. 309).

156 RAWLS, John. **Uma tória da justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 8.

Para encontrar uma ideia compartilhada do bem dos cidadãos que seja apropriada a propósitos políticos, o liberalismo político procura uma ideia de benefício racional no interior de uma concepção política que seja independente de qualquer doutrina abrangente específica e que, por isso, pode ser objeto de um consenso sobreposto. (RAWLS, 2000, p. 227).

Para tanto, pressupondo a noção compartilhada dos cidadãos, enquanto pessoas livres e iguais e que, para consecução dos diversos projetos de vida que eventualmente persigam, dependam - independente da concepção religiosa, moral ou filosófica que endossem - aproximadamente dos mesmos bens primários¹⁵⁷. Os referidos bens são relacionados em uma lista que, conforme afirma Rawls, poderá ser aumentada ou flexibilizada, nos termos da justiça como equidade, reconhecendo os limites do político e do praticável. São eles:

- a. os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista;
- b. liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas;
- c. poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas de estrutura básica;
- d. renda e riqueza;
- e. as bases sociais do auto respeito. (RAWLS, 2000, p. 229).

Os bens primários constituirão, portanto, um referencial de justiça que deve ser satisfeito pelas instituições que integram a estrutura básica da sociedade. A justiça social se aperfeiçoa, nessa conjectura,

157 Os bens primários seriam selecionados, conforme esclarece Rawls, perguntando-se pelas coisas que são geralmente necessárias como condições sociais e meios polivalentes para possibilitar às pessoas realizar suas concepções específicas do bem, desenvolvendo sua capacidade de ser racional e de ser razoável. (RAWLS, 2000, 362).

quando a sociedade democrática assume sua responsabilidade pela manutenção das liberdades básicas iguais e da igualdade equitativa de oportunidades, bem como, pela distribuição equitativa dos bens primários entre todos os cidadãos que, são, reciprocamente, considerados livres e iguais. E, simultaneamente, cabe aos cidadãos singularmente considerados, bem como as associações por eles constituídas, conformarem-se a justiça como equidade, assumindo, para tanto, a responsabilidade de compatibilizar seus fins e aspirações conforme os meios polivalentes de que podem dispor. A divisão social de responsabilidades “baseia-se na capacidade das pessoas de assumir a responsabilidade por seus fins e de moderar de acordo com isso as reivindicações que fazem às instituições sociais” (RAWLS, 2000, p. 237).

Disso decorre que, na perspectiva horizontal na qual é afirmada a liberdade igual entre os cidadãos, toda expressão de liberdade afirmada por alguma concepção de vida boa é igualmente válida, sendo limitada apenas pelos princípios de justiça e desde que, sua reivindicação diante dos bens primários esteja em desconformidade com aqueles.

O papel das instituições sociais e econômicas que integram a estrutura básica da sociedade é assegurar, como afirmado anteriormente, condições justas para cooperação entre cidadãos livres e iguais de maneira estável e que se projete, dessa forma, para as gerações seguintes. Ocorre que, como explorado por Samuel Scheffler (2015, p. 3-5), Rawls pareceu determinado a evitar uma descrição completa acerca das instituições sociais que comporiam a estrutura básica da sociedade, por essa razão, enfrentou a controvérsia acerca do lugar do Direito Privado na estrutura básica da sociedade, uma vez que, se compreendido dentre as instituições sociais mais importantes, deve ser funcionalizado para satisfaça os termos da justiça distributiva no referencial da justiça como equidade, atentando-se, notadamente para o princípio da diferença e, a partir dele, distribuir direitos e deveres fundamentais, bem como, determinar a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.

A referência mais próxima formulada por Rawls do Direito Privado, em possível oposição ao direito público, é provavelmente verificada na fundamentação da divisão do trabalho entre dois tipos de normas sociais. Embora não explicita essa distinção própria da teoria geral do direito, afirma que:

A estrutura básica compreende, primeiro, as instituições que definem o pano de fundo social, incluindo também, aquelas operações que ajustam e compensam constantemente as tendências inevitáveis de distanciamento em relação à justiça básica como, por exemplo, as operações de tributação de renda e da herança, destinadas a equilibrar a posse de propriedades. Essa estrutura também impõe, por meio do sistema legal, outro conjunto de normas que governa as transações e acordos entre os indivíduos e as associações (as leis contratuais etc). As normas relativas a fraudes, à coação e congêneres fazem parte dessas regras e satisfazem os requisitos de simplicidade e praticabilidade. São formuladas de maneira a deixar os indivíduos e as associações livres para agir efetivamente visando a realizar seus fins, sem que estejam sujeitos a restrições excessivas. Concluindo: começamos com a estrutura básica e tratamos de ver como essa mesma estrutura deve fazer os ajustes necessários para preservar a justiça básica. Na verdade, o que procuramos é uma divisão de trabalho institucional entre a estrutura básica e as normas que se aplicam diretamente aos indivíduos e às associações, e que sejam obedecidas por eles nas transações particulares. Se essa divisão de trabalho puder ser estabelecida, os indivíduos e as associações ficam livres para realizar mais efetivamente os seus fins no interior da estrutura básica, com a segurança de saber que, em uma outra parte do sistema social, estão sendo feitas as correções necessárias para preservar a justiça básica. (RAWLS, 2000, p. 321).

A divisão proposta por Rawls entre os dois tipos de normas sociais, parece distinguir-se, no alcance que é por ele atribuído a estrutura básica da sociedade e, conseqüentemente, ao arranjo distributivo por ela demandado. Assim, enquanto para a sociedade coletivamente considerada, atribui-se a necessidade imediata de estruturação normativa que melhor determine a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social, e que parece pautada preponderantemente na distribuição de bens e riquezas, enquanto bens primários, aos cidadãos, singularmente considerados e, nessa conjectura, em relações jurídicas proeminentes de Direito Privado, parece ser demandada um arranjo distributivo apenas que mediatamente satisfaça a distribuição de direitos e deveres fundamentais que, na relação entre cidadãos livres e iguais, permita, pela liberdade de transação, que sejam estabelecidas as bases sociais do auto respeito¹⁵⁸.

Esclarece-se que a interpretação proposta não pode ser, contudo, imediatamente atribuída a Rawls, que, como notou Scheffler (2015). Parece realmente não ter tido a pretensão de fazer uma descrição completa acerca das instituições sociais que comporiam a estrutura básica da sociedade e não há qualquer pretensão explícita pelo referido filósofo de refletir sobre o Direito Privado. Não obstante, tratando-se de uma teoria ideal, o que se pretende nesse contexto é projetá-la para que derive, na maior medida do possível, em elementos mais justos para o Direito Privado, demonstrando como a justiça comutativa pode ser organizada nos termos de liberalismo igualitário.

O que é relevante para persecução dos objetivos deste livro, portanto, é perceber que Rawls não afastou o Direito Privado das instituições que integram a estrutura básica da sociedade. No mesmo sentido, a conclusão firmada por Scheffler (2015, p. 9-10), após tecer uma observação importante, contudo, acerca do efeito distinto que seria promovido ante o alcance imediato e mediato pelas instituições da estrutura básica nas diferentes normas sociais e, notadamente,

158 Assim, Rawls afirma em outra passagem que a liberdade de propriedade, enquanto liberdade fundamental, “constitui uma base material suficiente para haver um sentimento de independência pessoal e auto respeito [...]” (RAWLS, 2000, p. 352).

no que concerne ao Direito Privado. O autor sustentou que, como produto institucional, ele sofreria em sua estrutura alguma afetação dos princípios de justiça e do seu caráter distributivo, não obstante, o conteúdo das regras que se originariam dessa estrutura, não se sujeitaria a mesma exigência.

Para uma compreensão mais exata da repercussão promovida pelo liberalismo igualitário, enquanto teoria funcionalizante, no Direito Privado e da exata formatação da justiça distributiva na sua estrutura normativa é necessário que se recorra a distinção entre distributivismo forte e fraco (SCHEFFLER, 2015, 10-13). Pelo primeiro, o Direito Privado deve ser projetado para que satisfaça, tanto quanto possível, o princípio da diferença, maximizando sempre a posição de membros privilegiados da população e, por conseguinte, anulando a justiça comutativa pela derrogação do pressuposto formal de igual liberdade.

Contudo, ainda que abstratamente defensável essa perspectiva, é fundamental que se recorde que na aplicação dos princípios de justiça, o primeiro, que trata de direitos e liberdades básicos iguais, possui prioridade sobre o segundo de reivindicações de igualdade e, nesse sentido, uma distribuição desigual de bens primários, especificamente de bens e riquezas, pautada no princípio da diferença, precisaria conceber o Direito Privado como expressão institucional apta a satisfação dos valores dessas garantias institucionais, especificadas pela referência aos bens primários, o que é provável que Rawls teria refutado diante da divisão institucional que confere às normas sociais. A afirmação é ainda corroborada pela interpretação que se tem na seguinte passagem:

O princípio de diferença aplica-se, por exemplo, à tributação da renda e da propriedade, à política fiscal e econômica. Aplica-se ao sistema proclamado de direito público e normas legais, e não a transações ou distribuições específicas, nem a decisões de indivíduos

e associações, mas ao contexto institucional no qual essas transações acontecem. (RAWLS, 2000, p. 336).

Diante disso, Scheffler (2015, p. 10), defende que a posição de Rawls seria compatível com o que ele denomina de distributivismo fraco e pelo qual seriam estabelecidas três regulações ao direito contratual, organizadas em ordem de prevalência. Pela primeira, afirma que a lei contratual não pode violar liberdades básicas especificadas no primeiro princípio de justiça e, mais, quando possível, deve contribuir para sua proteção. A regulação seguinte consiste na impossibilidade da lei contratual violar a cláusula de igualdade justa de oportunidade, situada no segundo princípio de Rawls. Finalmente, a terceira regulação, que poderia ser direcionada ao legislador ordinário ou ao intérprete do Direito Privado diante de cláusulas gerais, consiste na projeção do direito contratual de modo a evitar o agravamento da posição econômica dos membros menos privilegiados da população.

O caráter decisivo dessa perspectiva para a definição da demanda igualitária que poderia emergir da funcionalização do Direito Privado pelo liberalismo igualitário, consiste na conclusão de que, satisfeitas essas restrições, o conteúdo do direito contratual não poderia ser ditado pelos princípios da justiça (SCHEFFLER, 2015, p. 10), ou seja, estaria preservada a justiça comutativa que confere a estrutura justificatória normativa do Direito Privado.

Desse modo, o princípio da diferença, em particular, é empregado para ajustar a justificação normativa do Direito Privado a fim de que ele ofereça um conjunto responsivo mais justo e adequado à satisfação das liberdades fundamentais e das reivindicações de igualdade de oportunidades na formação e execução das relações jurídicas.

Contudo, inseguro da formatação que teria sugerido para o direito contratual diante do distributivismo fraco, o próprio Scheffler (2015, p. 13) problematizou o risco iminente da migração dessa estrutura em direção ao distributivismo forte, ao constatar que, a depender de como seja impulsionada pelo Direito Privado, a maximização da posição do pior grupo, qualquer outra formatação do direito contratual iria

agravar a posição dos membros menos privilegiados da sociedade, motivo pelo qual, seria considerado injusto e, por conseguinte, indistinguível de uma demanda distributivista forte.

A interpretação do princípio da diferença no liberalismo igualitário levanta uma série de questões geralmente relacionadas aos arranjos distributivos que devem ser demandados das instituições sociais e políticas, a fim de que seja assegurada a igualdade equitativa de oportunidades, portanto, seria inevitável impedir que elas fossem transpostas para o Direito Privado com algum grau de divergência entre seus percussores, conforme demonstrado anteriormente em Ripstein (2007), Kordana e Tabachinick (2008) e, agora, em Scheffler (2015).

Ocorre que, ao situar o distributivismo fraco como uma diretriz compatível com os princípios da concepção política de justiça liberal igualitária, esses princípios devem ser suficientes para impedir essa migração arbitrária que sujeitaria o Direito Privado a satisfação de fins coletivistas, sobretudo, dado o caráter autopoietico dessa concepção de justiça, autossustentável pelos princípios que lhe conferem conteúdo e, portanto, simultaneamente autolimitado.

Em outras palavras, sendo o Direito Privado acolhido pela estrutura básica num esquema distintivo de normas sociais, a migração da sua racionalidade para um distributivismo forte seria, nessa conjectura, um disruptivo de justiça. Com isso, corrobora a afirmação de Rawls, segundo a qual “a objeção de que o princípio da diferença impõe correções contínuas de distribuições específicas, assim como interferências arbitrárias nas transações privadas, baseia-se num mal-entendido.” (2000, p. 336).

Além disso, é provável que a insegurança de Scheffler seja nutrida pelo afastamento intencional ou negligenciado que manteve em relação aos fundamentos históricos e estruturais próprios do Direito Privado, assim, limitou-se a situar a relevância da investigação proposta a ameaça expressada pelo princípio da diferença ao que denomina de valores bilaterais, interpretação que provavelmente

decorre de uma leitura de Weinrib¹⁵⁹ e reflete uma perspectiva reduzida da justiça comutativa, uma vez que os valores bilaterais seriam conteúdo da justiça recíproca.

E mais, importante que se recorde que o Direito Privado esteve historicamente afastado de todas as pessoas que não pudessem ser contratantes, proprietárias, testadoras ou constituir matrimônio. Houve e ainda persiste, um separatismo de classe, mas também de gênero e raça, sobrepostos em repercussões sociais inapreensíveis por qualquer descrição que se pretenda exaustiva.

Dessa forma, uma referência aos membros menos privilegiados da sociedade não deve refletir um grupo específico ou alguns grupos, mas devem ser determinados “por uma descrição e não por um designador rígido” (RAWLS, 2000, 49), e, assim, ser acomodada de modo que reflita a promoção das pessoas em situações nas quais apresentem maior suscetibilidade de serem lesionadas em aspectos patrimoniais ou extrapatrimoniais, conforme sugere a concepção de vulnerabilidade em Konder (2015), que é aqui exemplificada como uma situação social e jurídica que poderia influir na alternância da racionalidade no Direito Privado no horizonte liberal igualitário.

A formação do Direito Privado de modo a evitar o agravamento da situação de pessoas menos privilegiadas significaria, portanto, que ante a verificação de uma maior suscetibilidade de que determinadas pessoas possam sofrer lesões em aspectos patrimoniais ou extrapatrimoniais, na formação ou execução de uma relação jurídica, o pressuposto formal de liberdade igual que demarca a justiça comutativa deve ser afastado para que, pela desigualdade formal, por regras específicas, sejam saneadas desigualdades materiais básicas necessárias para o exercício da liberdade igual, primeiro princípio de justiça liberal igualitária e fim da comutatividade.

Portanto, o que o Direito Privado, no ideal liberal igualitário, deve arbitrar por um arranjo coerente de direitos e deveres, são as desigualdades nas perspectivas dos projetos de vida dos cidadãos

159 O referido autor é citado por Scheffler (2015, p. 12), em rodapé, como referência para o firmado pressuposto do caráter relacional do Direito Privado.

diante do tratamento desigual perante a lei, quando a liberdade que se pretende exercer é igual e não lesiva ao esquema coerente de liberdade individuais.

Diante do exposto, possível afirmar que estando o Direito Privado situado no interior da estrutura básica, deve ser adaptado aos requisitos que essa estrutura básica impõe no estabelecimento da justiça social. E para que seja projetado, na maior medida do possível, como uma instituição justa, deve adaptar sua organização interna para que sejam efetivadas as restrições e as regulações necessárias para manutenção das liberdades básicas e iguais, bem como, para que sejam atendidas as reivindicações de igualdade equitativa de oportunidades de constituir e executar relações jurídicas com igual validade e eficácia e assim, contribuir para preservação da justiça básica¹⁶⁰.

A adequação da relação entre o Direito Privado e o liberalismo igualitário, consiste, sobretudo, na assunção de uma perspectiva mais ampla de justiça social, para garantir que a maximização do valor da liberdade e da igualdade equitativa, bem como, para que do interior da estrutura básica o Direito Privado receba também os fundamentos de legitimidade para o uso, pelo Estado, do poder coercitivo¹⁶¹, incluindo-se o Direito Privado como uma exigência institucional de expansão da justiça.

Diante disso, demonstrado como o Direito Privado poderia ser mais justo a partir das influências imediatas que sofre no interior da estrutura básica na concepção política de justiça liberal

160 Nesse ponto, entendeu-se possível realizar uma interpretação análoga das restrições que Rawls afirma condicionarem, por exemplo, igrejas e universidades. (RAWLS, 2000, p. 313).

161 Rawls afirma que, em uma democracia, o poder político, que sempre é um poder coercitivo, é o poder de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo. Diante disso, afirma em momento subsequente que o princípio liberal de legitimidade, impõe que o poder político apenas se justifica quando exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos endossem, enquanto cidadãos razoáveis e racionais que se pretendem democráticos, os cidadãos devem agir nesse contexto observando o seu dever de civilidade. A razão pública é, assim, um ideal decorrente do consenso sobreposto de doutrinas razoáveis no regime constitucional democrático, adaptadas à concepção de justiça como equidade. Id., ibid, p. 265-267.

igualitária, ancorada pela democracia constitucional, importante que seja finalmente testado quanto a sua coerência e eventual instrumentalidade na racionalidade estrutural do Direito Privado no método que se pretende denominar como formal-funcional.

Para tanto, pretende-se resgatar os fundamentos que o constituem como um empreendimento justificatório racional, imanente e normativo, perquirindo as repercussões promovidas nas três características elementares para sua justificação, quais sejam, a sua natureza, a sua estrutura e ao seu fundamento (WEINRIB, 2011, p. 261). Posteriormente, pretende-se concluir acerca da instrumentalização ou não do Direito Privado, afirmando, por conseguinte, seu status de contingência.

3.3 O MÉTODO ESTRUTURAL FORMAL-FUNCIONAL DE ALTERNÂNCIA DA RACIONALIDADE NO DIREITO PRIVADO

O Direito Privado é racionalmente inteligível a partir dos fundamentos históricos e filosóficos que o constituíram e pelos quais tem refletido uma estrutura formal e tradicionalmente infensa às reivindicações pautadas na liberdade igual de pessoas historicamente preteridas na formatação da sociedade, em virtude da classe econômica, gênero, raça ou projeto de vida, marcadores sociais infinitamente combinados nas bases da estratificação social e, sexual.

Nessa conjectura, as mulheres que se prostituem têm sido produto de séculos de apagamento e exclusão corroborado pela aceitação tácita da acrasia que é provocada na dimensão de justificação do Direito Privado quando um fundamento externo, originado do direito penal e mais especificamente, da imposição coercitiva de uma sexualidade boa, impõe a alocação imediata da sua liberdade, impedindo que as relações contratuais relacionadas à prostituição repercutam com validade e eficácia.

Por essa razão, retornando ao problema histórico enfrentado pelas democracias constitucionais no arbitramento dos valores de

liberdade e igualdade, bem como, pressupondo a ambivalência da racionalidade estrutural do Direito Privado pela alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva no regime liberal igualitário, pretende-se resgatar os fundamentos que constituem o Direito Privado como um empreendimento justificatório racional, imanente e normativo. Para tanto, pretende-se perquirir as repercussões promovidas pelo liberalismo igualitário e, especialmente, pelo princípio da diferença que confere conteúdo à justiça distributiva, nas três características elementares para sua justificação, quais sejam, a sua natureza, a sua estrutura e ao seu fundamento (WEINRIB, 2011, p. 261). Fornecendo, a partir disso, parâmetros gerais e ainda inacabados para uma metodologia formal-funcional do Direito Privado.

A natureza justificatória do Direito Privado, emerge, como afirmado na seção anterior, do pressuposto de iguais liberdades individuais. O referido pressuposto é compartilhado pelo liberalismo igualitário, uma vez que é justamente a consideração dos cidadãos como livres e iguais que inspira a arbitragem dos valores de liberdade e igualdade, modulados pelos princípios de justiça e, posteriormente, projetados na estrutura básica da sociedade e, por conseguinte, no Direito Privado, sem que promova qualquer incoerência em sua estrutura, diante da coincidência da razão justificatória que irá emergir com autoridade normativa sobre o seu conteúdo, qual seja, de que as normas devem expressar o pressuposto de liberdade igual na regulação das transações voluntárias ou involuntárias.

O liberalismo igualitário enquanto razão justificatória para o Direito Privado contribui para que sejam fixados, em seu interior, os seus próprios limites, rechaçando, portanto, a possibilidade de um fator externo justificar sua redução. A externalidade que se pretende excluir dos fundamentos da racionalidade jusprivatista, na perspectiva do formalismo jurídico, deriva das razões políticas ou morais que imporiam o Direito Privado como meio para promoção de bem-estar ou promoção de determinada concepção de vida boa em detrimento da pluralidade e diversidade de concepções existentes. Com isso

contribui, inclusive, o princípio liberal de legitimidade, segundo o qual supõe-se que:

[...] a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis encontrada em sociedades democráticas é uma característica permanente da cultura pública, e não uma simples condição histórica que logo desaparecerá. Uma vez que suposto tudo isso, perguntamos: quando podem os cidadãos, por meio de seu voto, exercer de forma apropriada o poder político coercitivo uns sobre os outros quando questões fundamentais estão em jogo? Ou: à luz de que princípios e ideias devemos exercer esse poder, se fazê-lo deve ser algo justificável diante dos outros em sua condição de livres e iguais? A essa pergunta, o liberalismo político responde dizendo que nosso exercício de poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais.

O impedimento para uso do poder coercitivo, restringindo liberdades fundamentais ou afastando o pressuposto de igual liberdade, deriva, portanto, dos princípios de justiça e, uma vez projetados para o interior do Direito Privado, não apenas confirmam a imanência desse último como fortalecem seu próprio caráter autopoietico.

A segunda característica da justificação, consistente na definição dos meios pelos quais as relações jurídicas poderão expressar um padrão mais abstrato e abrangente de coerência (WEINRIB, 2011, p. 263-264), concluiu-se que essa estrutura justificatória seria conferida, no Direito Privado, pela justiça comutativa. Ocorre que, como afirmado no início dessa seção, assumiu-se o pressuposto, segundo o qual, o Direito Privado admitiria a alternância de sua racionalidade,

cambiando da justiça comutativa em direção à justiça distributiva, o que é veementemente negado por Weinrib ao afirmar que:

Justiça corretiva e justiça distributiva são categoricamente diferentes e mutuamente irreduzíveis. A justiça corretiva necessariamente interpreta a interação como bipolar. A justiça distributiva, em contraste, leva em conta qualquer número de partes, com o aumento do número de participantes meramente diminuindo o tamanho da quota de cada participante naquilo que se está sendo distribuído. Esta diferença significa que estas formas de justiça não podem ser dissolvidas uma na outra, tampouco integradas em uma forma mais ampla. [...] Porque justiça corretiva e distributiva são estruturas de coerência justificatória mutuamente irreduzíveis, uma única relação jurídica não pode, coerentemente, partilhar de ambas. (WEINRIB, 2011, p. 265).

Ocorre que, ao sustentar uma incoerência irreconciliável entre a justiça comutativa e a justiça distributiva, Weinrib está ancorado pela concepção de justiça distributiva oriunda da teoria de Aristóteles e, por essa razão, deriva sua conclusão de uma demanda distributiva forte e que, certamente, não foi pensada para o Direito Privado.

Por essa razão, tendo sido firmada uma concepção fraca da justiça distributiva, na análise do alcance dos princípios liberais igualitários, não há qualquer impedimento lógico para que o Direito Privado permaneça infenso às demandas oriundas da justiça social e mais, de iguais liberdades fundamentais. Sobretudo, enquanto permanece inalterada a razão da qual deriva sua autoridade normativa, pautada no pressuposto inexorável de liberdade igual. A justiça distributiva, não obstante, seja independente da justiça comutativa, possui uma atuação, na estrutura do Direito Privado, de caráter residual.

Isso posto, ao refutar a igualdade perante a lei como condição permanentemente suficiente para a constituição e execução de

relações jurídicas justas, tem-se a alternância da justiça comutativa para a justiça distributiva, por intermédio da qual poderão ser propostas: a) limitações de conteúdo dispositivo nas transações voluntárias, a fim de que não sejam admitidas violações a liberdades fundamentais; b) disposições regulatórias desiguais de liberdades sempre que, presente alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias; c) promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade; d) restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade.

Com efeito, satisfeitas essas condições, tem-se a possibilidade de que sejam finalmente repercutidos os fundamentos da justiça comutativa substanciados pela concepção política de justiça liberal igualitária na funcionalização do Direito Privado. Oportunidade na qual recorda-se, não se pretende a distribuição de bens ou a satisfação do bem-estar coletivo, tampouco a normalização de alguma concepção de vida boa, endossada por uma doutrina religiosa, moral, científica ou filosófica. Mas tão somente, garantir que o Direito Privado se abra para promover situações jurídicas mais justas, distribuindo-se, para tanto, sanções positivas ou incentivos, em complementariedade¹⁶² à sua função tradicional, puramente protetora e repressiva¹⁶³, (BOBBIO, 2007, p. 2-2).

