HAL
open science

Pensar juridicamente a sexualidade

Daniel Borrillo

To cite this version:

Daniel Borrillo. Pensar juridicamente a sexualidade. Eder Fernandes Monica; Ana Paula Antunes Martins. Qual o futuro da sexualidade no direito?, Bonecker Editora; Editora Universidade Federal Fluminense, pp.7-10, 2017, 978-85-93479-01-4. hal-01528596

HAL Id: hal-01528596

https://hal.science/hal-01528596v1

Submitted on 29 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PREFÁCIO

Pensar juridicamente a sexualidade

Eder Fernandes Monica e Ana Paula Antunes Martins, organizadores do interessantíssimo livro *Qual o Futuro da Sexualidade no Direito?* solicitaram minha intervenção para abrir a reflexão dos interessantes textos dos diferentes autores que compõem dita obra. Agradeço o convite e saúdo o trabalho realizado. Em poucas palavras e de modo sucinto, apresentarei os grandes lineamentos do que poderia constituir uma base teórica de um pensamento jurídico em matéria de sexualidade.

A libertação sexual e a expansão pandêmica da AIDS durante a segunda metade do século passado colocaram a sexualidade no centro do debate político e social. Circunscrita à esfera da *privacy*, a sexualidade irrompe no espaço público, em primeiro lugar graças à ação do feminismo e posteriormente às reivindicações do movimento LGBT. Entretanto, a sexualidade continua sendo a atividade humana mais difícil de se emancipar tanto da moral tradicional quando do discurso médico, o que obscurece a análise jurídica.

Em princípio, uma teoria jurídica da sexualidade deveria se inscrever no prolongamento de uma filosofia política laica construída a partir da ideia de autonomia da vontade do sujeito de direito autônomo e responsável que desenvolve sua liberdade a partir de eleições racionais.

A atividade sexual, como toda atividade humana, é múltipla e variada. Depende da representação que a partir dela os indivíduos são forjados. O leque se desenrola desde aquelas concepções que concebem o sexo como uma ação meramente reprodutiva no marco do matrimônio até os que fazem da libertação sexual uma forma de vida. Há aqueles que preferem as pessoas do próprio sexo e aqueles que encontram o prazer no sexo oposto. O sexo pode constituir uma identidade ou simplesmente um ato sem conotação subjetiva. Para algumas pessoas sexo e amor são indissociáveis, outros fazem da sexualidade uma atividade onerosa.

Uma regulação justa da sexualidade deve colocar entre parênteses os diferentes sentidos que cada indivíduo outorga a sua vida erótica. Não existe, em nossas sociedades multiculturais, um consenso substancial em matéria sexual. Em tal marco, a ação do Direito deve ser minimalista, reduzindo sua intervenção ao cumprimento de dois princípios gerais: o consentimento livre dos indivíduos e a ausência de prejuízo a terceiros.

A partir de uma leitura dessacralizada da sexualidade (emancipada da tradição e das ideologias não problematizadas) e de uma concepção modesta do Direito, minha reflexão pode se interpretar como o resultado de um espanto intelectual, por um lado, e da aplicação de uma filosofia consensualista do sujeito erótico e da naturalidade moral do Estado em matéria sexual, por outro.

Comecemos pelo espanto: a constatação universal da proibição do incesto como uma fonte do mundo normativo, como a antropologia propõe, não encontra equivalência no Direito. Segundo Maurice Godelier, "a proibição do incesto consiste em fazer o social com o sexual", também Lévi-Strauss demonstra que a proibição do incesto é a matriz da norma enquanto critério do permitido e do proibido. De tal modo que a regulação da sexualidade aparece como a atividade normativa originária em função da qual se articulam todas as outras formas de regulação. Desde esta perspectiva antropológica, resulta surpreendente o desinteresse da teoria geral do Direito pela sexualidade. É por isso que, frequentemente, os juristas se comportam melhor como

moralistas que como profissionais do Direito na matéria. Uma teoria jurídica da sexualidade ainda está por ser construída.

Abandonar a sexualidade à norma moral (ou religiosa) ou deixá-la nas mãos do discurso médico ocasionou grandes danos ao pensamento jurídico. A modernidade jurídica nunca chegou à sexualidade e é por isso que é necessário pensá-la a partir dos critérios propostos pela filosofia liberal que irradia toda a ordem jurídica democrática. Habermas nos adverte do perigo que corremos ao criticar radicalmente a modernidade, instalando-nos de maneira acrítica na era pós-moderna, fazendo, desse modo, o jogo do conservadorismo e da regressão. A modernidade é definitivamente, em matéria de sexualidade, um projeto inacabado. Trata-se de pensar as bases jurídicas do (auto)governo da sexualidade a partir dos dois pilares mencionados anteriormente: o consensualismo e a neutralidade do Estado.

O consensualismo se baseia na ideia de que a legitimidade de um ato repousa exclusivamente na vontade livre e consciente das partes. Diferentemente da moral religiosa que impõe um sentido unívoco da sexualidade, a filosofia consensualista renuncia tal pretensão: cada indivíduo é livre para dar à sexualidade a significação que deseja. A modernidade implica assim o abandono de uma erótica uniformizada em benefício de uma concepção pluralista da sexualidade que concede o mesmo valor às diferentes escolhas individuais. Isento dos vícios de consentimento (erro, dolo, violência, intimidação e lesão econômica) e de prejuízo a terceiros, o ato sexual consentido é lei para as partes. Permita-me recordar também que o Direito trata da vontade (entidade racional) e não do desejo (entidade irracional).

A neutralidade moral do Estado significa que este último não deve promover uma moral sexual específica sob pena de se converter ele mesmo em imoral. A neutralidade garante o pluralismo já que o Estado se abstém de fomentar uma forma de sexualidade em detrimento de outras, sempre que se trate de indivíduos livres e capazes de consentir. A liberdade se converte em tirania quando o Estado pretende conhecer melhor que o indivíduo o que é bom para este último. Só a ausência de consentimento e o prejuízo ocasionado a terceiros justificam a sanção do Direito.

Trata-se, pois de desconstruir o dispositivo da sexualidade (*scientia sexualis*) extraindo a sexualidade de qualquer regime de excepcionalidade para aproximá-la ao Direito comum, tornando-a banal.

Não podemos pretender ser pós-modernos se, todavia, não cumprimos com as exigências da modernidade. Arrancar a sexualidade da moral e da clínica e instalá-la no Direito implica passar necessariamente pela modernidade para, é claro, logo criticá-la.

Daniel Borrillo

Professor de Direito na Université Paris Ouest. Pesquisador associado do CNRS Paris II. Autor do tratado *Droit des sexualités*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009.

Tradução de Eder Fernandes Monica