



## **A TUTELA JURÍDICA DO DIREITO À PROSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.**

*Ana Laura Bernadelli Nunes<sup>1</sup>*

### **RESUMO**

A autonomia da vontade é fator central dos direitos da personalidade e do princípio da liberdade, possibilitando a livre disposição do próprio corpo. Nesse contexto, o trabalho abordou o fenômeno da prostituição à luz dos direitos personalíssimos à integridade, ao corpo e à sua disposição. Em específico, estudou o direito à disposição do próprio corpo de acordo com o princípio da dignidade humana, com os direitos humanos e fundamentais, através da pesquisa qualitativa, aplicada, descritiva e explorativa, com procedimentos bibliográfico e documental. Concluiu que a ausência da autonomia da vontade viola a liberdade de escolha no contexto da prostituição.

**Palavras-chave:** Prostituição. Direitos da Personalidade. Direito ao Corpo. Dignidade Humana.

*“Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito”*

(Pontes de Miranda)

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, estagiária da Justiça Federal e membro do Programa de Educação Tutorial.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho discute a tutela jurídica da prostituição à luz dos direitos personalíssimos à integridade, ao corpo e à sua disposição. O objetivo principal do trabalho é questionar se a prática da prostituição fere ou é respaldada pelos direitos da personalidade. Por sua vez, o fim específico do artigo é estudar o direito à disposição do próprio corpo em de acordo com o princípio da dignidade humana e com os direitos humanos e fundamentais.

A metodologia adotada segue uma abordagem qualitativa, pois serão analisados dados estatísticos já publicados sobre a prostituição no Brasil e no mundo. Inclusive, levantamentos de diversas instituições, principalmente ONG's, como a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), e pesquisas quantitativas da, como as conduzidas por Farley e Barkan.

Ademais, a presente pesquisa, no campo das ciências sociais aplicadas, teve objetivos exploratórios, descritivos e explicativos. Exploratórios porque a relação entre prostituição e direitos da personalidade é um tema que, apesar de muito relevante, é pouco estudado e pesquisado. O objetivo descritivo se refere à exposição do fenômeno sociojurídico. O explicativo se deve à pretensão de abordar a relação entre a prostituição como direito da personalidade.

Quanto aos procedimentos da pesquisa, adotou-se principalmente o bibliográfico, para analisar o estado da arte em relação ao tema-objeto do trabalho. As referências teóricas da pesquisa têm base nas obras de Pontes de Miranda, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes etc. Também foram utilizados juristas que escreveram sobre direitos da personalidade de forma atual e didática, como o professor Anderson Schreiber. Outro procedimento adotado foi o documental, pois recorreu-se a fontes das mais diversas, como doutrina, pesquisas estatísticas, relatórios, entrevistas, matérias de jornais.

Os direitos da personalidade são aqueles que protegem os atributos humanos no âmbito das relações privadas, tem como características a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, alguns deles constam no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988. Devido a limitação de páginas, a pesquisa foca em alguns direitos personalíssimos, o direito à integridade, ao próprio corpo e à sua disposição, conforme previsto no Código Civil de 2002.

Nesse contexto, investigou-se a conformidade da prostituição com o ordenamento jurídico brasileiro. A problemática consiste no fato da prática da prostituição, a disposição de direitos personalíssimos pode importar na diminuição permanente da integridade, acontecendo, muitas vezes, em desacordo com o princípio da autonomia da vontade.

Para elucidar essa questão, será adotado como ponto de partida o princípio da dignidade humana, passando pelos direitos humanos e fundamentais, até chegar ao direito da personalidade. Serão expostos a materialização e interpretação desses institutos no Direito brasileiro, para refletir sobre sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DA PROSTITUIÇÃO**

Em 2012, um estudo da fundação Scelles apontou que mais de 40 milhões de pessoas se prostituíam no mundo e a maior parte delas eram mulheres com idades entre 13 e 25 anos (FERNANDES, 2012, p.1). Além disso, Jessé Souza (2009, p. 208) afirma que a prostituição no Brasil é muito maior e muito mais generalizada do que se costuma admitir. O Brasil, país com os maiores índices de homicídios contra transexuais, onde 90% da população transexual tem a prostituição como fonte de renda e possibilidade de subsistência, de acordo com levantamentos da ANTRA (2018, p.18), devido à opressão e à falta de oportunidades a que essa população é submetida. Percebe-se que as pessoas prostituídas no Brasil e no mundo não são um grupo heterogêneo, mas sim um homogêneo de pessoas historicamente oprimidas por uma sociedade patriarcal, machista, sexista e LGBTQIA+fóbica.