O Direito Privado, deverá então ser operacionalizado sobre as seguintes combinações: “a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos.” (BOBBIO, 2007 p. 7).

162 A orientação da teoria do direito em direção à análise funcional indicaria uma possibilidade de acrescer à teoria estruturalista ou formalista dominante. (BOBBIO, 2007, p. XIII).

163 Funções reunidas na comutatividade, respectivamente, pela justiça recíproca e corretiva.

E, finalmente, a terceira e última característica da justificação do Direito Privado consistiu na delimitação do seu fundamento normativo, pelo qual afirmou-se que a normatividade do Direito Privado deve estar embasada não na intencionalidade de que se alcancem certos objetivos, ou sejam estimulados, coercitivamente, comportamentos moralmente desejáveis, mas deve pautar-se na necessária mediação do exercício de iguais liberdades. Isso posto, possível afirmar que uma vez concebido na estrutura básica da sociedade liberal igualitária, o Direito Privado não apenas media o exercício de iguais liberdades como deve arbitrar, coerentemente, uma relação entre a liberdade e a igualdade, de modo que seja refletida a prioridade dessa primeira cuja regulação, restrição ou promoção deve observar as diretrizes oriundas da justiça distributiva.

O direcionamento normativo do Direito Privado, no liberalismo igualitário, deve assim conduzir a espaços mais igualitários para exercício das liberdades fundamentais, ou seja, deve proporcionar, pressupondo a liberdade e analisando substancialmente a igualdade, rearranjos normativos regulatórios para redistribuição de direitos e deveres na ordem jurídica jusprivatista.

Por essa razão, ao assumir a ambivalência da justiça comutativa e da justiça distributiva, conferindo prioridade a primeira e atribuindo o caráter residual e vinculado para essa segunda, foi possível perpetuar a concepção do Direito Privado como um modo de ordenação distintivo e coerente, conquanto, não sirva de meio para consecução de qualquer fim. A justiça comutativa continua a ser o pressuposto de inteligibilidade e coerência do Direito Privado, e apenas a verificação da impossibilidade de sua justificação diante das situações específicas acima delineadas, retrai-se para que seja complementada pela justiça distributiva.

Finalmente, a correlação entre os fundamentos da justiça comutativa e da justiça distributiva no liberalismo igualitário, pela tradição histórica e filosófica percorrida nas seções 3.1 e 3.2, permite que se conclua pela possibilidade de projeção de um sistema mais justo do Direito Privado sem que, contudo, seja afastada a coerência

da sua estrutura jurídica e das considerações justificativas que apoiam suas características e racionalidade imanente. Concluindo, porquanto, pela racionalidade estrutural formal-funcional do Direito Privado, modos complementares de ordenação pelos quais as relações jurídicas subjacentes na estrutura do Direito Privado tornar-se-ão inteligíveis, coerentes e mais justas.

Diante disso, passa-se a análise da autonomia privada, enquanto poder de disposição e de criação, dentro de limites razoáveis estabelecidos pela lei, de normas jurídicas entre particulares, que é erigida ao centro da ordenação do Direito Privado como instituto jurídico de instrumentalização da justiça comutativa e que sofrerá, imediatamente, as alocações regulatórias ou restritivas decorrentes da justiça distributiva na forma delineada nessa seção, perquirindo ao final suas repercussões nas atividades relacionadas à prostituição.

4 A ORGANIZAÇÃO INTERNA DA LIBERDADE PELA AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL: O PODER DE DISPOSIÇÃO NO REGIME FORMAL- FUNCIONAL DO DIREITO PRIVADO

A liberdade e a igualdade, valores fundamentais para a constituição do Direito Privado, apresentaram-se como fundamentos constitutivos da arbitragem coerente dos princípios de justiça no liberalismo igualitário. A liberdade e a igualdade firmam, nessa conjectura, diretrizes e princípios que são projetados para a estrutura básica da sociedade e, no seu interior, para o Direito Privado, momento no qual são os referidos valores relacionados a outros conceitos e ideias, a fim de que as instituições não ideais possam ser representadas a partir de estruturas mais justas de justiça e que inspirem, a longo prazo, o sentimento mútuo de cooperação que deve reger a vida de cidadãos livres e iguais numa sociedade democrática, impondo limites, inclusive, ao poder coercitivo por eles constituído e sobre eles aplicado¹⁶⁴.

A sexualidade constituída pelo conjunto não coordenado entre os sexos, os gêneros e os comportamentos sexuais, esteve historicamente demarcada pelo poder e pelo controle que, na ausência dos valores da liberdade e da igualdade, emergiram coercitivamente pelos discursos científicos que, assimilando o conteúdo metafísico e, sobretudo, religioso acerca da sexualidade boa, estabilizaram uma verdade normativa sobre ela. Nesse contexto, a mulher é pressuposta frágil e invariavelmente sujeita aos artifícios de sedução do homem, o que permite que seja sutilmente controlada pelas acrasias na racionalidade do Direito Privado, excepcionado em sua estrutura pelas demandas da sexualidade sintetizadas, preponderantemente, na família heterossexual, matrimonial, monogâmica, hierarquizada

164 Tem-se aqui uma referência implícita a democracia representativa e ao princípio de legitimidade liberal referenciado no Capítulo 3, seção 3.2.

e reprodutiva e que derivadas, resultam no atual regime jurídico da prostituição.

Por outro lado, refutada a sexualidade na estrutura pós-metafísica que é produzida pelo discurso científico, bem como a compatibilidade do poder jurídico-discursivo¹⁶⁵ com a estrutura formal-funcional do Direito Privado, passa-se a perquirir na juridicização da liberdade pela autonomia privada, parâmetros de inteligibilidade da autonomia corporal e/ou sexual e os fundamentos legítimos para sua restrição ou regulação coerente. Para tanto, primeiro pretende-se explorar algumas variações conceituais acerca da liberdade e seus principais influentes no referencial distintivo entre liberdade negativa e liberdade positiva, objetivando, a partir disso, uma delimitação dessas repercussões da estrutura formal-funcional do Direito Privado apresentada ao final do Capítulo 3. Posteriormente, pretende-se abstrair da liberdade jurídica privada, o conteúdo correspondente a autonomia privada, delimitando a extensão desse contexto nas situações jurídicas existenciais e patrimoniais, bem como, os limites do seu exercício e conteúdo dispositivo.

4.1 DAS MÚLTIPLAS ACEPÇÕES ACERCA DA LIBERDADE À UNIDADE ESTRUTURAL FORMAL-FUNCIONAL JUSPRIVATISTA: A LIBERDADE NEGATIVA E A LIBERDADE POSITIVA NO DIREITO PRIVADO

A falta de rigor e de coerência na análise da sexualidade, pautada ordinariamente em elementos sociais, políticos e morais externos ao Direito Privado, contribuiu para que as discussões relacionadas à liberdade e à autonomia sexual ou corporal, renunciassem aos

165 Estruturas invisíveis que segundo Foucault (2009, p. 79) demarcam o dispositivo da sexualidade, permitindo a reprodução do seu controle e que são refutadas no ideal formal-funcional do Direito Privado no regime liberal igualitário, uma vez que, dado o fato do pluralismo razoável, o Direito Privado não pode, coerentemente, endossar qualquer concepção moral de bem pautada na sexualidade ou em qualquer outra experiência subjetiva da pessoa humana. Ademais, ratifica-se que “uma suposição crucial do liberalismo é que cidadãos iguais têm concepções de bem diferentes e até mesmo irreconciliáveis e incomensuráveis.” (RAWLS, 2000, p. 358).

fundamentos históricos e teóricos do Direito Privado, furtando-se das soluções que poderiam ser encontradas em sua estrutura para que fossem promovidas argumentações em defesa de uma melhor e suposta adequação social das normas jurídicas e/ou da dignidade da mulher que se prostitui.

Por essa razão, ao ser proposta uma perspectiva do Direito Privado a partir do liberalismo igualitário, matriz teórica ancorada no constitucionalismo democrático, pretendeu-se demonstrar como o direito civil, especialmente, pode adaptar-se às exigências emergentes das reivindicações por liberdades fundamentais e igualdade, sem, contudo, abdicar-se dos parâmetros históricos de sua racionalidade e inteligibilidade imanente.

Dessa forma, ainda que se reconheça que o Direito Privado não passaria incólume ao direito constitucional, refuta-se a utilização aleatória de princípios e de valores como elementos intencionais e direcionados a correção do direito civil sobre pressupostos que não devem ser por ele compartilhados antes sua autonomia epistemológica¹⁶⁶. Porquanto, para que o empreendimento metodológico, iniciado no Capítulo antecedente, seja suficiente testado na resolução do problema que inspira o desenvolvimento desse livro é necessário que as liberdades iguais e as liberdades fundamentais, referenciadas respectivamente na justiça comutativa e no primeiro princípio de justiça do liberalismo igualitário, apresentem contornos mais nítidos de avaliação.

A liberdade moderna¹⁶⁷, desenvolvida proeminentemente entre os séculos XVII e XIX (MIRANDA, p. 377), em suas múltiplas

166 Por autonomia epistemológica pretende-se reafirmar as conclusões parciais - mais ou menos - explícitas no Capítulo 3 e endossar a perspectiva apresentada por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2018, p.341), para o qual: “Os problemas que o direito civil enfrenta e resolve são estruturalmente diversos daqueles do Direito Público, ainda que haja algumas aproximações eventuais.”

167 O recorte temporal além de necessário para que não sejam excedidos os objetivos e a capacidade de desenvolvimento desse trabalho, também é justificável pelo fato de não ter o individualismo se desenvolvido significativamente antes da Idade Moderna, sendo a modernidade, portanto, um marcador suficiente para o sentido contemporâneo da liberdade. Destaca-se, ainda, que os valores e conceitos teóricos

variações conceituais e teóricas, pode ser expressada em diferentes níveis de extensão e legitimidade que, por sua vez, são combinados com perspectivas também diversas acerca dos limites do Estado na sua formatação institucional. A relação entre o indivíduo e o Estado foi objeto de um estudo gradativo, uma vez que:

O problema a princípio foi somente visto de dentro do indivíduo, e procurou-se saber até onde ia a liberdade. Depois, de fora: até onde o Estado pode ir (aliás, vir). Mais tarde (quando já se haviam examinado umas e outras respostas, de dentro e de fora), simultaneamente: até onde a liberdade pode ir e até onde pode ir o Estado. (MIRANDA, p. 377).

Os limites que demarcariam os espaços de liberdade em contraposição ao âmbito de incidência das normas de ordem pública, que restringem ou regulam o exercício das liberdades individuais, tornam-se, nessa perspectiva, explícitos. Por outro lado, o grau de definição desses limites sofre uma variação maior ou menor, conforme se afaste ou se aproxime, respectivamente, de uma definição pretendida peremptória acerca liberdade.

A razão para essa distinção reside no fato de que apenas uma defesa pela liberdade ilimitada pode ser facilmente conceituada, pois se refere simplesmente a possibilidade de alguém agir sem qualquer restrição. Por outro lado, difícil é a conceituação da liberdade limitada quando não é suficientemente articulada com outras concepções em algum esquema autossustentável e autolimitado. Trata-se, contudo, de um desafio inafastável na demarcação entre liberdade e ordem pública, posto que “há entre os dois campos, linha separativa, definível em preceito jurídico que permita determinar-se onde um acaba e onde

desenvolvidos nessa perspectiva remontam mais especificamente a 1780, embora, apenas em 1804, a liberdade como individualidade teria sido expressa de forma ativa no Código Civil francês, conforme conclui José Guilherme Merquior (2011, 63-75).

o outro começa. Não há, portanto, campo para sofismas.” (MIRANDA, 2002, p. 378).

A diferença entre as espécies de liberdade que irão subscrever, em alguma medida, as tentativas persistentes de delimitação dos padrões de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, pode ser compreendida a partir das três escolas de pensamento sobre a liberdade, quais sejam: Inglaterra, França e Alemanha. A escola inglesa, que compreende de Hobbes a Locke e de Bentham a Mill, concebeu a liberdade como ausência de coerção, como expressão de independência. A escola francesa de liberdade, privilegiando o conceito teórico desenvolvido por Rousseau em detrimento daquele de Montesquieu, repercutiu liberdade como autodeterminação. Na Alemanha o conceito de liberdade desenvolveu-se vinculado à liberdade política, significando, nesse caso, uma ênfase no desdobramento do potencial humano. Da escola alemã, e dessa concepção de liberdade, destacaram-se Humboldt, Kant e, mais tarde, Hegel. (MERQUIOR, 2011, p. 52-58)

Por outro lado, as controvérsias entre os limites perquiridos tornaram-se ainda mais nítidas após o advento das formas constitucionais democráticas. Com efeito, “pôs-se a Constituição, como conteúdo da regra limitativa, regra da legalidade” (MIRANDA, 2002, p. 379), caberia assim, aos representantes eleitos pelo povo a definição dos limites aplicáveis indistintamente a todos, conformando a ordem pública na democracia constitucional.

Nesse momento, também a igualdade, na acepção formal ou de igualdade perante a lei, passou a integrar as discussões teóricas como pressuposto de verificação da legalidade democrática¹⁶⁸. Por essa razão, a definição de ordem pública, que constituirá os limites de alocação da liberdade individual e que ora é prorrogada, deverá conciliar os caminhos anunciados por Pontes de Miranda(2002, 398-420), quais sejam: democracia, liberdade e igualdade.

168 Nesse sentido, recorda-se que pressuposta a constitucionalidade democrática, a arbitragem satisfatória entre a liberdade e a igualdade ascendeu como um problema secular do qual se ocuparam e ocupam-se tradições teóricas e filosóficas diversas.

A determinação ou associação da liberdade em termos de igualdade formal ou material, confere pelo menos três acepções diversas ao sentido de liberdade e da relação que se pretende, a partir dela com o Estado. É o que se nota, por exemplo, no contraste entre os liberais clássicos, os libertários e os liberais igualitários.

Nesse sentido, percebe-se que a reivindicação na qual se pauta o liberalismo clássico constitui-se pela defesa da igualdade de direitos religiosos, políticos e econômicos, bem como, contra a opressão política e intromissões sociais. Por essa razão, afirma-se que consistiria em três elementos “a teoria dos direitos humanos; constitucionalismo e economia clássica” (MERQUIOR, 2011, p. 62). Desse período, destaca-se John Stuart Mill, cujas obras “coroaram o liberalismo clássico” (MERQUIOR, 2011, p. 125) e, especialmente, *On Liberty*, ensaio publicado originalmente em 1859.

Mill enfrentou, no referido ensaio, o problema da liberdade civil ou social, perquirindo os limites do poder que poderia ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo, seja pela força da sua opinião quanto pela força da legislação. E nessa conjectura afirmou que:

A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano. (MILL, 2016, p. 40).

A esfera de liberdade defendida por Mill abrangeria a liberdade de consciência, de opinião e de gostos e objetivos, pela qual tem-se a possibilidade de ação da pessoa segundo sua própria concepção de vida e caráter, assumindo as consequências que resultem de suas escolhas sem qualquer interferência externa. E, finalmente, tem-se a liberdade de associação. Disso decorre a conclusão de que “nenhuma

sociedade em que estas liberdades não sejam, de um modo geral, respeitadas, é livre, qualquer que seja a sua forma de governo; e nenhuma sociedade em que elas não existem de modo absoluto e sem restrições é completamente livre” (MILL, 2016, p. 44).

Isso posto, tem-se que a liberdade, tal como concebida por Mill, apenas seria limitada pela concepção de igualdade que lhe é inerente, justificando-se, porquanto, que o seu exercício fosse apenas limitado quando projetado com propósitos que envolvam, em alguma medida, dano a outrem¹⁶⁹. Nesse sentido:

A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem ou colocar obstáculos aos seus esforços para o alcançar. Cada qual é o justo guardião da sua própria saúde, tanto física, como mental e espiritual. As pessoas têm mais a ganhar em deixar que cada um viva como lhe parece bem a si, do que forçando cada um a viver como parece bem aos outros. (MILL, 2016, p. 44).

O poder de autodeterminação que é conferido aos indivíduos não pode, em qualquer hipótese, cambiar para um poder que se pretenda estabelecer, paradoxalmente, sobre os outros indivíduos. A referida distinção é importante, pois, como já alertava Mill, sempre existiu quem defendesse o poder sobre afirmações turvas de liberdade, conforme explícito no tratamento distintivo conferido historicamente entre homens e mulheres¹⁷⁰, pautado no “poder quase despótico do marido” (2016, p. 174), figura central na história do Direito Privado

169 O dano ou princípio do dano é, portanto, o liame de legitimidade que vincula a força coercitiva do Estado ou opinativa da sociedade, a legitimidade de qualquer interferência na liberdade de ação assegurada igualmente aos indivíduos.

170 Conforme buscou-se demonstrar nos Capítulos anteriores e, notadamente, no Capítulo 2. A fim de enfatizar como as noções mal aplicadas acerca da liberdade constituem verdadeiro obstáculo ao seu exercício.

e que tanto influenciou no tratamento distintivo perpetrado contra as mulheres que se prostituem.

Os limites impostos ao poder coercitivo do Estado na liberdade dos indivíduos poderiam ser ainda afirmados, segundo Mill, sem recurso ao princípio da liberdade, diante de três objeções que apresenta. A primeira delas, consiste na probabilidade de que os indivíduos possam promover, por eles próprios, seus interesses pessoais em níveis de satisfação maior do que aqueles que poderiam ser obtidos pelo Estado. A segunda objeção é uma defesa a eventual falibilidade da primeira e consiste no fato de que, ainda que as pessoas possam frustrar-se quando realizam suas próprias escolhas, é desejável que sejam elas a fazê-las e não o Estado, uma vez que as consequências originadas do exercício de sua liberdade corroboram para o seu desenvolvimento maduro e auto responsável. Finalmente, a última razão para que seja restringida a interferência do Estado consiste no risco à liberdade que é associado ao crescimento do seu poder. (MILL, 2016, p. 180-189).

Do liberalismo de Mill ao liberalismo social¹⁷¹ de John Rawls, cuja teoria é o destino pretendido nessa incursão acerca da liberdade, tem-se ainda importante passagem pelo libertarismo ou neoliberalismo, movimento emergente das reações reputadas antieconômicas¹⁷², em ascensão entre a primeira e a segunda guerra mundial, e que colocaram a economia como destino da liberdade, em uma defesa por um Estado efetivamente menor (MERQUIOR, 2011, p. 225-244). Conjectura da qual destacam-se Friedrich August Hayek¹⁷³ e mais tarde, Robert Nozick, críticos igualitários profundamente céticos quanto à possibilidade de uma arbitragem coerente entre liberdade e igualdade, numa perspectiva substancial.

171 Uma referência ao ponto de partida e destino dessa abordagem teórica. Não se trata, portanto, de qualquer descrição histórica e linear acerca da liberdade.

172 Atribuídas ao socialismo Estatal e ao fascismo. (MERQUIOR, 2011, p. 226).

173 Hayek é citado como discípulo de Ludwig von Mises, um dos primeiros teóricos que reagiram ao impulso antieconômico. Hayek foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia em 1974. (MERQUIOR, 2011, p. 226-227).

Hayek, no livro publicado originariamente sob o título *The Constitution of Liberty*¹⁷⁴, em 1960, apresenta uma concepção de liberdade individual profundamente ancorada na defesa da economia de mercado. Para tanto, Hayek (1983, p. 27) afirma que: “a tarefa de uma política de liberdade deve consistir, portanto, em minimizar a coerção ou seus efeitos negativos, ainda que não possa eliminá-la completamente”.

Por coerção, entende-se o controle exercido sobre uma pessoa, por outra, privilegiando os objetivos dessa última em detrimento dos planos elaborados por aquela primeira. E, diante da constatação de que a coerção não pode ser totalmente evitada, conferiu-se ao Estado o seu monopólio, restringindo, contudo, sua atuação a deveres limitados e previsíveis, a fim de que se tornasse uma aliada na persecução de objetivos individuais e não para sujeição de alguém à objetivos de outrem. (HAYEK, 1983, p. 37).

A liberdade é vinculada determinadamente à noção de responsabilidade e, porquanto, a liberdade torna o indivíduo exclusivamente responsável pelo seu bem-estar. Dessa forma, afirma-se que a luta pela liberdade sempre esteve pautada na igualdade perante a lei e é essa igualdade que conduz à liberdade, bem como, é apenas essa igualdade que pode ser obtida sem que a própria liberdade seja solapada. (HAYEK, 1983, p. 89-103).

Por essa razão, Hayek considera a igualdade perante a lei e a igualdade material como categorias diferentes e simultaneamente irreconciliáveis. E, diante disso, opõe-se a reivindicação de igualdade como objetivo perquirido por algum esquema distributivo, fundamentando, para tanto, que para que uma sociedade seja realmente livre, a pretensão igualitária não é suficiente para justificar o emprego da coerção. Em síntese, sustenta que “os desníveis econômicos não constituem mal que justifique, como remédio, a adoção de coerção discriminatória ou de privilégios”. (HAYEK, 1983, p. 105).

174 Em português, publicado sob o título: Os fundamentos da liberdade. (HAYEK, 1983).

Robert Nozick ao enfrentar a relação entre o Estado e a liberdade individual, em obra publicada em 1974, originariamente sob o título *Anarchy, State and Utopia*, aproximou-se de Hayek no tratamento conferido à liberdade individual ao apresentar uma concepção de justiça de direito a propriedades¹⁷⁵, objetivando testar a teoria de justiça de Rawls no que tange à distribuição pretendida de rendas, riquezas e oportunidades (NOZICK, 201-247). Pela referida concepção de justiça, Nozick afirmou que apenas o Estado mínimo e adstrito às funções de proteção contra a força, o roubo, a fraude e de fiscalização contratual seria legítima e moralmente justificável, não havendo, portanto, argumentos suficientes para sustentar a expansão do Estado. (NOZICK, 1991, p. 42).

Diante disso, qualquer outra concepção de Estado que ascendesse para uma perspectiva igualitária, impondo para alguém o dever coercitivo de ajudar outrem seria ilegítimo. Assim, a liberdade de propriedade não pode ser objeto de ingerência, por uma demanda de justiça distributiva, a fim de que sejam confiscadas propriedades, ainda que para assegurar a igualdade de oportunidades. (NOZICK, 1991, p. 259).

A defesa da liberdade individual é, portanto, uma defesa do indivíduo contra a extensão do Estado, pela qual é repelida qualquer forma distributiva que o instrumentalize para minimizar ou maximizar, a posição de pessoas em piores condições. Portanto, qualquer cooperação social apenas poderia ser voluntária (NOZICK, 1991, p 359). A liberdade e a igualdade material são, portanto, objetivos irreconciliáveis na concepção de liberdade defendida por Robert Nozick.

175 O objeto da justiça em Nozick reside na conjugação de três elementos ou princípios centrais, quais sejam, a aquisição inicial das propriedades, a sua transferência de uma pessoa para outra, e a retificação da injustiça. Assim, o princípio completo de justiça distributiva, nessa conjectura, seria satisfeito pela verificação de que todos têm direito às propriedades que possuem segundo a distribuição. A distribuição justa, por sua vez, é especificada pela legitimidade nas transferências. A propriedade é, enfim, justa, se sua aquisição, transferência ou reparação, decorreu dos princípios de justiça de propriedade. Verificados esses pressupostos, toda a expansão do Estado para restringir a liberdade será reputado imoral e ilegítimo. (NOZICK, 1991, 171-177).

A relação proposta por Hayek e Nozick entre o Estado, a liberdade e a igualdade, pautada pela prevalência da liberdade igual e formal, em detrimento da igualdade material ou substancial, e ancorada na defesa da propriedade, parece compatível com o pressuposto de liberdade igual que demarca a estrutura justificatória do Direito Privado, conferida pelos princípios extraídos da justiça comutativa, uma vez que o seu caráter normativo funda-se, no referencial formalista assumido, na necessária mediação do exercício de iguais liberdades, privilegiando transações voluntárias e legitimando apenas intervenções decorrentes da necessidade de correção que emerge de transações involuntárias.

Por outro lado, os textos que remontam ao período compreendido entre as décadas de 60 e 70, embora não tenham inspirado ou influenciado o movimento da codificação ou os seus preceitos normativos, apresentam-se como alternativas contemporâneas para uma resistência teórica ao Estado promocional, demarcando espaços de liberdade e não liberdades, estacionários no Direito Privado. Aproximam-se de sua genealogia, mas afastam-se dos objetivos conciliatórios pretendidos pela democracia constitucional entre os valores de igualdade e liberdade, razão pela qual, são refutados dado o pressuposto desenvolvido no Capítulo anterior e notadamente, na seção 3.2.

Isso posto, tendo sido reafirmada a explicação formal estrutural do Direito Privado, segundo uma concepção formal da liberdade igual que, não obstante mantenha intacta a sua força heurística, deve ser completada com uma explicação funcional do direito, retoma-se ao liberalismo igualitário para que a argumentação formulada ao final do Capítulo 3, segundo a qual o direcionamento normativo do Direito Privado no liberalismo igualitário deve conduzir a espaços mais igualitários para exercício das liberdades fundamentais, que supere os critérios abstratos a partir dos quais foi firmada e apresente contornos mais nítidos acerca das liberdades fundamentais e como elas repercutem na estrutura formal-funcional do Direito Privado, pautando a ambivalência da justiça comutativa e da justiça distributiva.

Antes de avançar, contudo, há dois sentidos flutuantes sobre a liberdade que parecem contribuir para sua estruturação técnica, conquanto persistam as diversas e conflituosas questões colocadas a seu respeito. Para tanto, recorre-se às definições de liberdade negativa e liberdade positiva propostas por Isaiah Berlin a partir de uma problematização precedente, conforme sugere o filósofo:

O primeiro sentido político de liberdade, que (com base em muitos precedentes) chamarei de “negativo”, vem incorporado na resposta à pergunta “Qual é a área em que o sujeito — um indivíduo ou um grupo de indivíduos — está livre, ou se deveria permitir que fosse, da interferência dos outros?” O segundo sentido, que chamarei de positivo, vem incorporado na resposta à pergunta “O que ou quem é a fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça, ou seja, uma coisa e não outra?” (1981, p. 11).

A liberdade negativa representaria um espaço de liberdade individual incólume à interferência de terceiros ou a coerção do Estado sobre a vida privada. Pretende-se, para tanto, que seja estabelecida uma linha demarcatória da área de não interferência. Nesse sentido, liberdade “[...] significa liberdade de: ou seja, ausência de interferência além da linha traçada”. (BERLIN, 1981, p. 13). Mill, Hayek e Nozick, sopesados o anacronismo de uma comparação entre eles, podem ser associados pelo sentido negativo da liberdade.

O sentido positivo da liberdade, por sua vez, é explorado a partir de uma metáfora do autogoverno. O indivíduo é apresentado a partir de duas influências na sua expressão de vontade, o ego dominante e a parte que do ego que os domina, que os sujeita. O ego dominante identifica-se com a razão e por exclusão, considera-se como objeto de dominação o impulso e os desejos incontroláveis, que devem ser redirecionados pelo ego dominante (BERLIN, 1981, p. 15). Nesse momento, os indivíduos podem ser coagidos, pressupondo que,

se estivessem sob o domínio da razão, eles efetuariam as mesmas escolhas. Isso posto:

Podemos imaginar que os dois egos estão divididos por um fosso ainda maior: podese conceber o ego real como algo maior que o indivíduo, como um “todo” social do qual o indivíduo constitui um elemento ou um aspecto: uma tribo, uma raça, uma igreja, um Estado, a grande sociedade dos vivos e dos mortos e dos que ainda estão por nascer. Essa entidade é então identificada com o ego “verdadeiro” que, impondo sua própria vontade coletiva ou “orgânica” sobre os “membros” recalcitrantes, consegue a sua (e, em consequência, a deles) própria liberdade “superior”. (BERLIN, 1981, p. 15)

A liberdade positiva pode ser, dessa forma, um risco à liberdade negativa. E mesmo quando constituída por um ideal de justiça ou simplesmente por concepções mais amplas de igualdade, explica porque é objeto constante de refutação por parcela significativa dos liberais. Uma vez que, “adotado esse ponto de vista, é possível ignorar as verdadeiras aspirações dos indivíduos ou sociedades e oprimi-los e torturá-los em nome de seus egos verdadeiros.” (BERLIN, 1981, p. 15).

O ceticismo de Berlin acerca do caráter profundamente diverso e irreconciliável acerca dos sentidos negativo e positivo da liberdade, pode ser corroborado, nessa perspectiva crítica, pela constatação de Pontes de Miranda de que os limites de atuação do Estado, teriam se expandido entre os teóricos do século XIX e XX. Para tanto, argumentou que o próprio interesse individual teria inspirado limites à liberdade, suscitando medidas de proteção que limitariam as liberdades em suposto benefício e efetivação da liberdade do indivíduo, confirmando essa hipótese pela apresentação de situações como o alcoolismo, o uso dos tóxicos, a prostituição e a vagabundagem, (MIRANDA, 2002, p. 377). Embora o referido autor não tenha explorado como se daria essa proteção e, ainda que não seja também possível determinar se autoral

ou meramente catalográfica sua constatação, é certo que se aproxima da incompatibilidade implícita em Berlin entre a liberdade positiva e a pluralidade de valores.

As noções negativa e positiva de liberdade também percorreram, portanto, caminhos distintos ao longo da história e emergem como concepções conflitantes a partir das definições endossadas acerca da constituição do indivíduo. Por outro lado, sendo a conciliação entre elas um fato inafastável para a estrutura formal-funcional do Direito Privado, pretende-se definir quando a liberdade negativa deve ser corroborada pela positiva e, se for o caso, revisitar essas concepções.

Para tanto, retoma-se a discussão acerca das liberdades fundamentais a partir do primeiro princípio de justiça liberal igualitário¹⁷⁶, especificadas na lista apresentada por Rawls¹⁷⁷ (2000, p. 345), quais sejam: liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa e; finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo império da lei.

Para que essas liberdades possam ser operacionalizadas em um sistema coerente, reduzindo o conflito entre elas, Rawls afirma que “a prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas” (RAWLS, 2000, p. 349). Percebe-se, portanto, que a prioridade conferida por Rawls às liberdades fundamentais abarca o sentido negativo da liberdade.

Por outro lado, a possibilidade de limitação da liberdade que emerge diante da necessidade de garantir um regime coerente de liberdades fundamentais iguais, implica na aceitação de que nenhuma delas é absoluta, não violando, porquanto, o status de prioridade que

176 Que constituem, recorda-se, bens primários. Ou seja, as liberdades fundamentais integram o referencial de justiça que deve ser satisfeito pelas instituições que integram a estrutura básica da sociedade, dentre as quais, notadamente o Direito Privado.

177 Ao tratar novamente do caráter prioritário daquele princípio sobre o segundo princípio de justiça.

lhes é conferido, quando para que combinem em um sistema coerente de liberdades fundamentais iguais ou se adaptem a certas condições sociais, elas são reguladas¹⁷⁸ (RAWLS, 2000, p. 349). A regulação da liberdade não afasta sua aceção negativa, mas permite a preservação dessa esfera de não ingerência e mostra-se, inclusive, compatível com o critério de intervenção sugerido por Mill ao apresentar o princípio do dano.

Os direitos e liberdades fundamentais na concepção política de justiça liberal igualitária são reafirmados na história do pensamento democrático e no foco por ele mantido na aquisição de liberdades específicas e garantias constitucionais que foram, mais tarde, encontradas nas várias cartas de direitos e declarações de direitos humanos, conforme observado por Rawls (RAWLS, 2000, p. 346). É o que se observa, especificamente, na Constituição da República de 1988¹⁷⁹, que assegura as liberdades políticas equitativas¹⁸⁰, a liberdade de consciência¹⁸¹, a liberdade de associação¹⁸², liberdades

178 Recorde a distinção necessária entre regulação e restrição explorada no Capítulo 3, seção 3.2, p. 73-74.

179 A confirmação dos direitos e liberdades fundamentais defendidos em regime prioritário no liberalismo igualitário, a partir da Constituição da República de 1988, apenas reafirma a compatibilidade da correlação que está sendo proposta e não tem o condão de prescindir daquele pressuposto teórico, uma vez que, conforme já suficientemente explorado, liberdade e igualdade são conceitos em disputa por correntes filosóficas diversas e divergentes entre si. Dessa forma, por ser o liberalismo igualitário firmado sobre o pressuposto constitucional democrático, tal como a Constituição da República de 1988, tem-se apenas uma premissa inicial de compatibilidade cuja derivação tem sido explorada em estágios dedutivos sequenciais.

180 Assim, dentre outros, exemplifica-se conforme o caput do art. 14, que dispõe que: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]” (BRASIL, 1988).

181 Assim, dentre outros, exemplifica-se conforme o art. 5º, incisos VI, pelo qual tem-se a inviolabilidade da “[...] liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”, pelo inciso VIII, segundo o qual “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;” e inciso IX, que assegura a liberdade de “[...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” (BRASIL, 1988).

182 Assim, dentre outros, exemplifica-se conforme art. 5º, inciso XVII, que assegura a plena “liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;” bem

relacionadas a integridade da pessoa¹⁸³, dotando-as, ainda, da garantia de inalterabilidade¹⁸⁴.

A defesa dessa lista específica de liberdades fundamentais e a prioridade especial que lhes é conferida, contudo, não decorre de uma mera descrição retrospectiva do regime de liberdades jurídicas ou tem por objetivo apenas arbitrar um esquema de prevalência entre elas. As referidas liberdades são apresentadas como condições necessárias ao desenvolvimento das capacidades da pessoa ao longo da vida, quais sejam, a capacidade moral e a capacidade racional que convergem para a concepção de pessoa no liberalismo igualitário e, que consequentemente, projetar-se-á para o Direito Privado.

A concepção de pessoa descreve “como os cidadãos devem ver a si mesmo e uns aos outros em suas relações políticas e sociais, da maneira especificada pela estrutura básica” (RAWLS, 2000, p. 354) e, por essa razão, é tão importante para delimitação das liberdades fundamentais iguais especificadas pela cooperação social pretendida.

A cooperação social afirma-se sobre o pressuposto do benefício mútuo. Para tanto, dois elementos derivam dessa concepção. O primeiro, refere-se à noção compartilhada de termos equitativos de cooperação e que é razoável esperar que todos aceitem reciprocamente. A partir deles, todos podem se beneficiar e compartilhar encargos comuns. O segundo elemento reside na concepção de racional e, dessa

como, inciso XVIII, que assegura “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; e inciso XX, pelo qual “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. (BRASIL, 1988).

183 Para tanto, ainda no caput do art. 5º, tem-se a “[...] inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”, posteriormente, no inciso III, a garantia de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; sendo “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, na forma do inciso X. Ademais, assegura-se, conforme o inciso XIII, o livre “[...] exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Garantia inafastável, não obstante, eventual restrição da liberdade de ir e vir, uma vez que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, na forma do inciso XLIX. (BRASIL, 1988).

184 Diante da inserção dessas garantias aos limites materiais impostos à reforma da Constituição da República, na forma do art. 60, § 4º. (BRASIL, 1988).

forma, revela o benefício que individualmente cada participante pode usufruir dos termos equitativos de cooperação. Nesse sentido:

Enquanto a noção de termos equitativos de cooperação é compartilhada, as concepções daquilo que os participantes consideram ser seu benefício racional em geral diferem. A unidade de cooperação social reside no fato de as pessoas concordarem com a noção de termos equitativos envolvida. (RAWLS, 2000, p. 355).

As pessoas são, portanto, consideradas igualmente capazes de serem membros cooperativos da sociedade ao longo de toda sua vida. Para tanto, são atribuídas a elas duas capacidades da personalidade moral:

Essas duas capacidades são a capacidade de ter um senso de justiça (a capacidade de respeitar termos equitativos de cooperação e, por de ser razoável) e a capacidade de ter uma concepção de bem (e, por isso, de ser racional). Detalhando mais, diríamos que a capacidade de ter um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e ser em geral motivado por um desejo efetivo de agir em função (e não apenas de acordo com) princípios de justiça, enquanto termos equitativos de cooperação social. A capacidade de ter uma concepção do bem é a capacidade de formar, revistar e tentar racionalmente realizar tal concepção, isto é, uma concepção do que consideramos que seja para nós uma vida humana digna de ser vivida. Uma concepção do bem normalmente consiste em um determinado sistema de objetivos e fins últimos, e de desejos que certas pessoas e associações, enquanto objetos de afeições e lealdades, floresçam. Também se inclui numa concepção dessa índole uma visão de nossa relação com o mundo - religiosa, filosófica ou

moral - por referência à qual esses fins e afeições são compreendidos. (RAWLS, 2000, p. 356).

As referidas capacidades morais constituem a condição necessária para que alguém seja considerado um membro pleno e igual na sociedade democrática e revelam-se, portanto, como um pressuposto que não é afetado por variações ou diferenças nos talentos e capacidades (RAWLS, 2000, p. 357). Assim, o status de liberdade igual conferido a todas as pessoas não é afetado à priori, contudo, as variações e diferenças afirmadas serão relevantes quando forem consideradas situações fáticas no interior da estrutura básica, para as quais tem-se as reivindicações de igualdade pautadas no segundo princípio de justiça. A importância de uma determinada liberdade, em todos os casos,

[...] pode ser explicada da seguinte forma: uma liberdade tem importância maior ou menor dependendo de seu envolvimento, num grau maior ou menor, no exercício pleno, bem-informado e efetivo das capacidades morais em um dos dois (ou ambos) casos fundamentais, ou na medida que é um meio institucional mais ou menos necessário para protegê-las. (RAWLS, 2000, p. 392).

As liberdades fundamentais constituem, portanto, bens primários considerados necessários ao desenvolvimento das capacidades morais das pessoas. A liberdade de consciência, notadamente, confere às pessoas a capacidade de ser racional, ou seja, a capacidade de ter uma concepção de bem. O desenvolvimento e exercício adequado dessa capacidade constitui um meio pelo qual a pessoa poderá alcançar seu projeto de vida, fundada em sua própria concepção de vida boa,

satisfazendo ainda os requisitos do auto respeito e corroborando para a afirmação dos princípios de justiça¹⁸⁵. Desse modo:

O auto respeito baseia-se em nossa autoconfiança enquanto membros plenamente cooperativos da sociedade, capazes de tentar realizar uma concepção do bem merecedora de respeito ao longo de toda a vida. Desse modo, o auto respeito pressupõe o desenvolvimento e exercício de ambas as capacidades morais e, por isso, um senso de justiça efetivo. A importância do auto respeito é que ele proporciona um sentimento seguro do próprio valor, uma convicção firme de que vale a pena procurar realizar nossa própria concepção do bem. Sem auto respeito, nada parece valer a pena e, mesmo que certas coisas tenham valor para nós, não temos vontade de procurar realizá-las. (RAWLS, 2000, p. 374),

Tem-se assim, pela liberdade de consciência não vinculada a concepções de bem específicas, a possibilidade de efetivação da capacidade moral, uma vez que a “[...] liberdade de se enganar e de cometer erros, está entre as condições necessárias para o desenvolvimento e exercício dessa capacidade [...]” (RAWLS, 2000, p. 368). A referida definição é importante para que o sentido de liberdade positiva lido por Isaiah Berlin a partir das teorias conflitantes sobre a liberdade, possa ser imediatamente refutado no interior do liberalismo igualitário, uma vez que repele pelos seus próprios fundamentos, qualquer possibilidade de que sejam impostas, pela restrição à liberdade, uma razão normativa sobre bem viver.

185 A razão pela qual atribui-se aos princípios de justiça o poder de efetivar o auto respeito, decorre do fato de que “ao defender publicamente as liberdades fundamentais, os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada expressam seu respeito mútuo uns pelos outros enquanto indivíduos razoáveis e dignos de confiança, assim como seu reconhecimento do valor que todo os cidadãos atribuem à própria forma de vida”. (RAWLS, 2000, p. 375).

A liberdade de consciência permite que as pessoas afirmem seu próprio modo de vida e deliberem a respeito dele, apropriando-se de suas próprias concepções de bem, sejam elas singulares ou decorrentes da tradição, religiosa, filosófica ou moral, pelas quais tornam-se associativas. Nesse sentido “o que professamos é uma tradição que incorpora ideais e virtudes que passam nos testes de nossa razão e que correspondem a nossos desejos e afeições mais profundos.” (RAWLS, 2000, p. 369).

Ressalta-se ainda que, não há qualquer problema teórico na aceitação acrítica de qualquer crença eventualmente professada por alguém, “pois segundo a visão liberal não há uma avaliação política ou social das concepções de bem que estejam dentro dos limites permitidos pela justiça.” (RAWLS, 2000, p. 369).

A liberdade de consciência e de associação que dela é correlata, sustentam-se pela liberdade e integridade da pessoa. Com isso, pretende-se ressaltar a liberdade fundamental igual das pessoas de não serem escravizadas, garantindo sua liberdade de movimentação e ocupação. Finalmente, são pelos direitos e liberdade abarcados pelo império da lei que as liberdades precedentes são garantidas. Porquanto, “a posse dessas liberdades fundamentais especifica o status comum e garantido dos cidadãos iguais numa sociedade democrática bem-ordenada.” (RAWLS, 200, p. 391).

Há um vínculo importante entre o império da lei - originado da justiça formal e da condução imparcial e regular do sistema de leis de ordem pública¹⁸⁶ - e a liberdade. A liberdade, enquanto um complexo de direitos e deveres definidos pelas instituições, especifica os limites de seu exercício sem interferência. Porquanto, a confiança na posse e no exercício dessas liberdades dependem da preservação do império da lei (RAWLS, 2016, p. 290-300). Ademais, “se as liberdades fundamentais

186 Sistema legal que estabelece normas de ordens públicas para pessoas racionais com o propósito de orientar sua conduta e prover a estrutura da cooperação social e para o qual, devem também voltar-se os preceitos de justiça. (RAWLS, 2016, p. 290-293).

de alguns são restringidas ou negadas, a cooperação social com base no respeito mútuo torna-se impossível.” (RAWLS, 2000, p. 394).

A liberdade não é, em todo caso, puramente formal ou inteligível apenas a partir de seu sentido negativo, conforme previamente antecipado. A combinação entre a liberdade fundamental e o valor da liberdade, expressa na combinação entre a liberdade e a igualdade, expressa-se, como explorado anteriormente, pelo princípio da diferença que objetiva regular os bens primários e, especialmente, pela distribuição de direitos e liberdades fundamentais iguais que constituirão as bases sociais do auto respeito, desde que as instituições sociais, presentes na estrutura básica da sociedade, viabilizem o desenvolvimento e exercício das capacidades morais oriundas da concepção de pessoa, quais sejam, de ser racional e de ser razoável.

Isso posto, pretende-se esclarecer a relação entre a liberdade negativa, que demarca a estrutura formal do Direito Privado, e a liberdade positiva, que deverá contribuir para conferir ao Estado o papel promocional diante das liberdades fundamentais sem que, contudo, imponha coercitivamente qualquer concepção de vida boa ou doutrina abrangente do bem, seja religiosa, filosófica ou moral.

Para tanto, a liberdade positiva deve estar adstrita às situações propostas de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva no Direito Privado, quais sejam: a) limitações de conteúdo dispositivo nas transações voluntárias, a fim de que não sejam admitidas violações a liberdades fundamentais; b) disposições regulatórias desiguais de liberdades sempre que, presente alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias; c) promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade; d) restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade.

Pela primeira, tem-se uma intervenção na liberdade individual que, ao ser imposta, invariavelmente culminará na proteção da pessoa em detrimento da própria liberdade negativa. Impondo, portanto,

sua defesa no paradigma crítico de Isaiah Berlin acerca da liberdade positiva.

Para que seja compreendida a extensão da legitimidade do Estado, nesse caso, importante que seja retomada a afirmação de que as liberdades fundamentais correspondem a uma lista específica e prioritária de liberdades que, compreendem, especialmente no panorama das relações privadas, a liberdade de consciência e de associação, bem como, as liberdades relacionadas à integridade da pessoa. Além disso, tem-se que a importância conferida as liberdades descritas encontra-se imediatamente vinculada ao exercício pleno e efetivo das capacidades morais, ou ainda, da necessidade de sua proteção.

Dito isso, o que a liberdade positiva irá influir na formação jusprivatista da liberdade, nesse caso, consistirá na restrição do poder dispositivo da liberdade de consciência ou das liberdades relacionadas à integridade da pessoa, em caráter total e permanente, liberdades relacionadas, respectivamente, ao desenvolvimento livre sobre a mente e sobre o próprio corpo. Significa dizer que, ninguém poderá, ainda que em uma relação voluntária, dispor da própria consciência ou do próprio corpo, a ponto de tornar-se sujeito às concepções de bem alheias às próprias, no autoflagelo de sua personalidade, bem como, não poderá aceitar tornar-se escravo de outrem. As restrições justificam-se e, simultaneamente, afastam-se do sentido positivo de liberdade apresentado por Berlin, em sua aceção crítica, uma vez que são indispensáveis para que se assegure, inclusive, os espaços de não intervenção, ou de liberdade negativa. Em outras palavras, as restrições impostas às liberdades fundamentais, nesse caso, se justificam pela sobrevida da liberdade.

E mesmo na defesa enfática da liberdade negativa, conforme abstrai-se dos escritos de Mill, tem-se fundamento para sustentar a restrição sugerida ao constatar-se que a pessoa:

[...] ao vender-se como escrava, abdica da sua liberdade; priva-se de qualquer uso futuro dela,

depois de acto único. Invalida assim, no seu caso, o próprio objetivo que constitui a justificação para a permitir dispor de si mesma. Deixa de ser livre: passa a estar a partir daí, numa posição em que já não tem a seu favor o facto de permanecer nessa posição voluntariamente. O princípio da liberdade não pode exigir que tenha a liberdade de não ser livre. Poder abdicar da liberdade não é liberdade. (2016, p. 171-172).

A segunda situação refere-se à possibilidade de regular a liberdade, novamente em ato interventivo, para que sejam determinados comandos positivos de seu exercício sempre que, presente alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias. A excepcionalidade da liberdade positiva, nesse caso, se justifica, portanto, diante do potencial lesivo que a liberdade negativa pode representar a determinadas situações ou relações jurídicas.

Para tanto, uma noção complementar torna-se necessária, qual seja, a de vulnerabilidade, compreendida como “a situação jurídica subjetiva na qual seu titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado [...]” em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial. A diferença entre as duas situações consiste no patrimônio jurídico imediatamente ameaçado, pelo primeira, o risco fica vinculado ao patrimônio do titular e se traduz numa posição contratual assimétrica e, pela segunda, o risco de lesão afeta imediatamente a personalidade do titular, impondo, por conseguinte, comandos positivos diferenciados para tutela dessas situações e traduzidos, mais tarde, preferencialmente em “a) comandos reforçados por prêmios; e b) comandos reforçados por castigos [...]” (BOBBIO, 2007, p. 7).

Os comandos referidos deverão ser direcionados a parte que não estiver em posição de vulnerabilidade, interferindo, portanto, diretamente na sua liberdade negativa para, que por esses comandos, efetive transversalmente a tutela das pessoas mais suscetíveis de serem lesionadas nas relações jurídicas que eventualmente assumirem.

Algumas pessoas foram presumidas vulneráveis pelo sistema jurídico, assim, possível exemplificar a intervenção sugerida a partir das normas de Direito Privado aplicáveis exclusivamente na relação entre empregador e empregado, fornecedor e consumidor, dada a vulnerabilidade pressupostas desses últimos, além das normas derivadas do regime protetivo conferido à pessoa com deficiência, à criança e ao adolescente, ao idoso, dentre outras pessoas cuja situação jurídica inspire a intervenção sugerida. Não obstante, o conceito amplo da vulnerabilidade vinculado a uma situação jurídica e não a pessoas determinadas permite sua expansão para além das hipóteses legais.

Ressalte-se, em todo caso, que a intervenção proposta como legítima, não se confunde com qualquer hipótese de restrição à liberdade, seja da pessoa vulnerável ou ainda, daquele que com ela pretende firmar uma relação jurídica. Para sustentar a afirmação formulada, recorda-se que a restrição da liberdade reflete na supressão da esfera central do exercício de uma liberdade fundamental, afastando-se, portanto, da regulação proposta e entendida como necessária para um esquema coerente de liberdades e não liberdades (RAWLS, 2000, p. 349-350) Assim sendo, há uma regulação de duas esferas de liberdade, cujos titulares são ou não, em alguma medida vulneráveis e, a partir dessa constatação, tem-se uma organização coerente de comandos para que as liberdades fundamentais não se tornem, reciprocamente, lesivas¹⁸⁷.

A terceira situação consiste na promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade. A referida hipótese se aproxima da anterior e, por questão de brevidade, portanto, será analisada mais detidamente a partir daquilo que diverge da proposta que a antecedeu, reaplicando, naquilo que possível, as conceituações e perspectivas já apresentadas. Isso posto, enfatiza-se a importância, nesse caso, da preocupação com a maximização

187 Há, nesse ponto, uma clara inspiração do princípio do dano de John Stuart Mill.

do valor da liberdade de alguém em vulnerabilidade patrimonial ou existencial, pela qual pretende-se retroceder nessa análise até o momento imediatamente anterior ao da celebração de uma relação jurídica, qual seja, o momento no qual ocorre a expressão da vontade para aquela ou, simplesmente, é desenvolvida a capacidade moral de ser racional, ou seja, capacidade de ter uma concepção de bem e de vida boa e realizar-se nos termos dela.

Para tanto, é objeto não se trata de uma intervenção na liberdade individual, mas na promoção, pelo sistema legal jusprivatista, da maximização do valor da liberdade¹⁸⁸, pela tutela diferenciada e distintiva das situações patrimoniais e existenciais, bem como, das relações jurídicas que delas se originam.