É comum associar o início da prática da prostituição com circunstâncias que envolvem vulnerabilidade, trauma e desamparo. Jessé Souza (2009, p.175), ao falar dos primórdios da sociedade brasileira, demonstra como condições materiais e sociais precárias de existência levam à prostituição, como a socialização familiar disruptiva na vivência das prostitutas, de forma que são pessoas marcadas por relações instrumentais e abusos sexuais sofridos na infância.

O estudo canadense de Chris Bagley e Loretta Young (2009, p.1) confirma esse histórico de relações instrumentais ao demonstrar que 73% das prostitutas foram abusadas sexualmente na infância em comparação com 29% de um grupo populacional aleatório. Outra pesquisa com prostitutas em São Francisco aponta que 57% afirmam terem sido abusadas sexualmente na infância, 49% disseram que foram vítimas de agressão física na infância e 84% relataram a falta de moradia atual ou anterior à prostituição (FARLEY, BARKAN, 1998, p.1).

No Brasil, a ANTRA (2018, p. 18) estima que 90% da população transexual encontra sua subsistência na prostituição, isso porque é nesse meio em que a feminilidade das travestis e mulheres transexuais é reconhecida e desejada, também é onde elas desenvolvem amizades, redes de solidariedade e proteção. Pode-se afirmar estatisticamente que a vulnerabilidade que

leva a esse estado na maioria das vezes. Inclusive, o desejo de sair da prostituição, estimado por 89% das prostitutas entrevistadas no estudo de Farley (2004, p. 2), reflete a falta de opção e de oportunidade do grupo envolvido. Percebe-se que a prostituição não é uma escolha, na maioria das vezes, conforme se extrai do trecho abaixo:

O que se procurará deixar evidente, ao contrário do que pretendem as abordagens “politicamente corretas” sobre o assunto, é que a profissão de prostituta não é, na maioria dos casos, uma escolha propriamente dita dessas mulheres, mas percebê-la como diz Pierre Bourdieu como uma “escolha pré-escolhida”, na qual as prostitutas são inclinadas a orientarem sua conduta a partir de alternativas previamente definidas. (Jessé Souza, 2009, p. 208)

A prática da prostituição também é um lugar de violência, um “lugar de morte”, expressão do relatório da ANTRA (2018, p. 47). A pesquisa de Farley e Barkan (1998, p.1) apontou que, na condição de adultos na prostituição, 82% sofreram agressão física, 83% foram ameaçados com uma arma de fogo, 68% haviam sido estuprados durante o trabalho. A ANTRA (2018, p. 17) apresentou em seu relatório um dado do atlas da violência de 2019 que indica que 70% dos assassinatos foram direcionados aos profissionais do sexo.

No âmbito da prática da prostituição, além da integridade física, a integridade psíquica da pessoa prostituída é violada. Um estudo feito em 9 países aponta que 68% das mulheres prostituídas apresentou transtorno de estresse pós-traumático (TPT), níveis comparados aos de alguns ex-combatentes da Guerra do Vietnã (FARLEY, 2004, p. 2).

Nesse contexto, não só é justificável, mas é extremamente importante, entender o fenômeno da prostituição, que pode ser analisado sob diversas perspectivas, social, econômica e jurídica, além de ter intrínseca relação com o princípio da dignidade humana.

### **3 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

O pensamento kantiano é uma referência central na filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana (BARROSO, 2010, p.16), a importância por ele atribuída à dignidade “define nossas concepções atuais sobre direitos humanos universais”. (SANDEL, 2012, p.137). Segundo Immanuel Kant (2004 citado por BARROSO, 2010, p.18), “as coisas têm preço” e podem ser substituídas por outras equivalentes, mas pessoas estão acima de todo preço e não podem ser substituídas, tendo, portanto, dignidade.