Por fim, a restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade, tem o referencial de legitimidade verificado exclusivamente da perspectiva do titular da liberdade cujo potencial demonstra-se lesivo. Trata-se, portanto, nesse caso, da possibilidade de estabelecimento prévio de espaços de não liberdade quando a conduta defesa estiver diretamente relacionada a uma supressão ou redução da esfera central de uma liberdade fundamental. A restrição, portanto, não é imposta em benefício do próprio titular, mas de outrem, cuja liberdade negativa possa ser ou estar sendo violentamente ingerida. Para tanto, sugere-se que seja efetivada por intermédio de “proibições reforçadas por prêmios; e proibições reforçadas por castigos.” (BOBBIO, 2007 p. 7).

Diante de tudo que foi exposto acerca da liberdade individual e da prioridade das liberdades fundamentais vinculadas ao desenvolvimento da personalidade moral e das capacidades que subscrevem a concepção de pessoa no liberalismo igualitário e, a partir dele, no Direito Privado, pelas quais tem-se especificamente a capacidade de ser racional e de ser razoável, retoma-se a prioridade

188 Conforme anteriormente apresentado, embora não existam liberdades menores, existem proveitos menores ou meramente formais de liberdade, dessa forma, apenas a liberdade política é equitativa (RAWLS, 2000, 386-387), motivo pelo qual arranjos distributivos podem promover um maior proveito da liberdade.

da liberdade de consciência e de associação que dela é correlata, igualmente sustentadas pela liberdade e integridade da pessoa, para projetar uma concepção de liberdade sexual que reflita a liberdade de movimentação e ocupação, ressaltando a liberdade fundamental igual das pessoas de não serem escravizadas, umas pelas outras ou por concepções de bem impostas coercitivamente em detrimento de sua capacidade de assumir uma concepção própria de sexualidade boa e dirigir a própria vida de acordo com ela.

Para tanto, a liberdade sexual, que constituiu o objeto do dissenso feminista e antes disso, do poder e controle coercitivamente impostos pelo discurso científico e pelos fundamentos religiosos que implicitamente o constituíram, deve emergir da sexualidade enquanto conjunto não coordenado entre os sexos, os gêneros, os desejos e os comportamentos sexuais e constituir, normativamente, um regime coerentemente e suficientemente abrangente para ela, dada sua construção multifacetada e profundamente fluída.

Nessa conjectura, por tudo que foi afirmado acerca da sexualidade em suas inapreensíveis formatações, é possível deduzir a sua vinculação a liberdade de consciência e a integridade da pessoa, pelas quais é ela própria afirmada fundamental, uma vez que uma restrição à liberdade de autodeterminação sexual ou de gênero, bem como uma normalização acerca do desejo e dos comportamentos sexuais normativamente toleráveis e, por essa razão, reputados lícitos, legítimos e válidos, em detrimento de outras formas de expressão de desejo e direcionamento do comportamento sexual, implicam imediatamente na restrição da esfera central da liberdade de consciência, uma vez que impede que as pessoas exerçam sua capacidade de ser racional, ou seja, a capacidade de ter uma concepção de sexualidade boa e, por conseguinte, implica na supressão das liberdades relacionadas à integridade da pessoa.

Isso posto, sendo a prostituição compreendida no horizonte de possibilidades emergentes da liberdade sexual e firmada por relações negociais e, especificamente, realizável pela liberdade igual de contratar que permanece preservada na estrutura formal-funcional do

Direito Privado e expressa pela acepção da justiça recíproca, espécie particular de justiça que informa a justiça comutativa, pretende-se projetá-la no design institucional da autonomia privada, uma vez pressuposta que, embora toda expressão de autonomia derive de uma garantia de liberdade, nem toda liberdade ascende para uma expressão de autonomia privada, mas que, ao fazê-lo, incorpora regime jurídico compatível com aquela primeira, notadamente, no que se refere as esferas legítimas de alocação da liberdade que culminam em instâncias de regulação ou restrição, conforme exposto a partir da liberdade positiva, negativa e da delimitação de espaços de não liberdade.

4.2 O PODER JURÍDICO CONFERIDO PELAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA PRIVADA: UMA REVISÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS DE PERSONALIDADE

A liberdade ou as liberdades individuais fundamentais se aproximam, intuitivamente, de uma noção implícita nos discursos jurídicos acerca da autonomia da vontade e/ou privada, sobretudo, quando colocadas em perspectivas situações subjetivas existenciais. A redutibilidade desses conceitos não ocorre, contudo, ao acaso. O percurso filosófico da liberdade ao atingir o seu apogeu político em 1789, com Declaração de direitos do homem e do cidadão¹⁸⁹, aprovada durante a revolução francesa, apenas viu a individualidade florescer com uma profusão de direitos individuais na modernidade¹⁹⁰ e especificamente, para o Direito Privado, a partir do Código de Napoleão de 1804.

189 A expressão “direitos humanos” surgiu após 1789 e no início, para mais passivo e menos político do que os direitos naturais, como eram referenciados antes de 1789 ou direitos do homem, expressão própria do contexto histórico da declaração (HUNT, 2009, 7-12).

190 Uma vez que, conforme sustenta Lynn Hunt (2009, p. 15): “Para ter direitos humanos, as pessoas deviam ser vistas como indivíduos separados que eram capazes de exercer um julgamento moral independente.”

Conquanto, é a propriedade que parece orquestrar a liberdade¹⁹¹ e a vontade no Código Civil francês, conforme infere-se do discurso que fundamenta a filosofia do código, elaborado por Portalis, que ao defender a importância da legislação, argumentou que as leis civis representariam “o paládio da propriedade e a garantia de toda a paz pública e privada” (PORTALIS, 2014, p.11). O mesmo pode ser observado, por inspiração imediata do direito civil francês, no Código Civil brasileiro de 1916, orientado, segundo Clóvis Beviláqua (1906, p. 169), autor do projeto, pelas aspirações do direito moderno, quais sejam, o fortalecimento das noções de propriedade individual, autonomia e excepcionalidade da limitação da liberdade negocial.

A demanda por liberdade e igualdade que inspirou o Código de Napoleão de 1804, teria inspirado, ainda, os juristas que o interpretaram e dele extraíram uma força propulsora para defesa da autonomia da vontade (GORDLEY, 1994), dada a garantia normativa conferida pelo artigo 1.134 aos contratos, e pela qual eles tornavam-se vinculativos para as partes e inafastáveis unilateralmente por qualquer delas ¹⁹². O referido dispositivo foi reproduzido pelos códigos oitocentistas, firmando-se universalmente como o fundamento da autonomia volitiva no Direito Privado¹⁹³, e representava, em contrapartida:

191 Registra-se que não há referência explícita a autonomia no discurso de Portalis, corroborando para afirmação de James Gordley (1994), Lynn Hunt (2009, p. 16) e Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2004, p. 117), segundo os quais uma teoria centrada na autonomia não teria emergido claramente até o fim do século XVIII e início do século XIX, quando passou a ser tradicionalmente associada a Immanuel Kant, a partir da obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785.

192 Conforme infere-se do artigo 1134 do Código civil francês: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* (1804)

193 Nesse sentido, Otávio Luiz Rodriguez Jr. relaciona com a identidade do conteúdo do Código francês de 1804, o Código Civil italiano de 1865 que pronunciava que: “Os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os fizeram., O Código Civil Português de 1867, que no art. 702, estabelecia: “Os contratos, legalmente celebrados, devem ser pontualmente cumpridos; nem podem ser revogados ou alterados senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvo as exceções especificadas na lei”. E ainda, o art. 1.953 do Esboço de Código Civil: “Os contratos válidos têm força de lei para as partes contratantes” (RODRIGUES JR., 2004, p. 119; 128).

[...] a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade. Sua afirmação encontra grande justificativa nos conflitos entre o Antigo e o Novo Regime, o Absolutismo e a Revolução; os contrastes entre os calções e as perucas empoadas dos homens do Setecentos e as calças e as roupas escuras dos representantes do Oitocentos. (RODRIGUES JR, 2004, p. 123).

Para tanto, o desenvolvimento de uma teoria da autonomia da vontade, como princípio jurídico e concepção filosófica, entre os séculos XVIII e XIX, esteve pautado na tentativa de construção da vontade sob uma perspectiva psicológica e/ou subjetiva¹⁹⁴, e na sua afirmação como um poder estabelecido aprioristicamente na ordem jurídica¹⁹⁵, permitindo sua estruturação dogmática e autossuficiente, uma vez que “[...] a autonomia é marcada, desta forma, por uma natureza voluntarista, cujo foco é a vontade compreendida em si mesma [...]” (POMPEU, 2015, p. 102).

A proteção da vontade com o rigor pretendido por essa abordagem, firmava-se ainda sobre o pressuposto conferido pelo liberalismo clássico a circulação de riquezas enquanto instrumento de realização da justiça. Porquanto, “a vontade em si mesma ganha peso especial para possibilitar o pleno desenvolvimento do direito de propriedade” (POMPEU, 2015, p. 103).

A concepção da autonomia, nessa perspectiva¹⁹⁶, é perceptível, ainda, pela vinculação histórica “[...] deste conceito com os de sujeito jurídico e de propriedade” (PRATA, 2016, p. 9), imprestável diante da implantação do modo de produção capitalista e que teria demandado,

194 Segundo a distinção formulada entre a autonomia da vontade e a autonomia privada por Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 213).

195 Conforme observa Luigi Ferri (2001, p. 4) na revisão de leitura que faz e lança no rodapé dos seus pressupostos introdutórios de desenvolvimento, para refutar a autonomia privada como fenômeno externo ao direito e meramente reconhecida por aquele.

196 Notadamente marcada pela influência liberal e, a partir dessa, pelos juristas que a teriam lido nos códigos oitocentistas no século XIX.

portanto, a expansão desses conceitos para que o trabalhador, não obstante, excluído do sistema de apropriação privada de bens, pudesse ser considerado sujeito de direito, a fim de que lhe fosse reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, pressupostos necessários para a validade do contrato de trabalho que se pretendia estabelecer entre ele e o proprietários dos meios de produção. Com efeito:

É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo; e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu caráter na realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio jurídico da vontade livre. (PRATA, 2016, p. 11).

O impulso filosófico recebido pela autonomia da vontade em sua conotação subjetiva e psicológica, por outro lado, decorre da sua associação à filosofia de Immanuel Kant e, especialmente a concepção por ele formulada acerca da autonomia moral¹⁹⁷, a partir da obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, publicada em 1785. Contudo, a derivação da autonomia moral para a autonomia da vontade, concepção proeminentemente jurídica, não foi esclarecida, tampouco parece ter sido objeto de uma correlação teórica que a vinculasse aos fundamentos do Direito Privado na modernidade ou

197 A vontade autônoma parece aqui como produto originado da necessária desvinculação de qualquer interesse, pautada apenas pela moralidade e efetivada pela liberdade, disso decorre que: “Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos.” (KANT, 2007, p. 102).

delimitasse os efeitos da sua introdução¹⁹⁸ para além do reducionismo praticado na afirmação da autonomia como mera ausência de coerção ou heteronomias.

Por essa razão, estaria perceptível sua inadequação diante do substrato teórico jusprivatista, pelo qual afirma-se que “o descompasso filosófico da autonomia liberal ou, em cotejo, da construção kantiana, reside em considerar como ato autônomo apenas aquele realizado por vontade sem a interferência de qualquer aspecto heterônomo, como tendências, inclinações, expectativas, etc.” (POMPEU, 2015, p. 103). Porquanto, desconsidera a autonomia na complexidade que a constitui, inclusive, pelos elementos de heteronomia que conduzirão, em menor ou maior intensidade, a intencionalidade dos sujeitos nas relações jurídicas.

Ademais, a autonomia da vontade na perspectiva psicológica e subjetiva na qual é projetada, é categoricamente inapreensível, e ainda que intentado o seu alcance, privilegiada a vontade, e não a declaração como regra para verificação de efeitos jurídicos, ter-se-ia a instituição da insegurança negocial¹⁹⁹. Por outro lado, a defesa da autonomia da vontade como instituto externo ou pré-jurídico é também refutável por um raciocínio dedutivo mais simples, qual seja, se o contrato obriga porque a lei assim impõe, então é a lei que conduz a autonomia e não o inverso.

O ceticismo dirigido a autonomia da vontade tem, contudo, origens mais abrangentes e reivindicações mais amplas após a 1ª e 2ª guerras mundiais e que agora proclamavam pela intervenção

198 Que a vontade autônoma possa constituir um ideal moral não se refuta, contudo, que ela deve ser pressuposta para a justificação normativa da autonomia no Direito Privado, não parece ainda conclusivo. Ressalte-se ainda que, não obstante a relevância da filosofia kantiana, ela apenas emerge no século XVII, assim, o falecimento do filósofo que ocorreu, inclusive, no ano de promulgação do Código francês, em 1804, não parece ter repercutido entre os seus redatores, por todos os fundamentos explorados no Capítulo 3, razão pela qual, sua filosofia não será objeto de maior detalhamento no presente trabalho.

199 Porquanto se afirmará que a força vinculante que decorre da norma negocial é originada da vontade tornada objetiva pelos sujeitos (FERRI, 2001, p. 64). Não se trata, pois, de uma discussão acerca da interpretação dos negócios jurídicos cuja complexidade excederia os objetivos dessa exposição.

multidirigida do Estado²⁰⁰ na promoção de direitos sociais e que foi especialmente notada, no século XX, nas constituições do segundo pós-guerra (SARLET, 2017, p. 342), refletindo imediatamente nas aspirações lançadas sobre o Direito Privado, porquanto:

O século XIX, com a igualdade formal, a liberdade que se realizava apenas nos diplomas constitucionais e a fraternidade retórica, foi confrontado com as exigências de um século XX pulsante e incontrollável, contestador e céptico, descrente na capacidade humana de resolver seus problemas individualmente. (RODRIGUES JR, 2004, p. 123).

Ao Direito Privado, nessa conjectura, coube a flexibilização da presunção de igualdade formal em contratos nos quais uma das partes era presumida, pelas circunstâncias históricas e presentes, vulnerável em relação a outra, posição notadamente assumida pelo consumidor diante do fornecedor e do trabalhador diante do empregador, sem, contudo, afastar-se do referencial da justiça comutativa, fim precípua desse rearranjo de posições jurídicas e baliza inafastável da liberdade positiva. O direito civil, por sua vez, dentre outras mudanças singelas, resgatou a cláusula *rebus sic stantibus*²⁰¹, sob a forma de teoria da

200 Lynn Hunt(2007, p. 138), sobre esse período violento da história e de evidente desrespeito e desprezo pela vida humana, que antecedeu a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, destaca como as garantias asseguradas por esse instrumento internacional avançaram em relação àquelas da declaração francesa de 1789: “A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares.”

201 Pelo que afirma Otavio Luiz Rodrigues Jr(2004, p. 125), que o século XX teria sido, no que concerne a sua pretensão revolucionária diante do Direito Privado e,

imprevisão, sinalizando a resolubilidade contratual como instrumento de equilíbrio das relações jurídicas, conforme sugere Miguel Reale (2002, p. 4-5) ao exaltar os reflexos da função social e eticidade no Código Civil de 2002.

A resistência ao Estado Liberal e a demanda heterogênea oriunda do Estado Social impõem uma releitura da autonomia da vontade “tão própria que repudiará o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada” (RODRIGUES JR, 2004, p. 121). Por essa razão e, mais, por acreditar-se que aqueles que se referem a autonomia da vontade pretendem enfatizar uma vontade real ou psicológica que conduzirá os efeitos do negócio jurídico (FERRI, 2001, p. 5), que será utilizada a designação da autonomia privada como referência a espécie de liberdade individual que é objeto de regulação e restrição pelo Direito Privado.

Isso posto, observa-se que o nexo entre a liberdade e a propriedade na transformação econômica e social que antecedeu a autonomia na ordem jusprivatista, influenciou significativamente na conceituação jurídica atribuída a autonomia privada. Dessa forma, na interpretação de Luigi Ferri (2001, p. 7), a autonomia privada constitui-se como “manifestação de poder e precisamente do poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas”. E, no mesmo sentido, Bruno Torquato de Oliveira Naves (2014, p. 96-97), Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 74), Francisco Hupsel (2016, 76-77), Francisco dos Santos Amaral Neto (1989, p. 213).

Nesse contexto, o negócio jurídico emerge como manifestação imediata da autonomia privada. Com o que corrobora Ana Prata ao afirmar que:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade

especificamente, do direito civil, pródigo em tal intento, uma vez que teria resgatado a velha cláusula *rebus sic stantibus* com ares de novidade.

(designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (PRATA, 2016, p. 13).

Com efeito, “o fenômeno da autonomia privada é, portanto, visto em seu aspecto de limitação ou autolimitação do arranjo estatal, que deixa espaços em que a atividade normativa dos indivíduos pode ser inserida.” (FERRI, 2001, p. 9). Percebe-se, assim, que a autonomia privada é uma expressão limitada da liberdade individual, inclusive, das liberdades fundamentais²⁰², uma vez que representaria o denominado na equação pressuposta entre liberdade negativa e liberdade positiva, erigindo-se nos espaços regulados pela liberdade e já demarcada pelas hipóteses restritivas daquela. Nesse sentido, Ana Prata (2016, p. 14-15) esclarece que:

Poderia parecer estarmos em presença de uma realidade conceitual ampla, qualificativa de toda a atividade livre do homem, isto é, que autonomia privada e liberdade de ação humana seriam uma única coisa. Isso não é verdade por razões de várias ordens. Por um lado, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, bem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial.

A liberdade negocial que fomenta, portanto, a instrumentalidade conferida à autonomia privada, apresenta-se

202 Significa dizer que nem toda expressão de liberdade resvala no âmbito da autonomia privada. Quando alguém professa uma religião, por exemplo, ou se locomove sem intermédio de terceiros, encontra-se no exercício da liberdade de consciência e locomoção, respectivamente. Situações fáticas, contudo, sem relevância jurídica, uma vez que não repercutem em qualquer outra esfera de liberdade, positiva ou negativamente. Não constituindo, portanto, situações nas quais é imprescindível a mediação entre esferas de liberdade, pela alocação restritiva ou regulatória derivada da autonomia privada.

como um conceito extensivamente adequado a subsumir situações patrimoniais e existenciais, em um sistema propício ao desenvolvimento da autonomia por um referencial distinto daquele perseguido pela liberdade econômica. Disso infere-se que:

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. (PERLINGIERI, 2007, 276-277).

Pelo exposto, a concepção proposta da liberdade sexual²⁰³ enquanto liberdade fundamental de autodeterminação sexual e/ou de gênero, bem como livre desenvolvimento do desejo e dos comportamentos sexuais por aqueles inspirados, não é suficiente, per si, para delimitar as expressões alcançadas pela autonomia privada no horizonte amplo e multifacetado no qual se constitui e desenvolve a sexualidade. Por essa razão, a qualificação jurídica da autonomia privada, bem como o regime que dela se origina para conferir um esquema coerente e qualitativamente diverso entre relações jurídicas existenciais e patrimoniais, constituem-se como pressupostos indelegáveis para proposição dos fundamentos e/ou critérios de alocação, pela autonomia privada, na regulação ou restrição da liberdade sexual negocial.

203 Apreensível ao final da seção 4.1, do Capítulo 4.

Para avançar, portanto, é necessário compreender dois aspectos inter-relacionados da autonomia privada: a autonomia privada como direito subjetivo e como instrumento da liberdade negocial²⁰⁴.

O negócio jurídico que ascende a partir da autonomia privada é compreendido como fonte normativa e, nesse sentido, como uma manifestação de normas jurídicas que se refletem a partir do seu conteúdo²⁰⁵. É por intermédio do negócio jurídico que as partes regulam os seus interesses. Isso posto, tem-se que a autonomia se expressa a partir da coincidência entre o sujeito do negócio e o sujeito do interesse regulado naquele (FERRI, 2001, p. 27; 81). A autorregulação de interesses é, contudo, objeto de prévia alocação restritiva ou regulatória, cujo fundamento reside:

[...] em uma atribuição de poder normativo aos indivíduos, feita por uma norma mais elevada, e supõe uma autolimitação dos poderes normativos supraordenados. A autonomia é, nesse aspecto, um espaço reservado ao poder normativo dos indivíduos, mas não de cada indivíduo em particular (e aqui está a chave), mas de todos indivíduos indeterminadamente. Não há tantas autonomias privadas como há indivíduos, mas uma autonomia privada única. Cada indivíduo tem, por outro lado, uma legitimação própria, que pode ser definida como a quantidade de autonomia privada que cada um pode exercer sem prejudicar os direitos de outros indivíduos ou pessoas privadas. (FERRI, 2001, p. 81-82).

204 Ana Prata (2016, p. 17) afirma que se tratam de elementos essenciais, uma vez que os mecanismos jurídicos atribuídos aos sujeitos de Direito Privado para tutela de seus interesses estruturam-se a partir da noção de direito subjetivo e da liberdade negocial.

205 A compreensão de normas jurídicas tem, nessa conjectura, um sentido amplo e, no referencial de Luigi Ferri (2001, p. 27; 85), incluem as normas de conteúdo individual, ou seja, dirigidas a pessoas concretas e determinadas. Trata-se de norma autônoma, ou ainda, mera projeção objetiva da autonomia do poder que incumbe ao indivíduo.

Disso extrai-se que não há um limite à autonomia privada, mas é a própria autonomia privada o resultado dos limites que integram a restrição e a regulação da liberdade individual, em sua acepção negativa e positiva. Dito de outra forma, significa dizer que a autonomia privada é, por si, instrumento de mediação das liberdades individuais nas relações jurídicas constituídas pelos sujeitos. Razão pela qual é o fundamento pelo qual se nega ou reconhece, portanto, o poder normativo dos sujeitos, que deve ascender para uma verificação de legitimidade mais ampla e, para tanto, cambiar-se-á em algum momento para o aspecto substantivo do Direito Privado, para os fundamentos dessa alocação que ingere imediatamente nas alternativas disponíveis aos sujeitos no horizonte da justiça comutativa.

A autonomia privada afirma-se, portanto, como um poder de disposição que tem no negócio jurídico, seu correlato imediato, a manifestação desse poder normativo conferido aos sujeitos (FERRI, 2001, p. 88; 246-253). A restrição ou redução da liberdade pode, assim, subtrair ou reduzir o conteúdo disponível pelas partes. O poder de disposição é, pois, resultado de uma distribuição de âmbitos de incidência da autonomia privada.

O direito regulamenta e restringe a liberdade para garantir a cada um âmbito de liberdade compatível com a liberdade dos demais. Disso decorre o conceito de direito subjetivo como uma relação entre pelo menos duas pessoas²⁰⁶, pela qual torna-se oponível a outrem, uma vez que se origina de uma relação sempre anterior, a do direito sobre um objeto, sobre uma coisa pertencente ao sujeito. Uma dessas pessoas é sujeito *de* direito, sendo as outras pessoas obrigadas a respeitarem o direito *do* sujeito (DABIN, 2006, 124). Esse âmbito de liberdade constitui o núcleo do direito subjetivo e, esse, por sua vez, emerge das

206 Argumento a partir do qual distingue-se as pessoas envolvidas nessa relação em sujeito ativo e passivo, designando, respectivamente, o titular do direito e aquele obrigado pelo direito ou sujeito de obrigação. Por esse vínculo tem-se, de um lado, uma faculdade e de outro, um dever. (DABIN, 2006, p. 124).

consequências e efeitos das normas jurídicas atribuíveis aos sujeitos de direito²⁰⁷, significa dizer que:

O direito subjetivo é a prerrogativa, concedida a uma pessoa pelo direito objetivo e garantido por meio de direitos, de dispor como proprietário de um bem que é reconhecido como pertencente a ele [...]. Naturalmente, essa pertinência e esse domínio só existem nos limites mais ou menos estritos, de extensão ou mesmo de finalidade, que lhes atribuem o direito objetivo. Mas dentro desses limites o titular do direito subjetivo, tem controle total de seu bem. (DABIN, 2006, p. 121)

Dito de outra forma, o direito subjetivo configura o “poder da vontade ou faculdade de agir para a satisfação de um interesse próprio, tutelado pela lei.” (MEIRELES, 2009, p. 21). O sujeito de direito converge, portanto, para a concepção de personalidade jurídica e é essa última o fundamento e o pressuposto pelo qual a pessoa se torna titular de direitos e obrigações jurídicas. Dessa forma, a personalidade jurídica constitui a precondição, inclusive, dos direitos subjetivos que lhe são correlatos (CUPIS, 2008, p. 21).

Disso decorre, ainda, a compreensão do direito como um conjunto de normas que resvala no direito objetivo e pelo qual são estabelecidos deveres as quais se sujeitam todos, indistintamente, inclusive o Estado, com fito de assegurar liberdades, faculdades, ou simplesmente, direitos e garantias individuais (FERRI, 2001, p. 95-106; 202-205). Razão pela qual é assimilado em seu caráter bilateral ou correlacional de direitos e deveres²⁰⁸.

207 Esclarece-se, nesse contexto, que o direito subjetivo, a lei e a pessoa emergem simultaneamente na ordem jurídica, evitando-se, assim, qualquer aproximação com uma concepção jusnaturalista.

208 Ressalvadas, contudo, hipóteses que excepcionam essa correlação, a exemplo dos direitos reais. (FERRI, 2001, p. 211).

A autonomia privada, enquanto poder de disposição origina-se, por conseguinte, do espaço normativo remanescente entre os lócus de restrição e regulação do direito subjetivo, pela qual a liberdade poderá constituir maior ou menor conteúdo dispositivo. Retomada, nesse contexto, a liberdade sexual como objeto de investigação, resta investigar se ela estaria incluída no poder dispositivo que demarca a autonomia privada e, em caso afirmativo, a extensão dessa prerrogativa. Para tanto, imprescindível perquirir sua qualificação na estrutura jurídica dos direitos subjetivos.

Isso posto, tem-se que o direito subjetivo é classificado segundo o seu objeto, a referida classificação é importante para que sirva, posteriormente, para delimitação da extensão ou do conteúdo dispositivo da autonomia privada e não se confunde com esse último. O objeto do direito subjetivo é, assim, aquilo sobre o que atua o direito subjetivo e porquanto, se classificam em direitos de personalidade, direitos reais, direitos imateriais ou intelectuais e direitos de crédito ou de obrigação. (DABIN, 2006, p. 194; 197).

Os direitos de personalidade “são os direitos que têm por objeto os elementos constitutivos da personalidade do sujeito tomado em seus múltiplos aspectos, físico, moral e individual e social” (DABIN, 2006, p. 195). Por essa razão, não são sinônimos de direitos da pessoa, uma vez que todos os direitos subjetivos o são, mas representam a singularidade de cada pessoa humana, tutelando os valores que lhe são constitutivos externa e internamente, do corpo em toda sua extensão ao desenvolvimento de consciência, afeições e convicções²⁰⁹.

A centralidade que é conferida a pessoa no ordenamento jurídico, a partir da concepção dos direitos de personalidade é,

209 Importante frisar que os direitos de personalidade não se encontram relacionados por qualquer referencial exaustivo de constituição ou identificação. Não há uma noção pura e peremptória acerca desses valores e tampouco aqueles que foram descritos exemplificativamente podem receber qualquer intencionalidade moral que impeça seu exercício livre. E, não obstante, não se trata de uma categoria inapreensível. Suficiente dizer que: “é um fato que a pessoa tem direitos sobre ela mesma, consagrados pelo direito objetivo e submetidos por este a regras especiais [...]” (DALIN, 2006, p. 199).

contudo, recente²¹⁰. O Código civil francês de 1804, bem como o Código civil brasileiro de 1916, não prescreveram uma disciplina acerca dos direitos de personalidade²¹¹. Por essa razão, evidencia-se sua diferença diante dos demais direitos subjetivos, uma vez que ao contrário daqueles, proeminentes no desenvolvimento do Direito Privado, não possui relação imediata com a patrimonialidade. Disso decorre que:

Sendo o objeto dos direitos de personalidade um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica. A vida, a integridade física, a liberdade, permitem ao sujeitos conseguir outros bens revestidos daquela utilidade, mas não podem nem identificar-se nem confundir-se com estes outros. (CUPIS, 2008, p. 36).

É, portanto, nos direitos de personalidade que residem as liberdades fundamentais de consciência e as liberdades relacionadas à integridade do corpo, imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade moral da pessoa²¹² e que, imediata ou mediatamente, viabilizarão as demais liberdades individuais. Os direitos subjetivos, especialmente no que tange à personalidade, constituem, portanto, o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Dessa forma, não se satisfazem apenas com um dever geral de abstenção, encerrado pela liberdade negativa, mas impõem o efetivo desenvolvimento da pessoa humana, conforme evidenciado por Adriano de Cupis:

210 Nesse sentido, tem-se o delineamento histórico formulado por André Couto e Gama, no qual torna-se perceptível o entrelace entre a novel teoria, emergente entre os séculos XIX e XX, e as demandas multifacetadas impostas à liberdade individual (63-72). Com o que corrobora, o percurso histórico apresentado por Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 27-60).

211 O Brasil só experimentou uma disciplina civilista para os direitos de personalidade a partir do Código Civil de 2002.

212 Efetivada como desenvolvido ao final da seção 4.1 e antes disso, na seção 3.2, pelas capacidades morais de ser racional e de ser razoável.

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizadas, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. (2008, p. 24)

A qualificação jurídica atribuída aos direitos de personalidade e, por conseguinte, a liberdade sexual que é erigida em seu núcleo, impõe breve análise acerca da disciplina jusprivatista que lhes é inerente e pela qual eles são afirmados intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis (CUPIS, 2008, p. 51); (GAMA, 2014, p. 101).

A intransmissibilidade dos direitos de personalidade decorre da natureza do objeto. Significa dizer que, sendo os direitos de personalidade uma representação dos valores que são constitutivos e inerentes a pessoa, sua desvinculação é impossível e deve ser, em todo caso, objeto de restrição, uma vez que consistiria na transmissão do direito subjetivo que concentra as liberdades fundamentais (CUPIS, 2008, p. 55). Esse é a disposição, inclusive, do art. 11, do Código Civil de 2002²¹³.

Não há, contudo, qualquer óbice a limitação voluntária do exercício desses direitos²¹⁴ que possa emergir do desenvolvimento teórico formulado, uma vez que a faculdade originada dos direitos subjetivos deve compreender, ainda, a possibilidade de não exercício e esse, no horizonte da autonomia privada, apenas pode ser voluntário. Por essa razão, deve ser evidenciada a diferença entre a irrenunciabilidade ao direito de personalidade e a renúncia ao

213 “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002). A disciplina dos direitos de personalidade efetiva-se ainda pelos artigos 12 a 21 do Código Civil, que expressam os aspectos de sua tutela negativa e positiva.

214 O que não se confunde com a defesa da transmissão da titularidade do direito subjetivo, como afirmado por André Couto e Gama (2014, p. 101-102).

exercício desse direito, com o que corrobora Brunello Stancioli (2017, p. 130) ao argumentar que:

Por um lado, a renúncia ao exercício de um direito de personalidade, no plano valorativo, é a afirmação da autonomia da vontade da pessoa natural. Tome-se, v. g., a renúncia ao direito de falar (voto de silêncio), comum em certas ordens religiosas, como a dos frades cartuxos. Há afirmação da própria pessoa humana [...] que busca uma condição de vida boa, considerada a mais digna. Pode ocorrer, inclusive, situação em que a pessoa esteja proibida de exercer um determinado direito de personalidade. É o caso de um médico, proibido de se pronunciar acerca de detalhes da vida de seu paciente, quando sob a égide do segredo médico.

Situação plenamente diversa encontra-se quando uma pessoa perde a titularidade do direito. Nesse caso, o direito de personalidade é extirpado, não existindo mais condição de possibilidade para o seu exercício.

A irrenunciabilidade gravada nos direitos de personalidade significaria que “a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por ato de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos de personalidade, tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável” (CUPIS, 2008, p. 59). Com isso, pretende-se, ainda, negar qualquer possibilidade de faculdade de disposição desses direitos. Dada a proximidade da defesa empreendida pela renúncia àquela formulada em benefício da intransmissibilidade, reitera-se os fundamentos formulados naquele contexto dada a confusão explícita entre o direito subjetivo e o seu exercício.

Ademais, incontroversa a incompatibilidade desse regime jurídico com a concepção de pessoa em sua diversidade e da qual origina-se, inclusive, a própria noção de direitos de personalidade. A

renúncia ao exercício aos direitos de personalidade constitui, portanto, “a mais perfeita expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (STANCIOLI, 2017, p. 142).

Isso posto, afirma-se o direito subjetivo do sujeito de realizar atos materiais pautados nos direitos de personalidade e, mais, negócios jurídicos (DABIN, 2006, p. 196). Sobretudo, porque a própria autonomia privada estaria ameaçada se as pessoas, em suas relações recíprocas, não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis pela ação estatal (HESSE, 2016, p. 61). Assim, significa dizer que há espaço para derivação das liberdades sexuais fundadas nos direitos de personalidade para atuação da autonomia privada.

Disso decorre ainda que, uma vez verificado que o conteúdo que informa o núcleo dos direitos subjetivos de personalidade decorre de direitos e garantias fundamentais, menos sentido parece fazer para uma discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando não balizada por fundamentos que sejam próprios e compatíveis com a racionalidade estrutural formal-funcional do Direito Privado. Os direitos fundamentais²¹⁵ parecem ter exaurido parcela significativa de sua eficácia no Direito Privado a partir do momento que o legislador ordinário transformou o seu conteúdo de modo concreto no regime dos direitos de personalidade, o que ocorreu no Código Civil de 2002, como já sugeria Konrad Hesse em 1988:

Ao legislador do Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente

215 Recorda-se que a afirmação é conjectural. Significa dizer que, dada a prioridade da liberdade de consciência, da liberdade de associação e das liberdades relacionadas a integridade da pessoa, apresentadas como condições necessárias ao desenvolvimento das capacidades da pessoa ao longo da vida, e sua absorção nuclear pela concepção dos direitos subjetivos de personalidade, o problema de efetividade e eficácia dessas liberdades é um problema a ser dissolvido pela estrutura de coerência jusprivatista e não pelo direito constitucional. Para retomar a discussão a esse respeito, ver Capítulo 4, seção 4.1.

vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações as quais obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado. O legislador deve ter em conta que isso não pode reduzir ou recortar a autodeterminação e a responsabilidade individuais, que a autonomia privada compreende também a possibilidade de contrair por livre decisão obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão. (HESSE, 2016, p. 63-64).

A autonomia privada é, portanto, elemento nuclear no Direito Privado e o seu conteúdo dispositivo deve ser justificado coerentemente pela estrutura formal-funcional daquele e não pelo recurso à Constituição que obsta, simultaneamente, a liberdade e o desenvolvimento científico do Direito Privado. Com efeito, afirma-se que:

O fundamento do direito civil é a autonomia privada e sua independência relativa da constituição permite (como sempre permitiu) o desenvolvimento de uma metódica própria, com princípios autônomos e com finalidades diferenciadas. Os problemas que o direito civil enfrenta e resolve são estruturalmente diversos daqueles do Direito Público, ainda que haja algumas aproximações eventuais. (RODRIGUES JR, 2018, p. 341)

Isso posto, fundamental ao Direito Privado a conservação da sua autonomia epistemológica, como tem afirmado Otávio Luiz Rodrigues Junior (2010; 2018), para que se tornem cada vez mais contingentes os fundamentos utilizados para sua instrumentalização difusa, a exemplo da dignidade da pessoa humana, fundamento da República

Federativa do Brasil²¹⁶ e reputada como princípio nuclear de toda e qualquer relação jurídica, como observado pelo referido autor²¹⁷:

A dignidade da pessoa humana é outra vítima dessa guerra *panprincipiológica*, senão a maior de todas. Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo conexão direta com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação [...] Dá-se, contudo, sua banalização e seu emprego como reforço argumentativo, [...] Se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será. Para não se esquecer que ela serve de fundamento dos discursos daqueles que defendem e dos que atacam o direito ao aborto e à eutanásia.

O quadro na jurisprudência é desalentador. A prova disso baseia-se em dados empíricos. Em pesquisa realizada apenas em um periódico jurídico, a *Revista dos Tribunais*, compreendida entre 1995 e 2010, foram coletados 217 acórdãos nos quais a expressão “dignidade humana” é encontrada como fundamento da decisão adotada. O objeto desses julgados é também muito diversificado: a) saúde; b) relações de trabalho; c) *habeas corpus*; c) mensuração da pena; d) liberdade; e) direitos fundamentais; f) ordem pública; g) descumprimento de preceito fundamental; h) jurisdição e competência; i) violência contra a mulher; j) prisão preventiva; k) ampla defesa e contraditório. (RODRIGUES JR, 2010, 41-42).

O desacordo acerca do conteúdo da expressão “dignidade da pessoa humana”, já havia sido problematizado por Antônio Junqueira

216 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

217 A trivialização da dignidade da pessoa humana foi reafirmada pelo Otávio Luiz Rodrigues Junior(2018, p. 329) em estudo mais recente.

de Azevedo (2002) e, posteriormente, por João Baptista Villela (2009), ao ressaltarem que as variações conceituais e emprego indiscriminado da expressão culminaram no seu empobrecimento e esvaziamento teórico.

Dessa forma, não é surpreendente que, desde 2009, os contratos relacionados à prostituição estejam tipificados no Título VI do Código Penal, denominado “dos crimes contra a dignidade sexual” (BRASIL, 1940). Por conseguinte, dada a proteção jurídica supostamente conferida à dignidade sexual da mulher que se prostitui, retira-se dela o poder dispositivo para firmar relações negociais, por intermédio da autonomia privada e em conformidade com a estrutura formal-funcional do Direito Privado. O contraste entre essa concepção de dignidade e a autonomia privada torna-se, portanto, evidente.

Por essa razão, argumenta-se que a dignidade da pessoa humana, como objeto de tutela e fundamento balizador do Estado Democrático de Direito não pode ser compreendida de forma estática²¹⁸, impondo-se coercitivamente sobre o conteúdo dispositivo da autonomia privada. Em outras palavras, não cabe ao ordenamento jurídico conferir conteúdo e valor a dignidade da pessoa humana. Uma vez que:

[...] não parece possível falar da dignidade ou imaginá-la assim. Ela só parece possível quando

218 Diferente, contudo, é a defesa pela delimitação objetiva do seu conteúdo material. Nesse sentido, ao apresentar o substrato material da dignidade como fonte de revisitações de institutos e situações jurídicas, Maria Celina Bodin de Moraes o fez sobre os postulados da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade que uma vez verificados, consubstanciariam a dignidade. Assim, esclareceu a relação entre eles afirmando que: “[...] quando se reconhece a existência de ouros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social. (MORAES, 2006, 118). E em definição similar, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 123) afirmou que a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico daria origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: “1. Respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. Consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. Respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.”

efetivamente realizada, e realizada de maneira dinâmica e em desenvolvimento permanente. A autonomia permite a construção dos sujeitos nesse espaço, o que, consequentemente, é construir o próprio espaço público. Neste caminho de escolhas e impossibilidades a orientação dos sujeitos é para a realização de projetos pessoais que expressam a concepção de dignidade de cada um. E aqui, como já se disse, reside o risco do relativismo, possibilitando as aplicações legais mais despropositadas em nome da dignidade. (POMPEU, 2015, p. 120).

Assim, dada a concepção de pessoa como alguém livre e igualmente capaz de desenvolver sua personalidade moral, a dignidade, por tratar-se de uma concepção relacional do sujeito na perspectiva da própria vida, é autoreferencial. Porquanto, embora não seja sinônimo de autonomia, dela também não é independente. Na construção da pessoa, frisa-se que:

A dignidade é fruto de autoconstrução (autonomia) e realização em sociedade (alteridade). Logo, a dignidade não algo “dado” (pelo Estado, pela ciência, etc); ao contrário, é uma busca de auto realização. Não se devem buscar normas que imponham, aos indivíduos, uma dignidade pré-estatuída. (STANCIOLI, 2017, p. 115).

Por essa razão, refuta-se o recurso imediato aos fundamentos constitucionais para avaliação de relações e interesses privados, com o que corroboram os escritos de Konrad Hesse e Otávio Luiz Rodrigues Junior, nos quais afirma-se a necessidade de que a relação entre o direito constitucional e o Direito Privado seja firmada, em regra²¹⁹,

219 Diz-se em regra pois, conforme esclarece Konrad Hesse(2016; p. 57-58), não há discordância acerca da regência assumida pelos direitos fundamentais em todos os âmbitos do direito, da legislatura à jurisdicionalidade, que serão informados pelas suas diretrizes e impulsos. Assim, inclusive o legislador ordinário de Direito Privado

por intermédio do legislador ordinário. Os argumentos apresentados por Otávio Luiz Rodrigues Junior (2018, p. 325), consistem na defesa “a) da preservação do espaço democrático e respeito à separação dos poderes; b) previsibilidade do Direito; c) restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial.”

Por conseguinte, tem-se o modelo fraco de eficácia indireta dos direitos fundamentais²²⁰. A importância dessa concepção especialmente, para a autonomia privada e exercício livre de direitos de personalidade consiste na ingerência deliberada que é praticada, com fundamento em direitos fundamentais, aleatoriamente eleitos pelo julgador, em detrimento dos “esquemas mentais, às circunstâncias metajurídicas e à racionalidade própria (ou a falta dela) dos agentes que negociam sob o prestígio da autonomia privada” (RODRIGUES JR, 2018, p. 326).

E, especialmente quando essa ingerência decorre da migração súbita entre os postulados da doutrina da eficácia direta e o recurso imediato à dignidade da pessoa humana²²¹, ameaçando diretamente a subsistência da liberdade negocial e da autonomia privada e impedindo, pela sua restrição ou regulação ilegítima, que a pessoa possa conduzir autônoma e responsavelmente a própria vida. O direito constitucional deve representar assim, para o Direito Privado, “singulares funções de garantia, orientação e impulso” (HESSE, 2016, p. 83), permitindo sua evolução adequada ao ambiente social e à ciência jurídica.

deve atentar-se para o fato de que as prescrições jurídico-privadas não podem estar em contradição com os direitos fundamentais.

220 Otávio Luiz Rodrigues Junior (2018, 333-338) afirma, nesse ponto, a existência de direitos fundamentais imediatamente vinculantes, admitindo a possibilidade de suprir-se a omissão legislativa, contudo, ressalta a excepcionalidade e o extremo que essa possibilidade representa nos postulados do modelo fraco de eficácia indireta.

221 Como observou Otávio Luiz Rodrigues Junior (2018, p. 329), o recurso imediato à dignidade da pessoa humana foi utilizado em decisões jurisprudenciais recentes para realidades fáticas distintas e racionalmente inapreensíveis por qualquer padrão de coerência. Nesse sentido, o mesmo fundamento é utilizado para conferir isenção tributária de ICMS e IPVA a motorista com deficiência visual e, sem qualquer parcimônia, para também determinar o pagamento de indenização por dano moral a passageiro impedido de viajar em decorrência de overbooking.

Pelo exposto, percebida a centralidade que as liberdades fundamentais assumem no Direito Privado e, notadamente, na conformação nuclear dos direitos subjetivos de personalidade, constitui a autonomia privada o liame subjetivo de vinculação dessas liberdades à capacidade das pessoas de serem racionais e conduzirem autonomamente a própria vida, responsabilizando-se pelas consequências oriundas das suas escolhas e reconhecendo os limites, que lhes são legitimamente impostos, quando houver risco considerável de que a sua conduta esteja diretamente relacionada a uma supressão ou redução da esfera central de uma liberdade fundamental alheia, pelo que desenvolve sua capacidade de ser razoável.

A autonomia privada é, portanto, o poder conferido aos particulares, para que criem, dentro dos limites dispositivos estabelecidos pelo princípio liberal de legitimidade, normas jurídicas cujo conteúdo reflita o desenvolvimento das capacidades morais que informam a personalidade moral e jurídica.

Dessa forma, introduziu-se por todos os fundamentos desenvolvidos e, especialmente, nas últimas seções, um critério de verificação também para os fundamentos restritivos ou regulatórios de alocação das liberdades fundamentais na concepção da autonomia privada. Porque assim como ocorre com a liberdade, quando definida como o poder de se fazer tudo que a lei não proíbe, também a autonomia privada relegaria à lei “[...] o poder de proibir, muito, senão tudo” (MIRANDA, p. 395), e assim, a autonomia privada seria constituída no miserável espaço que restaria às liberdades fundamentais.

Por conseguinte, seja qual for o regime institucional estabelecido para ajustar o regime de liberdades no Direito Privado, pela estruturação coerente dos fundamentos restritivos ou regulatórios de sua alocação pela autonomia privada, é necessário que esse sistema seja orientado para que dele usufrua igualmente todos os cidadãos. Para tanto, estabelecida a relação imediata entre as liberdades fundamentais e os direitos de personalidade, uma vez que aquelas primeiras constituem o núcleo dos direitos subjetivos que informam aqueles últimos,

recorre-se a concepção de liberdade negativa e liberdade positiva²²² para que a autonomia privada possa assumir, em sua estrutura, o caráter dialógico estabelecido entre a forma e a função promocional do Direito Privado, diante das liberdades fundamentais.

A autonomia privada negativa origina-se dos espaços normativos nos quais impera a presunção formal de igual liberdade e é, nesse contexto, dotada de maior poder dispositivo. Significa dizer que quando a racionalidade do Direito Privado estiver circunscrita, pela situação fática, na justiça comutativa, orienta-se pela liberdade de assumir direitos e deveres em relações recíprocas, sendo passível de avaliação restritiva apenas posterior, quando pelo eventual excesso, sujeitar alguém a transações involuntárias e, nesse contexto, ainda sob a órbita da justiça comutativa, recorrer-se-á à justiça corretiva.

A autonomia privada positiva, por sua vez, origina-se de espaços normativos mais demarcados pela ingerência da ordem pública e essa, por sua vez, pautada no princípio liberal de legitimidade, deve ser balizada pela importância do desenvolvimento das capacidades morais que informam a personalidade moral e jurídica do sujeito de direito. Não pode ser, portanto, objeto de formatação da autonomia privada e do conteúdo dispositivo que por ela será articulado, qualquer concepção de vida boa ou doutrina abrangente do bem, seja religiosa, filosófica ou moral.

Para tanto, tal como a liberdade positiva, a autonomia privada positiva deve refletir pela restrição ou regulação impostas às liberdades fundamentais, as justificativas normativas de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva no Direito Privado, quais sejam: a) limitações de conteúdo dispositivo nas transações voluntárias, a fim de que não sejam admitidas transações cujo objeto seja o próprio direito subjetivo no qual se funda a posição de autonomia do sujeito; b) disposições regulatórias desiguais de liberdades sempre que, presente alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias,

²²² Cuja síntese encontra-se a partir da Seção 4.1, do Capítulo 4,.

afetando, portanto a forma de disposição dos direitos subjetivos sem, contudo, suprimir o poder dispositivo no qual se funda a autonomia privada; c) promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade, para tanto, incumbiria ao legislador ordinário estabelecer posições jurídicas pelas quais os titulares dos direitos subjetivos que informam a autonomia privada, pudesse obter melhores condições para sua substantificação; d) restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade quando o risco for identificado à posteriori, incumbindo ao julgador diante de situações concretas, arbitrar a redução do conteúdo da autonomia de uma ou das várias pessoas envolvidas em determinada transação, quando justificável, sobretudo, pela preservação de uma liberdade fundamental em detrimento de outras liberdades individuais.

Diante disso, necessário retomar algumas sínteses conclusivas da presente seção para a identificação de objetivos específicos de identificação e que estejam, ainda, pendentes de resolução do problema teórico que orienta o desenvolvimento do presente trabalho e que refere-se, exclusivamente, aos fundamentos de ingerência do Estado, no contexto democrático, nas relações que se pretendem comutativas, relacionadas à prostituição, impedindo que as mulheres se autodeterminem sexualmente, negando a validade e eficácia das relações consensualmente firmadas²²³. Isso posto, é possível afirmar que as relações negociais acessórias à prostituição são firmadas sobre o substrato normativo que é conferido às mulheres que se prostituem pela concepção de direitos subjetivos e, notadamente, pela liberdade sexual que constitui parcialmente o núcleo dos direitos de personalidade e, por conseguinte, o poder dispositivo da autonomia privada.

223 A verificação é ainda importante para que se justifique a impossibilidade de desenvolver, de maneira pormenorizada, todas as incursões específicas que podem decorrer, por exemplo, da concepção positiva da autonomia.

Pelo exposto, toda a extensão da concepção de liberdade sexual, enquanto liberdade fundamental²²⁴, está sendo considerada no núcleo dos direitos subjetivos de personalidade que serão objetos do referido poder dispositivo da autonomia privada, contanto que indispensáveis ao desenvolvimento das capacidades morais que informam a personalidade moral e jurídica dos sujeitos e, especialmente, das mulheres que se prostituem. Dessa forma, projetou-se a sexualidade em relação coordenada com liberdade negocial e essa, por sua vez, atraiu a instrumentalidade conferida à autonomia privada, apresentada como um conceito extensivamente adequado a subsumir situações patrimoniais e existenciais, sendo essas últimas ancoradas nos direitos subjetivos de personalidade.

A qualificação jurídica da autonomia privada, no referencial dos direitos subjetivos de personalidade, bem como a verificação do regime jurídico que se origina dessa relação e foram, ao final, introduzidos na relação coordenada entre autonomia privada positiva e autonomia privada negativa, impõe que seja investigado, por fim, se a distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais, repercute em um regime qualitativamente diverso de ordenação dos âmbitos de liberdade e não liberdades e, em caso afirmativo, que sejam delimitados esses efeitos na estrutura formal-funcional do Direito Privado e na ordenação da autonomia proposta a partir dela.

4.3 A SEXUALIDADE COMO CONTEÚDO DO PODER DISPOSITIVO DA AUTONOMIA PRIVADA: A ESTRUTURA QUALITATIVAMENTE DIVERSA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EXISTENCIAIS

A autonomia privada poderá designar, conforme demonstrado, alguns aspectos da liberdade sexual correlacionada à liberdade negocial. Para tanto, ela constitui-se como instrumento jurídico de

224 Entendida, principalmente, como liberdade de autodeterminação sexual e/ou de gênero, bem como livre desenvolvimento do desejo e dos comportamentos sexuais por aquele inspirados.

atuação, concreção e tutela dos interesses privados originados desses direitos subjetivos de personalidade e, a partir disso, cria normas negociais direcionadas a afirmação das liberdades fundamentais e a satisfação das concepções de bem e de vida boa que constituam a personalidade do seu titular.

Onde o objeto de atuação, concreção e tutela dos interesses privados coincide ou é indissociável do sujeito de direito, tem-se a necessidade de perquirir a compatibilidade e as deficiências originadas do modelo tradicional do negócio jurídico e da noção de propriedade²²⁵. Uma vez que “a pessoa não deve ser reduzida ao mesmo nível das coisas ou fatos, a mero elemento da relação jurídica” (MEIRELES, 2009, p. 15). Disso decorre que:

A essa matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre o sujeito e o objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito e o titular do direito e ponto de referência da relação. (PERLINGIERE, 2007, p. 155).

Ocorre que, nem sempre a distinção entre situações subjetivas²²⁶ existenciais e patrimoniais serão evidentes, sobretudo, porque é possível que os elementos de ambas sejam reunidos em única relação

225 Para que se torne evidente a relevância dessa discussão, é suficiente que se tente projetar mentalmente a venda de um rim, por exemplo, pelas mesmas disposições gerais e específicas que irão vincular a compra e venda de um carro.

226 A situação subjetiva é considerada em diferentes aspectos concorrentes e relacionados. Assim, pode ser considerada a partir dos efeitos que dela originam-se, a partir dos interesses que satisfaz, do poder por ela reconhecido ao sujeito de direito, da legitimidade para manifestação de vontade no seu exercício, a partir da sua função ou, por fim, a partir do caráter normativo ou regulamentar que origina (PERLINGIERE, 2007, p; 106-107).

jurídica. Essa última, por sua vez, é entendida como uma “relação entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito” (PERLINGIERE, 2007, p. 115). Relação e situação jurídica são, portanto, conceitos inter-relacionados que, reunidos de forma unitária, permitem a compreensão distintiva entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais que informam seu conteúdo.

Por situação subjetiva patrimonial entende-se as situações nas quais verifica-se, em relação a prestação, equivalente pecuniário no momento da formação da relação jurídica, considerando, para tanto, o ambiente jurídico-social. Significa dizer que é patrimonial a situação jurídica subjetiva “que possa ser expressa em dinheiro no momento de formação da relação jurídica” (MEIRELES, 2009, p. 33). Não é relevante, portanto, que a prestação tenha sido apreciada economicamente pelas partes no momento da formação da relação jurídica ou ainda, ser passível de posterior reparação civil²²⁷.

A avaliação econômica da prestação tampouco depende da posição social, econômica, intelectual, ou ainda, de eventual prestígio do titular da situação jurídica subjetiva que afirmar-se-á, nesse contexto, invariavelmente, patrimonial. Significa dizer, por exemplo, que a compra e venda de um automóvel ou a locação de imóvel, possuem equivalente pecuniários que independem de qualquer valor específico constitutivo dos participantes dessas relações jurídicas.

Nas situações jurídicas existenciais, por sua vez, o conteúdo do negócio jurídico reflete imediatamente direitos subjetivos de personalidade. Além disso, verifica-se que os efeitos diretos desse negócio irão incidir sobre a personalidade do seu titular. Por conseguinte, não possuem equivalente pecuniário (MEIRELES, 2009, p. 36-42).

Por outro lado, não é possível concordar que apenas alguns direitos de personalidade seriam dotados de patrimonialidade

227 Disso decorre que ainda que situações existenciais, tais como, a integridade psicofísica ou o nome da pessoa, não obstante não sejam passíveis de apreciação econômica, uma vez que não há um preço de mercado para elas, se violadas em qualquer aspecto e, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, poderão ser objeto de indenização pecuniária.

mediata ou que apenas algumas expressões de personalidade, como por exemplo o exercício do direito de imagem, poderiam ser objeto de transação à título oneroso, como afirmado por Luiz Edson Fachin e Rose Melo Vencelau Meireles. Para tanto, os referidos autores compartilham o caráter inalienável dos direitos de personalidade e, a partir dele, para justificar o direito autoral e o direito de imagem, que informam relações jurídicas de prestação pecuniária, afirmam o caráter excepcional e eventual dessa patrimonialidade.

Nesse sentido, Rose Mello Vencelau Meireles (2009, p. 51), acrescentou que a retribuição pecuniária poderia corroborar com o desenvolvimento da personalidade, uma vez que, segundo a autora: “Se para algumas situações a patrimonialidade poderia ser causa de coisificação da pessoa, tais como a vida e a integridade; para outras, a exemplo do direito de autor, a patrimonialidade pode garantir ao titular a melhor forma de exercício”. Luiz Edson Fachin, por sua vez, resvala a excepcionalidade em suposta feição especial de alguns direitos de personalidade, para tanto afirmou que:

A respeito dos direitos personalíssimos serem inalienáveis e, de fato, o são, é preciso compreender que certos direitos possuidores de uma feição de direitos personalíssimos podem ter outra feição, simultaneamente, como de alguma natureza patrimonial-pecuniária, como é o caso de direito autoral. (2012, p. 142)

Ao que parece, os referidos autores incorrem na premissa da inalienabilidade dos direitos de personalidade sem, contudo, discernir o direito subjetivo do seu exercício²²⁸. E, não obstante, o contraste por eles identificado entre essa premissa e a realidade fática-jurídica, na qual são incontestáveis os negócios jurídicos firmados sobre direitos

228 Conforme exposto na seção anterior, em relação a outros autores que confirmam indiscriminadamente as características anacrônicas que emergiram no desenvolvimento dos direitos de personalidade pela doutrina jusprivatista.

autorais e de imagem, assumiram-na integralmente. O que qualifica determinada situação jurídica subjetiva como existencial é, portanto, tão somente o fato de estar imediatamente vinculada aos direitos subjetivos de personalidade.

Nesse sentido, tem-se que “o objeto é o principal elemento que diferencia a situação jurídica patrimonial e a existencial e que determinará a normativa aplicável” (TEIXEIRA, 2010, p. 165).

Dito isso, tem-se que todos os direitos de personalidade podem ter feição pecuniária. A definição das condições nas quais a sua disposição²²⁹ será realizada, se gratuita ou onerosa, deverá ser objeto de deliberação do seu titular. Assim, reafirma-se a inaplicabilidade da lógica da equivalência pecuniária que rege as situações subjetivas patrimoniais. Por outro lado, a deliberação do *quantum*, se houver, será eventualmente tangenciada pela posição social, intelectual, pelo prestígio²³⁰ ou mesmo mero arbítrio do titular do direito subjetivo de personalidade.

De todo modo, incontroverso que todas as situações jurídicas, patrimoniais ou existenciais, viabilizam o desenvolvimento da personalidade moral e jurídica da pessoa humana, contudo, as situações existenciais “[...] incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediatamente servem a este fim.” (MEIRELES, 2009, p. 39).

Pelo exposto, possível afirmar o caráter existencial da situação jurídica subjetiva pela qual a mulher que se prostitui projeta sua liberdade sexual, a partir dela, firma relações negociais por intermédio da autonomia privada. Se o conteúdo dispositivo da autonomia é qualitativamente diverso, passa-se a investigar as eventuais mudanças do tratamento jurídico que lhe deve ser conferido.

229 E aqui frisa-se que o conteúdo dispositivo implícito nessa expressão será sempre vinculado ao exercício e não ao direito subjetivo especificamente.

230 Tem-se em mente nessa observação, exemplificativamente, trabalhadores com diferentes níveis de escolaridade e especialização, e artistas variados, que irão firmar contratos de prestação de serviço sujeitando o exercício de direitos sobre o próprio corpo e/ou intelectualidade (direitos de personalidade), em benefício de outrem, mediante contraprestação variável.

A revisitação da autonomia e, por conseguinte, do negócio jurídico que dela origina-se, estrutura-se a partir da confluência dos pilares pressupostos por Ana Carolina Brochado Teixeira (127)²³¹ com outros que foram desenvolvidos no presente trabalho, quais sejam: a) relação coordenada assumida pela liberdade negativa e positiva na estrutura formal-funcional do Direito Privado e na releitura da autonomia privada a partir dessa acepção; e a b) insuficiência da autonomia patrimonial, moldada exclusivamente na justiça comutativa, para regular os direitos subjetivos de personalidade.

A tutela qualitativamente diversa dos negócios jurídicos existenciais foi objeto de tese de Maria Rose Vencelau Meireles (2009, p. 201-270) e consistiu na sua vinculação aos princípios consagrados comuns aos atos de autonomia existencial, quais sejam: princípio da gratuidade, princípio do consentimento qualificado, princípio da confiança e princípio da autorresponsabilidade.

O princípio da gratuidade decorre do entendimento que “o que move o titular de uma situação existencial dispor sobre ela é a busca do desenvolvimento da sua própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa a beneficiar outrem”(MEIRELES, 2009, p. 205). Diante disso, presumem-se legítimas as alocações regulatórias, efetivadas pelo ordenamento jurídico, em detrimento das liberdades individuais nas quais se fundam esses direitos subjetivos²³².

O princípio do consentimento qualificado impõe que qualquer disposição sobre situação jurídica subjetiva existencial seja necessariamente voluntária, estando ancorado, para tanto, nos artigos

231 A autora, apresenta, especificamente, os seguintes pilares: “(i) mudança da tutela da liberdade de negativa para positiva; (ii) insuficiência da autonomia patrimonial para regular a autonomia existencial, o que aponta para a necessidade da sua revisão, já que a liberdade no âmbito patrimonial e no existencial se implementa de forma diferenciada;”

232 A autora cita especificamente o art. 194, da Constituição da República, que veda a comercialização de órgãos, tecidos ou substancias humanas (BRASIL, 1988). O art. 14, do Código Civil, que vincula os atos de disposição do próprio corpo para fins apenas científicos ou altruísticos (BRASIL, 2002). E, por fim, o art. 9º, da Lei n. 9.434, que também estabelece a gratuidade da disposição de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo (BRASIL, 1997).

15 e 20, do Código Civil. Exige-se ainda que o referido consenso seja expresso espontâneo, pessoal e esclarecido. Disso decorreria que: “a) a vontade interna deve prevalecer sobre a declarada; b) a manifestação da vontade é pessoal; c) a manifestação da vontade é revogável” (MEIRELES, 2009, p. 216). A voluntariedade do ato é, registra-se, requisito de validade de qualquer negócio jurídico.

O princípio da confiança, ancorada na boa-fé objetiva, assiste ao sujeito que confiou no comportamento da outra parte, pautado em circunstâncias objetivas razoáveis. Contudo, dada a premissa de prevalência da vontade interna sobre a externa, afirma-se que a sua aplicação diante de negócios jurídicos existenciais deve ser residual e verificada na análise casuística (MEIRELES, 2009, p. 253-264).

Por fim, o princípio da autorresponsabilidade como corolário da autonomia privada e, nos negócios jurídicos existenciais, repercutirá para a exclusão de ilícito civil ou penal, quando eventual lesão experimentada pelo titular da situação subjetiva existencial, tenha decorrido da sua aquiescência. Assim, “vê-se que a disponibilidade da situação jurídica existencial é imprescindível para a afirmação da autorresponsabilidade e, conseqüentemente, exclusão da ilicitude” (MEIRELES, 2009, p. 269).

Dos princípios abstraídos por Maria Rose Vencelau Meireles como diretrizes de orientação e validade dos negócios jurídicos existenciais, rejeita-se totalmente o princípio da gratuidade, aceita-se parcialmente o princípio do consentimento qualificado e totalmente os princípios da confiança e da autorresponsabilidade.

Para tanto, recorda-se que são princípios que representam, em alguma medida, alocações restritivas ou regulatórias dos direitos fundamentais que informam os direitos subjetivos de personalidade e, diante disso, devem ser analisados sob as justificativas normativas de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva que confere a estrutura formal-funcional ao Direito Privado²³³. Isso posto,

233 Quais sejam: a) limitações de conteúdo dispositivo nas transações voluntárias, a fim de que não sejam admitidas transações cujo objeto seja o próprio direito subjetivo no qual se funda a posição de autonomia do sujeito; b) disposições regulatórias

tem-se que a imposição da gratuidade, pautada na ação altruística e, portanto, numa concepção específica de bem, não pode servir como fundamento para a limitação da autonomia privada existencial ou patrimonial.

A aceitação parcial do princípio do consentimento qualificado deriva antes de uma discordância técnica do que, propriamente, de conteúdo. A afirmação de que a vontade interna deve prevalecer sobre a declarada precisa ser contextualizada à luz do artigo 110, do Código Civil (BRASIL, 2002). Significa dizer que os negócios jurídicos existenciais não estão isentos aos imperativos gerais aos quais se sujeitam os demais atos negociais, porquanto, a prevalência da vontade interna, durante ou após a execução do negócio jurídico, deve orientar-se pela seguinte regra “se a reserva é comunicada à outra parte, é válida; mas, se a pessoa a quem o negócio se dirige a ignora, não pode ter o efeito de anular a declaração, prevalecendo então o negócio jurídico, como se reserva nenhuma existisse” (PEREIRA, 2017, p. 406).

Ainda sobre o consentimento qualificado, assume-se integralmente a premissa de que a manifestação da vontade deve ser pessoal. Nesse caso, entende-se que dada a natureza e a singularidade dos direitos subjetivos de personalidade, qualquer ato dispositivo sobre eles deve ser perpetrado, em regra²³⁴, pelo seu titular. Imprescindível,

desiguais de liberdades sempre que, presente alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias, afetando, portanto a forma de disposição dos direitos subjetivos sem, contudo, suprimir o poder dispositivo no qual se funda a autonomia privada; c) promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade, para tanto, incumbiria ao legislador ordinário estabelecer posições jurídicas pelas quais os titulares dos direitos subjetivos que informam a autonomia privada, pudesse obter melhores condições para sua substantificação; d) restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade quando o risco for identificado à posteriori, incumbindo ao julgador diante de situações concretas, arbitrar a redução do conteúdo da autonomia de uma ou das várias pessoas envolvidas em determinada transação, quando justificável, sobretudo, pela preservação de uma liberdade fundamental em detrimento de outras liberdades individuais.

234 A ressalva que é aqui formulada e não detalhada, consiste na intuição de que algumas situações subjetivas existenciais possam ser delegadas em casos extremos e

portanto, a coincidência entre capacidade de direito e capacidade de exercício, uma vez que não se observa qualquer compatibilidade entre a representação ou assistência com os direitos de personalidade, cabendo-lhes, portanto, a tutela promocional na maior medida do possível.

Em relação a revogabilidade da manifestação de vontade entende-se que ela não é apenas compatível com os negócios jurídicos existenciais, como é ainda a garantia de que a autonomia do qual decorrem seja preservada. E mais, argumenta-se o caráter potestativo²³⁵ das situações jurídicas subjetivas existenciais, razão pela qual, o seu titular pode unilateralmente extinguir uma situação jurídica.

O princípio da confiança foi aceito em sua integralidade, contudo, ressalta-se que uma vez mitigada a prevalência da vontade interna sobre a vontade declarada, o princípio da confiança é assumido no horizonte da boa-fé objetiva e irrestritamente.

Isso posto, tem-se que a boa-fé objetiva é integrada por dois vetores subjacentes, quais sejam, o princípio da confiança e o princípio da materialidade da regulação jurídica. A confiança revela situação na qual uma pessoa adota determinado comportamento com base na confiança e expectativa depositada na outra parte. A materialidade da regulação jurídica, por sua vez, contrapondo ao formalismo como único critério de verificação contratual, impõe aos contratantes comportamento adequado materialmente ao direito (CORDEIRO,

de forma supletiva, como ocorre quando a decisão sobre determinado procedimento médico é transferida para alguma pessoa diferente daquela que será sua destinatária ante o seu risco eminente de vida. Ou ainda, a importância da abstração da vontade de crianças e adolescentes quando em perspectiva situações subjetivas existências sob sua titularidade. Sobre a pessoa com deficiência, recorda-se que na forma do art. 6º, da Lei 13.146 de 2015, ainda que reconhecida sua incapacidade para atos patrimoniais, são inafastáveis sua capacidade de direito e de exercício para situações subjetivas existenciais. As situações aqui referidas podem auxiliar uma noção geral sobre a abrangência do tema e não têm, portanto, qualquer pretensão informacional mais aprofundada.

235 Conforme esclarece Pietro Perlingiere (2007, p. 125) o “[...] direito potestativo tem o mérito de ter evidenciado que, em mais de uma ocasião, um sujeito é titular de um poder ou direito que, exercido, produz efeitos não somente na esfera de quem o exerce, mas também naquele de outros que nada podem fazer para neutralizá-los.”

2007, p. 1235-1252). Permitindo-se, por essa alocação regulatória²³⁶ do conteúdo da autonomia privada existencial, a promoção, na maior medida do possível, de pessoas em condições de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade e dessa forma, a promoção das situações subjetivas existenciais.

Ao princípio da autorresponsabilidade, também aceito em sua integralidade, acresce-se a importância que assume diante do desenvolvimento da personalidade moral do sujeito de direito, uma vez que deve conduzir sua autonomia em termos equitativos de cooperação, ou seja, sem causar dano a outra esfera de autonomia e, simultaneamente, afirma sua capacidade de ter uma concepção de bem e assumir as consequências positivas e negativas que dela se originam.

Diante da conclusão de que os direitos subjetivos de personalidade poderiam conferir conteúdo aos negócios jurídicos, operacionalizados pela autonomia privada existencial, Ana Carolina Brochado Teixeira (200, p. 160-168), por sua vez, investigou a repercussão do artigo 104, do Código Civil de 2002, que estabelece os elementos de validade do negócio jurídico, nas situações existenciais. O primeiro elemento analisado é a capacidade do agente, capacidade de direito e de exercício. Nesse contexto, afirma que o que é indispensável ao sujeito de direito nos negócios jurídicos existenciais é o discernimento, entendido, nesse contexto, como manifestação de vontade intencional e livre de coerção. O segundo elemento é objeto do negócio jurídico, para o qual é suficiente que derive dos direitos subjetivos de personalidade. Por fim, a forma desses negócios jurídicos seria livre, contanto que não prescrita em lei.

Percebe-se, dessa forma, que há uma certa confluência entre os requisitos de validade e os princípios gerais ou diretrizes aplicáveis aos negócios jurídicos existenciais. Acrescenta-se apenas que, por manifestação intencional, pretende-se evidenciar livres de erro, dolo,

²³⁶ Expressa notadamente nos artigos 113, 187 e 422, do Código Civil (BRASIL, 2002).

coação, estado de perigo ou lesão, causas de anulabilidade do negócio jurídico²³⁷.

Estabelecidas essas premissas gerais, e tendo sido afirmado o caráter existencial da situação jurídica pela qual a mulher que se prostitui projeta sua liberdade sexual e, a partir dela, firma relações negociais por intermédio da autonomia privada, resta investigar se a suposta acrasia identificada na racionalidade estrutural do Direito Privado, provocada pela ingerência perpetrada pelo Estado de Direito nas relações jurídicas relacionadas à prostituição, negando sua validade e eficácia, pode ser justificada pelo regime qualitativamente diverso da autonomia privada existencial.

Para tanto, recorda-se que a referida invalidade decorre da ilicitude do objeto, ante a tipificação dessas atividades entre os artigos 228 e 230, do Código Penal (BRASIL, 1940). É pelo direito penal, portanto, que se experimenta uma alocação no Direito Privado e, por essa razão, é pelos fundamentos desse último e, não daquele, que a legitimidade dos fundamentos restritivos ou regulatórios do conteúdo dispositivo da autonomia privada existencial está sendo investigada.

A prostituição emerge, no contexto da justiça comutativa, como expressão da justiça recíproca e firma-se por uma relação jurídica contratual, por intermédio da qual a mulher, voluntariamente, se obriga por tempo certo ou atividade determinada, mediante contraprestação, ao exercício de atividades sexuais. A referida relação jurídica não é, *per si*, objeto de alocação restritiva ou regulatória do conteúdo dispositivo da autonomia privada existencial. Significa dizer que, a prostituição, enquanto serviço oferecido em caráter autônomo e sem intermediários, não constitui qualquer ilicitude, para o contratante ou para a contratada.

Isso posto, objetiva-se identificar se a alocação experimentada pelas mulheres que se prostituem, em suas relações privadas e relacionadas à prostituição, e que determina a supressão da racionalidade comutativa do Direito Privado, encontra-se pautada

237 Disciplinadas entre os artigos 138 e 157 do Código Civil (BRASIL, 2002).

nos fundamentos de sua alternância, nos termos compreendidos pela justiça distributiva no referencial do liberalismo igualitário e que influem, conforme demonstrado, no design estrutural da autonomia privada negativa e positiva.

Assim, especificamente pretende-se identificar se a alocação da liberdade sexual dessas mulheres: a) decorre da necessidade de se impedir que a referida liberdade, na qual se funda sua autonomia, seja objeto de transação; b) origina-se de disposições regulatórias desiguais da liberdade sexual, cujo fundamento derive da identificação de alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial, que possa ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias, afetando, portanto a forma de disposição dos direitos subjetivos sem, contudo, suprimir o poder dispositivo no qual se funda a autonomia privada; c) tem por objetivo a sua promoção, dado algum pressuposto de vulnerabilidade, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade ou; d) encontra-se ancorada na restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade.

Antes, contudo, é importante que se compreenda o limbo no qual se encontram as mulheres que se prostituem, situadas entre espaços residuais de liberdades e não liberdades, dada a criminalização do seu entrone. O artigo 228, do Código Penal²³⁸, que inaugura as disposições relacionadas ao favorecimento da prostituição, revela a dinâmica do isolamento pretendido à mulher que se prostitui. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 718), ao analisar o núcleo do tipo afirma que:

238 Art. 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. § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 2º Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. (BRASIL, 1940)

[...] há multiplicidade de condutas: a) induzir é inspirar ou dar a ideia a alguém para fazer alguma coisa. Além disso, inclui-se neste tipo a conduta de atrair, que significa seduzir ou chamar alguém a fazer alguma coisa; b) facilitar quer dizer dar acesso mais fácil ou colocar à disposição; c) impedir tem o significado de colocar obstáculo ou estorvar alguém; dificultar quer dizer tornar algo mais custoso a ser feito; ambos os verbos se compõem com abandonar, que representa largar ou deixar.

O artigo 229²³⁹, do referido diploma, impede, inclusive, que seja mantido estabelecimento para que ocorra a prostituição. Relega à mulher que se prostitui, portanto, aos espaços públicos marginais. Por fim, o artigo 230²⁴⁰, criminaliza a atividade do rufião, ou seja, de toda e qualquer pessoa que obtém proveito pela prostituição alheia. Trata-se de “[...] uma modalidade do lenocínio, que consiste em viver à custa da prostituição alheia ” (NUCCI, 2017, p.727). Diante disso, é irrelevante, socialmente, que a prostituição seja um irrelevante criminal, uma vez que:

Enquanto o direito penal for atraído para o cenário da prostituição e suas atividades correlatas, estará distante de terminar o estigma lançado nessa atividade sexual, porque o crime é reputado o pior

239 Art. 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 dois a cinco anos, e multa. (BRASIL, 1940).

240 Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

dos atos ilícitos. Diante disso, a punição ainda será visível por muito tempo a quem exerce a prostituição e quem a favorece de qualquer modo. (NUCCI, 2015, p. 111).

Pela exposição dos tipos penais, é possível reascender a ideia de que, embora as mulheres que se prostituem sejam consideradas vítimas no sistema criminal, dado o pressuposto de violação da sua dignidade sexual e por essa razão, uma provável presunção de vulnerabilidade, a inexistência de qualquer esquema coordenado de promoção ou tutela da sua situação jurídica subjetiva existencial, sugere uma incoerência interna no Direito Privado que se pretende dissolvida pela análise conjectural dos fundamentos - abstraídos legítimos²⁴¹ - de alocação da liberdade sexual dessas mulheres.

Por conseguinte, a primeira hipótese de alocação e restrição do conteúdo da autonomia privada deve ser refutada, uma vez que não há qualquer imposição de inalienabilidade ou intransmissibilidade da liberdade sexual, tampouco que restrinja o conteúdo dos serviços sexuais ou condicionem forma específica. No que tange as alocações regulatórias, que informam a aceção positiva da autonomia, observa-se que dos tipos penais não se originaram quaisquer disposições regulatórias da liberdade sexual, cujo fundamento pudesse confirmar a tutela da dignidade sexual e, pelo percurso sócio jurídico que antecedeu a atual legislação, incontroverso que jamais houve intuito promocional da mulher que se prostitui em prol da maximização do valor de sua liberdade.

E, por fim, a alocação restritiva experimentada, reciprocamente, pela mulher que se prostitui e por aqueles que com ela pretendem contratar, sequer pode ser afirmada pela necessidade de restrição de expressões de liberdade cujo exercício pudesse culminar na violação de outra esfera de liberdade, uma vez que o consentimento que demarca essas relações é peremptoriamente excluído como variável

241 Na estrutura formal-funcional do Direito Privado.

interdepende da violência que se pretende sutilmente sustentar. Ademais, se houvesse risco de dano à liberdade sexual e ao direito subjetivo que substancia o poder dispositivo da sua autonomia, certamente ele teria que ser verificado precipuamente na relação firmada entre a mulher que se prostitui e o contratante imediato dos seus serviços.

Diante disso, tem-se a prostituição, bem como as atividades denominadas de favorecimento à prostituição, no horizonte de legitimidade e coerência estrutural formal-funcional do Direito Privado, pela qual, dada a sua natureza existencial, deve refletir os princípios comuns aos atos de autonomia existencial e seus requisitos de validade, conforme revisitação sugerida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho esteve ancorado no objetivo geral de investigação dos fundamentos de legitimidade da ordem pública no Direito Privado, pelos quais ter-se-ia a operacionalização coerente entre as espécies de justiça particular, quais sejam, comutativa e distributiva, na estrutura formal-funcional do direito privado e seriam, ao final, correlacionados espaços de liberdades e não liberdades fundamentais, especialmente, na perspectiva da liberdade sexual das mulheres que se prostituem.

Para tanto, no Capítulo 2, foi projetada a compreensão da prostituição como um fenômeno jurídico em um ambiente social mais amplo, que congregasse aspectos sociais e políticos subjacentes na conformação da sexualidade pelo Estado de Direito e que permitisse, por conseguinte, delimitar, na maior medida do possível, os fundamentos que culminassem na restrição ou regulação da liberdade da mulher que se prostitui.

Desse contexto, inferiu-se que a produção discursiva do sexo, do gênero e do comportamento sexual como categorias estáveis e universais constituiu a base dos esquemas organizacionais distintivos entre os gêneros feminino e masculino e, por derivação, da própria liberdade sexual. A referida produção discursiva foi endossada com similaridade pela Igreja, por médicos psiquiatras e por psicólogos ao final do século XIX, impondo a estruturação binária da sexualidade e do gênero como uma consequência natural e inafastável das diferenças biológicas e fisiológicas entre o homem e a mulher.

Ao homem conferiu-se um impulso ávido e incontrolável pelo sexo e, em contraste, imprimiu-se na identidade da mulher a fragilidade, a histeria e a frigidez, razão pela qual o exercício da sua sexualidade voltar-se-ia exclusivamente à satisfação do seu marido e à procriação de filhos comuns, permitindo a perpetuação daquela unidade familiar. Foi, portanto, pela categoria dos sexos que o comportamento sexual masculino e feminino ascendeu como uma configuração social e normativa cuja expectativa é gerada pelos corpos.

Para tanto, a sexualidade enquanto dispositivo de poder, conforme denominado por Foucault, afirmou-se como instrumento eficaz na produção e controle de uma verdade científica acerca da sexualidade e, sobretudo, do corpo da mulher, simultaneamente analisado, categorizado e desqualificado. Diante disso, a constância atribuída ao dispositivo da sexualidade foi refutada pela historicização do sexo e do gênero, elementos constitutivos das relações sociais que culminaram na imposição, conforme a distinção sexual dos sujeitos, de práticas próprias ou impróprias na relação com o outro sexo.

A sexualidade da mulher, redutível às figuras da esposa e da mãe, é inajustável diante da conduta sexual fortuita ou onerosa. Porquanto, a normalização jurídica da sexualidade reputada sã, heterossexual, marital, monogâmica, reprodutiva e não comercial conferiu à família matrimonial, no ideal da sexualidade boa, a exclusividade da tutela jurídica e resignou à prostituição os espaços marginais da proibição, da ilicitude e da patologização.

Ocorre que, conforme demonstrou-se pela refutação da tese essencialista, não são pré-discursivos o sexo, o gênero ou o comportamento sexual. Logo, tem-se a sexualidade como um universo de alternativas e conjunções possíveis de significação e de construção da mulher, pelo qual o sexo, o gênero e o comportamento sexual ascendem como elementos independentes e não vinculantes.

Isso posto, buscou-se a compreensão da política interna da sexualidade, a fim de identificar seus mecanismos de controle, estigma, opressão e exclusão, que tornaram a prostituição um locus permanente de resistência e de disputa. Para tanto, foram investigados os fundamentos subjacentes ao tratamento jurídico conferido pelo Direito Moderno à prostituição e que culminaram, sistematicamente, na ocultação da mulher que se prostitui, especialmente, no Brasil, que adota o modelo legislativo denominado abolicionista.

O referido modelo pressupõe que a mulher que se prostitui é uma vítima social, sujeita à persuasão ardilosa do homem, de modo que não considera a prostituição fato típico, embora criminalize as atividades relacionadas ao seu exercício. A presunção inafastável da posição de

vítima atribuída à mulher na prostituição é, simultaneamente, um reflexo do dispositivo da sexualidade e uma conveniência conciliatória entre o Estado e a Igreja Católica que, reafirmando os distintivos de gênero e comportamentos sexuais correlatos, conceberam a prostituição como um mal necessário para manutenção da honestidade e da castidade das mulheres casadas, permitindo, por outro lado, que os homens satisfizessem seus impulsos ávidos.

A mulher que se prostituía era o revés da mulher virgem, honesta e honrada. Diante disso, coube ao Direito Penal realizar a distinção normativa entre as mulheres, pautada na correição do seu comportamento sexual, em boas e ruins, conforme a moralidade sexual cristã, denotando o triunfo da sexualidade verdadeira e lícita e, simultaneamente, ratificando a ocultação da mulher que se prostitui pela criminalização de toda e qualquer conduta que pudesse viabilizar sua atividade.

O controle e o poder que se estabeleceram pelo Estado de Direito, sobre a sexualidade das mulheres que se prostituíam, estabilizou-se com a contribuição da omissão colaborativa do Direito Privado que, na regulação da família, deslegitimou os comportamentos sexuais dissidentes das relações matrimoniais.

Diante da incontestável incompatibilidade entre a sexualidade, em sua construção multifacetada e inapreensível, e a rigidez do Estado de Direito, percorrerem-se algumas construções teóricas formuladas acerca da sexualidade da mulher em perspectivas feministas intituladas radicais e liberais, a fim de investigar a capacidade dessas matrizes teóricas de oferecerem fundamentos suficientes e compatíveis com uma visão plural e diversa da liberdade sexual, que impulsionasse a problematização posterior acerca dos fundamentos da racionalidade estrutural do Direito Privado.

Observou-se, contudo, que o dissenso fundamental entre feministas radicais e liberais foi igualmente influenciado pelo dispositivo da sexualidade e pauta-se, preponderantemente, na divergência acerca do papel da sexualidade da mulher. As abordagens feministas reunidas sob a denominação radical afirmam o caráter

perverso da pornografia e da prostituição, pelas quais ter-se-ia a perpetuação da dominação do homem sobre a mulher.

Por outro lado, para as feministas liberais, o problema causado pela pornografia e pela prostituição, em virtude do controle histórico exercido sobre a sexualidade, residiria tão somente na desigualdade de comportamentos e possibilidades sexuais acessíveis entre homens e mulheres. Tratar-se-ia, portanto, de uma desigualdade de alternativas sexuais disponíveis aos sexos.

Os movimentos feministas radicais enfatizam a violência, a degradação e a objetivação da mulher no contexto da prostituição e, nesse cenário, universalizam e perpetuam a construção da sexualidade da mulher sob a perspectiva exclusiva do homem, como um sujeito sexualmente inanimado. E, não obstante, tenham as feministas liberais se erigido do pressuposto de iguais liberdades individuais, permitindo o rearranjo da sexualidade para além da tese essencialista, também sofrem as limitações representacionais de uma política identitária, uma vez que tendem, invariavelmente, a conceber um modelo de sexualidade boa e universalizá-lo em concomitância com a generalização da categoria mulher.

A matriz teórica da sexualidade nas articulações propostas acerca do sexo, do gênero e do comportamento sexual recebe, dos feminismos, o impulso político necessário para problematização da sociedade e do Estado, sobretudo no que concerne aos tratamentos distintivos e discriminatórios entre homens e mulheres, perpetrados em detrimento dessas últimas. Contudo, a liberdade igual, enquanto premissa de organização social e invariavelmente jurídica, parece não ter sido suficiente ou adequadamente explorada, uma vez que sua discussão, no que se refere às mulheres, tem estado imersa e profundamente difusa num debate acerca das desigualdades de oportunidades e acessos, quando é incontroverso que, no Estado de Direito, trata-se ainda de um problema preliminar, qual seja, de liberdade formal.

Dessa forma, embora sejam irrenunciáveis as contribuições dos feminismos para a subversão das desigualdades entre os sexos,

observou-se a necessidade, igualmente compartilhada entre eles, de discutir a liberdade como um conceito jurídico de organização política que contemplasse a distinção necessária entre a sua forma e o seu valor (esse último compreendido como elemento substantivo que não tem o condão de autorizar ou deslegitimar o exercício da liberdade igual em sua forma jurídica).

Dante disso, concluiu-se pela incipiência justificatória dos fundamentos teóricos desenvolvidos pelas matrizes teóricas feministas investigadas. Buscaram-se, especificamente no Direito Privado, fundamentos históricos e filosóficos que fomentassem uma compreensão posterior da liberdade sexual e de suas coerentes alocações restritivas ou regulatórias. Esse percurso permitiu denunciar ou evidenciar a liberdade como um problema teórico persistente no tratamento distintivo conferido aos homens e mulheres.

Para tanto, no Capítulo 3, a pesquisa foi desenvolvida sob a premissa de que a coerência estrutural do Direito Privado se originaria do pressuposto formal de igual liberdade, método inicial de racionalidade e da descrição avaliatória das relações entre particulares, sintetizado na concepção de justiça comutativa, expressão de justiça particular, de tradição aristotélica, que regularia as transações voluntárias e involuntárias do Direito Privado, respectivamente pela justiça recíproca e corretiva. E, excepcionalmente, em atenção à função promocional do Direito, ter-se-ia o cambiamento dessa forma de racionalização das relações privadas pela incidência da justiça distributiva.

A incidência da justiça distributiva no Direito Privado promoverá, pela ordem pública, invariavelmente, a alocação restritiva ou regulatória de liberdades individuais, inclusive, fundamentais. Pela alocação restritiva, tem-se a delimitação de espaços de não liberdade, permanentes ou situacionais. E, pela alocação regulatória, tem-se a redução de expressões de liberdade sem que, contudo, o núcleo da liberdade regulada seja atingido, ou seja, trata-se de espaços de liberdade que, por outro lado, sofrem imperativos pontuais para seu exercício. As referidas alocações podem derivar do próprio Direito

Privado ou podem ser oriundas do Direito Público. A prostituição, notadamente, situa-se entre espaços de liberdades e não liberdades que emergem do limbo entre o Direito Privado e o Direito Penal, respectivamente.

Diante disso, objetivou-se, por breve incursão na história de desenvolvimento do Direito Privado, abstrair e elevar os fundamentos da sua constituição, a fim de deduzir os elementos lógicos que lhe conferem forma e impõem uma ordenação coerente entre liberdades e não liberdades. Para tanto, percorreu-se o desenvolvimento do Direito Privado no ocidente a partir da redescoberta do *Corpus iuris civilis* e das transformações experimentadas pela ciência jurídica europeia a partir dela, combinando elementos de Direito Romano e Canônico, sendo os primeiros mais tarde justificados e reorganizados a partir da filosofia aristotélica.

O recorte histórico estabelecido foi justificado pela percepção de que o Direito Privado no Brasil, colônia de Portugal até 1822 foi influenciado pela tradição jusprivatista experimentada no ocidente, não experimentando uma renovação legislativa até o início do século XX e, quando o fez, esteve inspirado no movimento de codificação ainda efervescente na Europa. Essa foi a conjectura na qual foi promulgado o Código civil francês de 1804, cuja influência foi determinante para promulgação do Código civil brasileiro de 1916.

Disso infere-se que, tal como no Direito Romano e, posteriormente, no Código francês, a liberdade de ser proprietário, de contratar, bem como a noção de responsabilidade do sujeito pela sua própria culpa, demarcaram a estrutura do Direito Privado brasileiro e sua coerência interna. As disposições referentes ao direito de família, contudo, foram e ainda são constitutivas de uma acrasia estrutural em decorrência da incorporação normativa dos princípios morais que engessam e conformam o dispositivo da sexualidade.

Não há sexualidade livre, não há comportamento sexual livre. Não há liberdade formal igual e essa acrasia discreta, mas, paradoxalmente, escandalosa na organização interna do Direito Privado, é responsável por parte dos equívocos cometidos quando a

liberdade formal e o valor da liberdade ou da igualdade são utilizados como conceitos sinônimos ou indissociáveis nas discussões acerca da prostituição e das atividades que lhe são acessórias.

Contudo, é exatamente pela promessa de liberdade igual que se tem uma possibilidade de abstração, pela história e pela racionalidade estrutural do Direito Privado, dos fundamentos que tem o condão de conferir normatividade aos seus dispositivos e, a partir disso, julgar os critérios que autorizam o cambiamento dessa racionalidade e a alocação restritiva ou regulatória de liberdade individuais que permitirá a organização coerente da liberdade sexual.

Dessa forma, recorreu-se ao fundamento que se observou constante e subjacente na história de desenvolvimento do Direito Privado no ocidente e, por conseguinte, no Brasil. Trata-se da assertiva segundo a qual a estrutura internado Direito Privado é melhor justificada pelos princípios básicos da tradição aristotélica, que remontam às duas formas de justiça particular, quais sejam, a justiça corretiva e a justiça recíproca, reunidas na expressão da justiça comutativa, cuja premissa deriva da presunção de igual liberdade entre os cidadãos.

O pressuposto de igual liberdade concilia, portanto, as formas de justiça particular e é refletido pela bipolaridade que demarca o Direito Privado, fornecendo os elementos integrados de correlação entre as partes, permitindo que deles se extraiam ainda sua estrutura racional. A igual liberdade constitui, dessa forma, o princípio unificador do Direito Privado, estruturado com força complementar de justificação e prescrição normativa, pela justiça corretiva e pela justiça recíproca, ou simplesmente, pela justiça comutativa que as reúne. A racionalidade estrutural do Direito Privado é, pois, formal.

A forma expressa a garantia de preservação e promoção do pressuposto de igual liberdade e representa, na tradição do formalismo jurídico de Weinrib, a pretensão do Direito Privado de apresentar-se como uma prática normativa imanentemente inteligível e distintiva dos elementos de fundamentação moral, religiosa ou filosófica instrumentais. Para tanto, deve recorrer a três características

elementares de justificação: a sua natureza, a sua estrutura e o seu fundamento.

Isso posto, percebeu-se que, no regime jurídico no qual se encontram imersas a prostituição e as atividades que lhe são acessórias, em especial no Direito Privado, tal prática normativa immanentemente inteligível, embora reflita transações voluntárias, sofre alocações restritivas e regulatórias de liberdade individual que não puderam ser justificadas por quaisquer das características internas de sua justificação. Significa dizer que a referida alocação não pode ser coerentemente justificada sob a perspectiva da justiça comutativa, uma vez que não compartilha do pressuposto de igual liberdade.

Diante disso, perquiriu-se (no horizonte de funcionalização do Direito Privado - movimento emergente a partir do século XX) de qual forma o liberalismo igualitário (referencial de justiça social) poderia oferecer novo design estrutural ao Direito Privado, concebendo, coerentemente, instâncias de atuação da justiça distributiva, sem torná-lo meramente contingencial ou abdicar de sua forma estrutural. A ambivalência da racionalidade do Direito Privado é uma premissa de desenvolvimento deste livro que tem origem na pesquisa de Rafael de Freitas Valle Dresh.

Dito isso, o liberalismo igualitário é afirmado como pressuposto teórico de correção compatível com a forma estrutural do Direito Privado, para uma releitura de sua estrutura justificatória, com fundamento na liberdade e na igualdade (pressupostos assentados), tal como na razão da justiça comutativa, na teoria liberal igualitária, concepção política de justiça apresentada por John Rawls e que fornece fundamentos para a arbitração entre os valores de liberdade e a igualdade, compatíveis com o regime constitucional democrático.

Para tanto, Rawls afirmou que uma organização apropriada das instituições políticas e sociais básicas é mais adequada à realização da liberdade e da igualdade se for orientada pelas diretrizes que podem ser derivadas dos princípios de justiça. O primeiro princípio, que assegura direitos e liberdades básicas iguais para todos, tem prioridade sobre a primeira parte do segundo princípio, que diz respeito às reivindicações

de igualdade equitativa. Por fim, esse último tem prioridade sobre o princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais devem ser constantemente mediadas e apresentar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

A prioridade da liberdade é conferida especificamente à liberdade de pensamento e de consciência, às liberdades políticas, à liberdade de associação e às liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa. A defesa de uma lista específica de liberdades fundamentais decorre da pressuposição de que sejam condições necessárias ao desenvolvimento das capacidades das pessoas ao longo da vida, quais sejam, a capacidade moral e a capacidade racional. Ademais, são tuteladas pela Constituição da República de 1988, conforme a tradição histórica que as singulariza, no contexto democrático, nas cartas e nas declarações de direitos humanos.

Isso posto, as liberdades fundamentais especificadas foram projetadas na distinção necessária entre regulação e restrição, que adjetivam a liberdade. Pela regulação, tem-se a necessidade de adequar as liberdades em um esquema coerente de liberdades e não liberdades, evitando que entrem em colisão umas com as outras. As restrições, por sua vez, indicam a supressão ou a limitação de uma esfera central daquela liberdade fundamental.

A prioridade que é conferida às liberdades especificadas implica, ainda, a concepção distintiva da liberdade formal e do valor da liberdade. Diferentes situações sociais e econômicas podem afetar as alternativas e opções disponíveis às pessoas para que exerçam liberdades fundamentais, afetando o seu valor. Contudo, a existência de proveitos menores de liberdade não afeta a sua prioridade, do mesmo modo que não afeta o seu pressuposto igualitário de titularidade e exercício. Significa dizer que a liberdade não pode ser restringida ou suprimida por situações sociais ou econômicas não ideias, mas regulada, na maior medida do possível, para maximização do seu valor.

Diante disso, para uma compatibilização adequada entre o liberalismo igualitário e o Direito Privado, foi imprescindível uma

análise acerca do lugar desse último naquela concepção política de justiça, a fim de identificar ou refutar qualquer risco de torná-lo meramente contingente.

Para tanto, primeiro foi analisada a divisão proposta por Rawls acerca dos tipos de normas sociais e dos arranjos distributivos demandados no interior da estrutura básica da sociedade. Concluiu-se que, ao Direito Privado, tem-se uma demanda distributiva pautada no rearranjo de direitos e deveres fundamentais que, na relação entre cidadãos livres e iguais, permita, pela liberdade de transação, que sejam estabelecidas as bases sociais do autorrespeito. Dessa forma, não cabe ao Direito Privado, no contexto liberal igualitário, promover a transferência de rendas e riquezas, pautada exclusivamente na comparação intersubjetiva entre particulares, como caberia ao Direito Público.

Nesse sentido, compartilhou-se a percepção de Samuel Scheffler, segundo a qual a posição de Rawls diante do Direito Privado seria compatível com o que ele denominou de distributivismo fraco. Por essa perspectiva, satisfeitas algumas condições necessárias à preservação e à promoção da justiça comutativa, o conteúdo do Direito Privado não poderia ser informado pela justiça distributiva. Isso posto, ter-se-iam os fundamentos inicialmente suficientes para impedir uma migração arbitrária da racionalidade estrutural do Direito Privado para os fins coletivistas.

A adequação da relação entre o Direito Privado e o liberalismo igualitário consistiu, sobretudo, na assunção de uma perspectiva mais ampla de justiça social, tanto para garantir que a maximização do valor da liberdade e da igualdade equitativa, quanto para que, do interior da estrutura básica, o Direito Privado receba também os fundamentos de legitimidade para o uso, pelo Estado, do poder coercitivo. Assim, nesse último tocante, cabe a compreensão residual do Direito Privado como impactado por uma exigência institucional de expansão da justiça, tal qual se sujeita a ordem pública.

Finalmente, buscou-se a verificação dessa relação proposta na estrutura formal do Direito Privado. Ou seja, perquiriu-se as

repercussões promovidas pelo liberalismo igualitário e, especialmente, pelo princípio da diferença que confere conteúdo à justiça distributiva, nas três características elementares para justificação do Direito Privado, qual seja, sua natureza, sua estrutura e o seu fundamento, a fim de verificar se ele ainda poderia ser afirmado como uma prática normativa imanentemente inteligível.

A natureza justificatória do Direito Privado, oriunda do pressuposto de igual liberdade, é compartilhada pelo liberalismo igualitário e, assim, não se tem por essa relação qualquer incoerência na estrutura daquele primeiro que indique sua instrumentalização ou ruptura. No que concerne ao liberalismo igualitário enquanto razão justificatória para o Direito Privado, concluiu-se não se tratar da espécie de externalidade que se pretende excluir da sua estrutura, na perspectiva do formalismo jurídico, uma vez que o liberalismo igualitário não anui com qualquer possibilidade de redução ou supressão do pressuposto de igual liberdade, pautada na assunção de fundamentos morais, religiosos ou filosóficos expressos em determinadas concepções de vida boa, razão pela qual confirma a imanência do Direito Privado.

Posteriormente, tendo sido sedimentada uma concepção fraca da justiça distributiva na relação proposta entre o Direito Privado e o liberalismo igualitário, reafirmou-se a alternância da racionalidade estrutural daquele primeiro, pela qual se tem o cambiamento da estrutura fundada na justiça comutativa para a justiça distributiva, sendo essa última de caráter residual e justificada pela verificação da insuficiência do pressuposto de liberdade igual para a constituição e execução de relações jurídicas.

Por fim, na terceira e última característica de justificação do Direito Privado no liberalismo igualitário, tem-se uma expansão do seu fundamento normativo para que, além de mediar o exercício das liberdades iguais, arbitre coerentemente a relação entre a liberdade e a igualdade, de modo que seja refletida a prioridade dessa primeira cuja regulação, restrição ou promoção deve observar as diretrizes oriundas da justiça distributiva.

O direcionamento normativo do direito privado no liberalismo igualitário deve, assim, conduzir a espaços mais igualitários para exercício das liberdades fundamentais, ou seja, deve proporcionar, pressupondo a liberdade e analisando substancialmente a igualdade, rearranjos normativos regulatórios para redistribuição de direitos e deveres na ordem jurídica jusprivatista.

A partir dessa análise, foi possível projetar a estrutura formal-funcional do Direito Privado no regime liberal igualitário, pela qual foram delimitadas as hipóteses gerais de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva que informariam um sistema coerente de alocação restritiva e regulatória de liberdades individuais.

Diante disso, passou-se a perquirir a juridicização da liberdade pela autonomia privada, instituto correlato e próprio do Direito Privado, traduzido pelo poder de disposição e de criação, dentro de limites razoáveis estabelecidos pela lei, de normas jurídicas entre particulares, e erigido ao centro da ordenação do Direito Privado como instituto jurídico de instrumentalização da justiça comutativa e que sofrerá, imediatamente, as alocações regulatórias ou restritivas decorrentes da justiça distributiva na estrutura formal-funcional do Direito Privado, para finalmente, identificar suas repressões nas atividades relacionadas à prostituição.

Para tanto, no Capítulo 4, inicialmente foram exploradas algumas variações conceituais acerca da liberdade e seus principais influentes no referencial distintivo entre liberdade negativa e positiva, objetivando uma especificação das hipóteses gerais de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva que informariam um sistema coerente de alocação restritiva e regulatória de liberdades individuais, apresentadas no Capítulo anterior. Esse sistema deveria adequar-se aos parâmetros históricos de racionalidade e inteligibilidade do Direito Privado e, dessa forma, refutar qualquer aleatoriedade de sua justificação normativa.

A liberdade foi inicialmente discutida sob a perspectiva do indivíduo e das suas limitações de ação no meio social. Posteriormente, a liberdade moderna, desenvolvida entre os séculos XVII e XIX,

período histórico de efervescência do Direito Privado e do movimento de codificação, foi combinada com a perspectiva do Estado, ou seja, com investigações múltiplas e controversas acerca dos padrões de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, limites de ação e alocação, respectivamente.

O contraste entre as perspectivas teóricas difundidas pelos liberais clássicos, pelos libertários e, ao final, pelos liberais igualitários, esteve ancorado na relação pretendida ou tolerada, em cada uma dessas abordagens, entre a liberdade e a igualdade, conflito acentuado no constitucionalismo democrático. A relação entre a liberdade e a igualdade foi ainda problematizada a partir dos sentidos negativo e positivo que a primeira assume, conforme explorado por Isaiah Berlin. A liberdade negativa representa o âmbito de ação do indivíduo que não pode ser ingerido por terceiros ou pelo Estado. Significa dizer, que seria isento de coercibilidade. A liberdade positiva, por sua vez, representa o direcionamento, pelo Estado, da liberdade individual, aproximando-se, portanto, da função promocional do Estado que emerge no contexto das teorias funcionalizantes do Direito Privado. Pela liberdade negativa, tem-se, portanto, a relação entre a liberdade e a igualdade formal e, pela liberdade positiva, há um direcionamento possível para a articulação entre a liberdade e a igualdade material, sendo, por essa razão, igualmente consideradas inafastáveis da estrutura formal-funcional do Direito Privado.

Diante disso, foi retomada a discussão da liberdade individual sob a perspectiva liberal igualitária. Concluiu-se que a prioridade conferida por Rawls às liberdades fundamentais especificadas abarcaria o sentido negativo da liberdade, ressalvada a liberdade política. Contudo, observa-se a possibilidade de regulação e restrição dessas liberdades sempre que essa ingerência seja necessária para a manutenção de um regime coerente de liberdades fundamentais iguais, sem prejuízo da sua aceção negativa.

O arbitramento proposto entre liberdade e igualdade, portanto, realiza-se entre os sujeitos, de forma relacional e recíproca, razão pela qual as liberdades fundamentais especificadas são consideradas

como condições necessárias ao desenvolvimento da personalidade moral. Vale dizer, a pessoa deve gozar das prerrogativas necessárias para desenvolver a capacidade de ser racional e de ser razoável. Para que seja racional, deve ter capacidade para escolher suas próprias concepções de vida boa e se autorresponsabilizar por elas. Para que seja razoável, deve revestir-se de capacidade de respeitar as outras pessoas por intermédio dos termos equitativos de cooperação.

As referidas capacidades, quando pressupostas, constituem o mínimo necessário para que alguém seja considerado membro pleno e igual na sociedade democrática, permitindo, por conseguinte, que se alcancem as bases sociais do autorrespeito.

Nesse sentido, percebeu-se que as liberdades fundamentais especificadas seriam expressões interdependentes da liberdade individual. Por meio delas, desenvolver-se-ia a personalidade moral. Assim, a liberdade de consciência e de associação, liberdades fundamentais prioritárias, sustentam-se pela liberdade de integridade da pessoa, cuja garantia se efetiva pelo império da lei.

Por outro lado, verificou-se que o sentido negativo da liberdade, nessa perspectiva, é corroborado pelo sentido positivo, uma vez que a combinação entre a liberdade fundamental e o valor da liberdade, expressa na relação entre liberdade e igualdade, consuma-se pelo princípio da diferença que, ao demandar a justiça distributiva, deve promover a distribuição de direitos e liberdades fundamentais iguais, projetando as bases sociais do autorrespeito.

Por essa razão, refutou-se uma relação entre a liberdade negativa e a liberdade positiva que impusesse coercitivamente qualquer concepção de vida boa ou doutrina abrangente do bem como razão justificatória do Direito Privado. E, diante disso, propôs-se um novo sistema de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva no Direito Privado, que correspondesse ao arbitramento entre a liberdade e a igualdade, abstraído do liberalismo igualitário, bem como suas limitações semânticas.

Nessa conjectura, observou-se que a sexualidade e, mais, a liberdade sexual em suas inapreensíveis formas de exercício, vinculadas

à liberdade de consciência e à integridade da pessoa (liberdades que afirmam a sexualidade como liberdade fundamental), não poderiam estar, legitimamente, sujeitas às limitações normativas oriundas do regramento do desejo e dos comportamentos sexuais estabelecidos no referencial distintivo dos sexos. Por essa razão, a prostituição, que decorre da liberdade sexual e ascende das relações negociais, foi finalmente projetada no design institucional da autonomia privada, forma de exercício de liberdade negocial no Direito Privado.

Para tanto, inicialmente demonstrou-se como a autonomia privada ascendeu no Direito Privado Moderno e suas variações conceituais até que representasse uma forma de poder conferido aos particulares para que criassem, dentro dos limites dispositivos estabelecidos pelo princípio liberal de legitimidades, normas jurídicas cujo conteúdo reflita o desenvolvimento das capacidades morais que informam sua personalidade moral e jurídica, constituindo negócios jurídicos patrimoniais ou existenciais. Dessa forma, a autonomia privada não é também sinônimo da liberdade individual, embora seja uma expressão limitada daquela, erigindo-se, portanto, dos espaços de regulação da liberdade. Assim, a autonomia privada aparece normativamente demarcada pelas hipóteses restritivas da liberdade.

Nesse contexto, a compreensão da prostituição como expressão da liberdade sexual foi projetada na perspectiva da autonomia privada e no eventual regime jurídico distintivo do seu exercício diante de situações jurídicas patrimoniais e existenciais, distinção firmada pelo conteúdo do direito subjetivo negociado. Pelas primeiras, têm-se as situações nas quais se verifica, em relação a prestação econômica, um equivalente pecuniário no momento da formação da relação jurídica. Pelas segundas, tem-se a vinculação imediata de direitos subjetivos de personalidade no conteúdo do negócio jurídico.

Os direitos de personalidade, regulados pelo Código Civil de 2002, conferem, pelo Direito Privado, a tutela e a eficácia das liberdades fundamentais de consciência e das liberdades relacionadas à integridade do corpo, julgadas imprescindíveis para o desenvolvimento da personalidade moral, permitindo o desenvolvimento mediato

ou imediato de outras liberdades individuais. Por essa razão, não se satisfazem com um dever geral de abstenção, conforme pretensão na liberdade negativa.

Por outro lado, a defesa pelo caráter intransmissível, indisponível e irrenunciável dos direitos de personalidade, com o qual corrobora a legislação brasileira, fez emergir um sistema incoerente e, por conseguinte, inseguro para que sejam formulados no contexto negocial. Diante disso, foi necessário evidenciar a distinção entre o direito subjetivo no qual se funda a autonomia privada existencial e o exercício daquele. A partir disso, foi possível concluir pela possibilidade da liberdade sexual constituir o núcleo de direitos subjetivos de personalidade que, por sua vez, poderiam ser objeto de disposição pela autonomia privada.

O regime de liberdades e não liberdades que foi refletido a partir do Direito Privado, resultando na relação interdependente entre as liberdades fundamentais, os direitos de personalidade e a autonomia privada, propulsionou uma leitura da autonomia privada na acepção negativa e positiva, melhor se adequando à estrutura formal-funcional do Direito Privado. Diante disso, a autonomia privada negativa foi apresentada como expressão do poder dispositivo que se originaria dos espaços normativos nos quais prevalece a presunção formal de igual liberdade.

Por outro lado, a autonomia privada positiva originaria-se dos espaços normativos demarcados pela ingerência da ordem pública. A ordem pública, nesse panorama, deve estar balizada pela importância do desenvolvimento das capacidades morais que informam a personalidade jurídica das pessoas, abdicando de qualquer intencionalidade moral, filosófica ou política como fator de correção do Direito e das condutas sociais.

Tal como a liberdade positiva, a autonomia privada positiva deve refletir, pela restrição e a regulação impostas às liberdades fundamentais, as justificativas normativas de alternância entre a justiça comutativa e a justiça distributiva no Direito Privado.

Isso posto, foi possível afirmar que as relações negociais acessórias à prostituição são firmadas sobre o substrato normativo que é conferido às mulheres que se prostituem pela concepção de direitos subjetivos e, notadamente, pela liberdade sexual que constitui parcialmente o núcleo dos direitos de personalidade e, por conseguinte, o poder dispositivo da autonomia privada.

Posteriormente, investigou-se qual a repercussão eventualmente promovida pela distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais para que, uma vez existente, fossem delimitados seus efeitos respectivos na estrutura formal-funcional do Direito Privado e na ordenação da autonomia proposta a partir dela.

Para tanto, foi analisada a tese de Maria Rose Vencelau Meireles, que, ao propor a tutela qualitativamente diversa da autonomia privada existencial, afirmou a prevalência dos princípios da gratuidade, do consentimento qualificado, da confiança e da autorresponsabilidade. O primeiro princípio foi totalmente refutado, ante a ausência de justificativa normativa razoável para que fosse estabelecido. O princípio do consentimento qualificado, por sua vez, foi endossado no que concerne à premissa de que a manifestação de vontade da qual se originam os atos de autonomia privada existencial deve ser pessoal. O princípio da confiança, lastreado na boa-fé objetiva, foi também recepcionado por essa pesquisa. Por fim, o princípio da autorresponsabilidade foi igualmente aceito em sua integralidade, sendo considerado correlato à autonomia, uma vez que impõe que as pessoas assumam as consequências positivas e negativas dos seus atos.

Estabelecidas essas premissas gerais, e tendo sido afirmado o caráter existencial da situação jurídica pela qual a mulher que se prostitui projeta sua liberdade sexual e, a partir dela, firma relações negociais por intermédio da autonomia privada, restou investigar se a suposta acrasia identificada na racionalidade estrutural do Direito Privado, provocada pela ingerência perpetrada pelo Estado de Direito nas relações jurídicas ligadas à prostituição, negando sua validade e

eficácia, poderia ser justificada pelo regime qualitativamente diverso da autonomia privada existencial.

Assim, especificamente pretendeu-se identificar se a alocação de ingerências no âmbito da liberdade sexual dessas mulheres: a) decorreria da necessidade de se impedir que a referida liberdade, na qual se funda sua autonomia, fosse objeto de transação; b) originaria-se de disposições regulatórias desiguais da liberdade sexual, cujo fundamento derivasse da identificação de alguma situação de vulnerabilidade patrimonial ou existencial que pudesse ser agravada em transações voluntárias ou involuntárias, afetando, portanto a forma de disposição dos direitos subjetivos sem, contudo, suprimir o poder dispositivo no qual se funda a autonomia privada; c) teria por objetivo a sua promoção, dado algum pressuposto de vulnerabilidade, viabilizando a maximização do valor de sua liberdade; ou d) encontraria-se ancorada na restrição de expressões de liberdade cujo exercício puder culminar na violação de outra esfera de liberdade.

Realizada uma incursão teórica nos tipos penais que circundam a prostituição, foi possível reascender a ideia de que, embora as mulheres que se prostituam sejam consideradas vítimas no sistema criminal, dado o pressuposto de violação da sua dignidade sexual e por essa razão, uma provável presunção de vulnerabilidade, a inexistência de qualquer esquema coordenado de promoção ou tutela da sua situação jurídica subjetiva existencial sugere uma incoerência interna no Direito Privado que se pretende dissolvida pela análise conjectural dos fundamentos - abstraídos legítimos - de alocação da liberdade sexual dessas mulheres.

Por conseguinte, a primeira hipótese de fundamento de alocação de restrição do conteúdo da autonomia privada das mulheres que se prostituem foi refutada, uma vez que não há qualquer imposição de inalienabilidade ou intransmissibilidade da liberdade sexual, tampouco há fatores que restrinjam o conteúdo dos serviços sexuais ou condicionem forma específica. No que tange as alocações regulatórias, que informam a aceção positiva da autonomia, observou-se que dos tipos penais não se originaram quaisquer disposições regulatórias

da liberdade sexual, cujo fundamento pudesse confirmar a tutela da dignidade sexual e, pelo percurso sócio jurídico que antecedeu a atual legislação, incontroverso que jamais houve intuito promocional da mulher que se prostitui em prol da maximização do valor de sua liberdade.

Por fim, a alocação restritiva experimentada, reciprocamente, pela mulher que se prostitui e por aqueles que com ela pretendem contratar sequer pode ser afirmada pela necessidade de restrição de expressões de liberdade cujo exercício pudesse culminar na violação de outra esfera de liberdade, uma vez que o consentimento que demarca essas relações é peremptoriamente excluído como variável interdepende da violência que se pretende sutilmente sustentar. Ademais, se houvesse risco de dano à liberdade sexual e ao direito subjetivo que substancia o poder dispositivo da sua autonomia, certamente ele teria que ser verificado precipuamente na relação firmada entre a mulher que se prostitui e o contratante imediato dos seus serviços.

Diante disso, conclui-se que a prostituição e as atividades conhecidas como sendo de favorecimento à prostituição situam-se no horizonte de legitimidade e coerência estrutural formal-funcional do Direito Privado, dada a natureza existencial da expressão de autonomia nas relações jurídicas em questão. Para o reconhecimento jurídico as relações mencionadas, deve haver observância dos princípios comuns aos atos de autonomia existencial e de seus requisitos de validade, conforme revisão sugerida.

Pelo exposto, não há qualquer fundamento de legitimidade do Estado para, no contexto constitucional democrático, ingerir na liberdade sexual das mulheres que se prostituem, promovendo alocações restritivas e/ou regulatórias que não sejam justificadas pela estrutura formal-funcional no qual se projetou o Direito Privado.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Informação Legislativa**, Brasília, a. 26, n. 102, 1989. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015. 299 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, p. 11-26, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 1 v.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, 22 p.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. 538 p.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007. 285 p.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017. 137 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p.

BORGES, Paulo César Corrêa. COELHO NETTO, Helena Henkin. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, n.25, p 317-336, 2013. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/927/917>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Küher. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. 160 p.

BOZON, Michel. Sexualidade e conjugalidade: a redefinição das relações de gênero na França contemporânea. **Caderno Pagu**, Campinas, n. 20, p. 131-156, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332003000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n. 11.1106 de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2005.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e

tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 fev. 1997.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil. **Coleção das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1830.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 211.888/TO. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz - Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mai. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/HC211888.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2017.

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 11, p. 11-28, 1998.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. 287 p.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 288 p.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 267 p.

CARMO, Paulo Sérgio do. **Entre a luxúria e o poder:** a história do sexo no Brasil. São Paulo: Octavo, 2011. 443 p.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007. 1406 p.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 600 p.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade.** Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. 363 p.

DABIN, J. **El derecho subjetivo.** Tradução de Francisco Javier Osset. Granada: Comares, 2006. 345 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. 1691 p.

DRESH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado:** uma teoria da justiça e da dignidade humana. São Paulo: Atlas, 2013. 221 p.

ENGEL, Magali. **Meretrizes e doutores:** saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). São Paulo: Brasiliense, 2004. 149 p.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro:** um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Saraiva, 2016. 304 p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil:** à luz do novo Código Civil brasileiro. 3. ed. rev. atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 399 p.

FERGUSON, Ann. Sex war: the debate between radical and libertarian feminists. **Journal of Womenin Culture and Society**, Chicago, v. 10, n. 1, p. 106-112, 1984. Disponível em: < <https://www.jstor.org/>

stable/3174240?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 04 jan. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2017. 1728 p.

FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. 369 p.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luis Felipe Baeta Neves. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 237.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 26ed. São Paulo: Loyola, 2016. 74 p.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. 149 p. 1 v.

FRANÇA. Code Civil. **Corps législatif**, Paris, 21 mar. 1804. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B4DF3FC36C37AC3A0A6963C077FAE5D9.tplgfr25s_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=18040105>. Acesso em: 05 jan. 2019.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito**: do jusnaturalismo ao pós-positivismo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. 424p.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48 ed. Recife: Global, 2003. 719p.

GABEIRA, Fernando. **Projeto de Lei n. 98, de 2003**. Dispõe sobre a exigibilidade de pagamento por serviço de natureza sexual e suprime os

arts.228,229e231 do Código Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104691>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

GAMA, André Couto e. **Direito civil**: sistema dos direitos de personalidade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 170 p.

GOLDMANN, Catherine. **L' Exploitation De La Prostitution: Un Fléau Mondial**. Paris, 2011. Disponível em: <https://www.fondationscelles.org/pdf/prostitution_fleau_mondial_2013.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2017.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 115p.

GORDLEY, James. **Foundations of private Law**: property, tort, contract, unjust enrichment. New York: Oxford University Press, 2006. 492 p.

GORDLEY, James. Myths of the French Civil Code. **The American Journal of Comparative Law**, v. 42, n. 3, 1994, p. 459-505. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/840698?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 02 out. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 237 p.

GUTIERREZ, Ana Luísa. **Feminismo y Prostitucion**: Fundamentos del Debate Actual En Espana. Spain: Trabe, 2006. 181 p.

HAYEK, Friedrich August. **Fundamentos da liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. 522 p.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Thomson Reuters, 2016. 88 p.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das letras, 2009. 227 p.

JEFFREYS, Sheila. **The idea of prostitution**. Melbourne: Spinifex Press, 1997. 398 p.

JESUS, Railda Maria Bispo de. Revisando concepções: as interfaces entre gênero, sexualidade e a escola. **Temas em Educação**, João Pessoa, v. 20/21, n.1/2, p. 48-66, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/rteo/article/viewFile/20218/11240>> Acesso em: 2 fev. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. 119 p.

KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. The Rawlsian view of private ordering. **Social Philosophy and Policy**, v. 25, n. 2, p. 288-307, 2008. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1147842>. Acesso em: 03 set. 2018.

LEITE, Gabriela. **Filha, mãe, avó e puta**: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: objetiva, 2009. 192 p.

LEITE, José Adércio Sampaio. As contribuições da escolástica tardia e do humanismo espanhol para o pensamento constitucional. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 85-100.

LIMA, Fátima. **Corpos, gêneros, sexualidades**: Políticas de subjetivação. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2014. 86 P.

LITRENTO, Oliveiros. Fundamentos filosóficos do direito romano e suas repercussões no pensamento jurídico contemporâneo. **Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 25, 1982. Disponível em: <<http://bibliotecadigital>.

fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/viewFile/60125/58445>. Acesso em: 13 nov. 2018.

LOSANO, Mário G. O pensamento de Noberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito. Tradução de Marcela Varejão. In: BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XI-XLIX.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 541-553, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2001000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 jan. 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino americano 2: rupturas – diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n.28, p. 10-19, 2016. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2016/02/DIR-28-01.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MARGOTTI, Alessandra. **Direito à prostituição: legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 274 p.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 13, n. 3, p. 483-505, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 jan. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2017. 1668 p.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 324 p.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo**: antigo e moderno. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3 ed. São Paulo: É Realizações, 2014. 383 p.

MIGUEL, Ana de. **Neoliberalismo sexual**: el mito de la libre elección. Madrid: Catedra, 2015. 352 p.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação brasileira de ocupações**. Brasília, 2008. Disponível em: Disponível em: <<http://www.mtebo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorCodigo.jsf>>. Acesso em: 16 de nov. de 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002. 786 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOUFFE, Chantal. **Feminismo, ciudadanía y política democrática radical**. São Paulo: Cia. Melhoramentos, Edição Especial (Cidadania e Feminismo), p. 29-47, 1999.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. **O direito civil pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós modernidade. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 74, 1998, p. 1-44. Disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/doutrina_LXXIV_1998.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. 395 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: Parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 855 p. 3 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais**. 2. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 310 p.

NUSSBAUM, Martha C. **Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano**. Tradução de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Espasa Libros, 2017. 266 p.

NUSSBAUM, Martha C. Whether from reason or prejudice”: taking money for bodily services. **Jornal of legal studies**, Chicago, v. XXVII, p. 693-724, 1998. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/efeb/d45c9b8ada3da4d84fd002f187d06dc4e866.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

OLIVEIRA, Alexandra. **Prostituição feminina, feminismos e diversidade de trajetórias**. Ex aequo, Vila Franca de Xira, n. 28, p. 17-30, 2013. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S087455602013000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 04 jan. 2019.

O’NEILL, Maggie. **Prostitution and Feminism: Towards a Politics of Feeling**. Cambridge: Polity Press, 2001. 240p.

OSBORNE, Raquel. **Debates actuales en torno a la pornografía y a la prostitución**. Revista de sociologia, Barcelona, n. 30, p. 97-107, 1988. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/25030/191483>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

PARADIS, Clarisse Goulart. **Feminismo, liberdade e prostituição: para além do dissenso democrático**. 2017. 340 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-AQKGWZ/tese_vers_o_biblioteca.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jul. 2018.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1993. 347 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 561 p. v. 1.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 359 p.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. 115 p.

PISCITELLI, Adriana. Entre ‘máfias’ e a ‘ajuda’: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. **Cadernos Pagu**, Campinas, n.31, p.29-63, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n31/n31a03.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2018.

PISCITELLI, Adriana. Feminismos e prostituição no Brasil: uma leitura a partir da antropologia feminista. **Cadernos de Antropologia Social**, Buenos Aires, n. 36, p. 11-31, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo>.

org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2012000200002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15 jul. 2018.

PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila. (Org.). A prática feminista e o conceito de gênero. **Textos Didáticos**, Campinas, n. 48, p. 7-42, 2002. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000114&pid=S0102-6992201400020000700016&lng=pt>. Acesso em: 10 jun. 2018.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. 195 p.

PORTALIS, Jean Étienne Marie. **Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil**. Tradução de Adela Mora. Madrid: University of Madrid, 2014. 53 p.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016. 216 p.

PRECIADO, Beatriz. Multidões queer: nota para uma política dos “anormais”. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 11-20, 2011. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2011000100002/18390>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

RAGO, Luzia Margareth. Amores lícitos e ilícitos na modernidade paulistana ou no bordel de Madame Pommery. **Teoria e pesquisa**, n. 47, p. 93-118, 2005. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/46/39>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

RAGO, Luzia Margareth. **Os prazeres da noite: prostituição e códigos da sexualidade feminina em São Paulo (1890-1930)**. 1990. 523 f. Tese (Doutorado em História) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 1990. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/325802>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

RAMALHO, Nélson. O trabalho sexual: discursos e práticas dos assistentes sociais em debate. **Sexualidad, Salud y Sociedad**. Revista latino-americana, n. 12, p. 64-91, 2012. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/2933/293324656004.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p. 430.

RAWLS, John. **Uma toria da justiça**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 764.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código civil brasileiro**: série cadernos do CEJ. 3 ed. Brasília, 2002. p. 1-20.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do código civil. In: **O novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. 21-59 p.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código civil. In: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). Novo Código Civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1-16.

RIPSTEIN, Arthur. The division of responsibility and the law of tort. **Fordham Law Review**, v. 72, n. 5, 1-30, 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=541522>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito privado e da Codificação**. 3 ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Tradução de Magda Lopes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992. 430 p.

RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito

na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 41 n. 163, 113-130, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em 04 out. 2018.

RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. 391 p.

RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1054>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo**: notas para uma teoria radical das políticas da sexualidade. Tradução Felipe Bruno Martins Fernandes. Revisão Miriam Pillar Grossi. 2012. 54 p. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1229/rubin_pensando_o_sexo.pdf?seq> Acesso em: 2 fev. 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. 354 p.

SCHEFFLER, Samuel. Distributive justice, the basic structure and the place of private law. **Oxford Journal of Legal Studies**, p. 1-23, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ojls>>. Acesso em: DIA set. 2018.

SILVA, Clóvis V. Do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Informação Legislativa**, Brasília, n. 97, p. 163-180 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181784>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SILVA, Juan Pergoraro. A construção histórica do poder de punir e da política penal. n: SALLES, Leila Maria Ferreira; SILVA, Joyce Mary Adam de Paula e. (Orgs.). **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 71-102.

SILVA, Lucas Duarte. A escola de salamanca: entre o medievo e a modernidade. **Seara filosófica**, Pelotas, n. 6, p. 76-84, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/2566/2359>>. Acesso em 12 jan. 2018.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/146436638/Gayatri-Spivak-Pode-o-Subalterno-Falar>>. Acesso em jun. 2018.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 222 p.

STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista direito e liberdade**, v. 18, n. 1, p. 221-245, 2016. Disponível em: <https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1181>. Acesso em: 06 jun. 2018.

SUMMERS, Robert S. O caráter formal do direito. Tradução de Manoel Gustavo Neubarth Trindade. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva. p. 237-268.

TAMANAH, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. Tradução de Thalia Simões Cerqueira e Rubens Glezer. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva. p. 25-64.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 407 p.

TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Sexualidade, gênero e gerações: continuando o debate. In: VILELA, Ana Maria Jaco e SATO, Leny. (Org.). **Diálogos em psicologia social**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012. p. 147-167.

VALVERDE, Eduardo. **Projeto de Lei nº 4244, de 2004**. Institui a profissão de trabalhadores da sexualidade e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=266197>. Acesso em 07 jan. 2017.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: **Superior Tribunal De Justiça: doutrina**. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

VITA, Álvaro de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 332 p.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 304 p.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes. (Org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p. 35-82.

WEINRIB, Ernest J. **La idea de derecho privado**. Trad. Eze Paez. Madrid: Marcial Pons, 2017.

WEINRIB, Ernest. A teoria do formalismo jurídico. Tradução de Catarina Helena Cortada Barbieri. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva. p. 259-270.

WEINRIB, Ernest. **La idea de derecho privado**. Tradução de Eze Paez. Madrid: Marcial Pons, 2017. 274 p.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 5 ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 2015. 768 p.

WITTIG, Monique. El **pensamiento heterosexual y otros ensayos**. Tradução de Javier Sáez e Paco Vidarte. Madrid: Egales, 2006. 127 p.

WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei n. 4211, de 2012**. Regulamenta a atividade dos profissionais do sexo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829>. Acesso em: 07 jan. 2017.