Segundo Barroso (2010, p.3), a ideia de dignidade, “um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”, símbolo do valor inerente da pessoa humana, fundamento dos direitos humanos e fundamentais, foi construída historicamente de maneira gradual. Seus primórdios remetem a antiguidade clássica. O conceito passou pela cultura judaico cristã com a ideia do homem feito a imagem e semelhança de deus. No iluminismo, a dignidade migrou para a filosofia, fundada na razão, liberdade e, portanto, autonomia do indivíduo.

No século XX, a ideia de dignidade se tornou um objetivo político. Após a 2ª Guerra Mundial, com o pós-positivismo e a inclusão do conceito em tratados internacionais e constituições, a dignidade ganhou uma representação jurídica, tornando-se o fundamento dos direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, pode-se perceber que a dignidade humana foi abraçada pela esfera jurídica, de forma que se tornou, além de um valor pré e “extra-jurídico”, um princípio jurídico fundamental.

Barroso (2010, p. 15) explica que “a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles”. Assim, a dignidade é materialmente primordial, pois consta na Constituição Brasileira de 1988, e é princípio para os direitos fundamentais. Entretanto, a dignidade não se confunde com os direitos fundamentais, sendo um parâmetro de ponderação em caso de concorrência entre eles.

A dignidade humana é fundamento e orientação dos direitos humanos e fundamentais e, nesse sentido, Barroso (2010, p.3) aponta a necessidade de dotá-la de conteúdos essenciais para que não se torne “um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade”, isto é, não seja um conceito vazio, capaz de ser invocado para defender posições contrárias.

Barroso (2010, p. 22) entende como aspectos essenciais da dignidade humana o valor intrínseco, a autonomia, e o valor social da pessoa humana. O valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade dela, impedindo, inclusive, condutas autorreferentes lesivas, e está na origem de uma série de direitos fundamentais, ele decorre de um postulado kantiano (2004 citado por BARROSO, 2010, p.22) anti-utilitarista e antiautoritário, que entende que o homem é um fim em si mesmo e não meio para a realização de metas alheias.

Desse modo, a autonomia da vontade envolve a capacidade de autodeterminação, essa, por sua vez, pressupõe informação e ausência de privações essenciais, ou seja, pressupõe a existência de um mínimo existencial. A dignidade como valor comunitário promove a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes, a proteção do direito de terceiros e a proteção de valores sociais. Para utilizar o valor comunitário sem autoritarismo, deve-se levar em conta

se existe um direito fundamental em questão, se existe consenso social forte em relação ao tema e se existe risco efetivo para o direito de outras pessoas.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.95) afirma que, “numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais)”.

Anderson Schreiber (2013, p.13) explica que a dignidade é fundamento dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. Isso porque todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica (SCHREIBER, 2013, p. 13). A tutela da dignidade no plano internacional é designada direitos humanos. Já a tutela da dignidade no plano de um só Estado é designada direitos fundamentais. Finalmente, a tutela da dignidade no plano das relações privadas é designada direitos da personalidade. Vale ressaltar que essa diferenciação entre direito público e privado foi superada pelos contemporâneos que falam sobre um direito uno, o direito constitucional.

Urge ressaltar a necessidade de se refletir sobre a intrínseca relação da dignidade humana com os direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Sarlet (1998, p.109) compreende que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana”. De acordo com isso, conclui Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p.159), “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Continua o jurista, “o problema persiste em discernir que pretensões podem ser capituladas como exigência desse valor”.

A noção de direitos fundamentais também não é natural, mas sim construída historicamente. Assim, os direitos nem sempre existiram como concebidos atualmente. O entendimento de direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e a positivação deles na Constituição Federal de 1988, norma suprema do ordenamento jurídico com força vinculativa máxima, não foi dado, mas sim construído.

Para justificar a existência dos direitos fundamentais, buscou-se e ainda se busca um substrato absoluto para esses direitos, entretanto essa visão é considerada contraproducente para vários juristas, como Bobbio (1992, citado por MENDES, BRANCO, 2011, p. 157). Visto que os direitos são variados e frutos de momentos históricos diferentes, seria mais condizente buscar, em cada caso concreto, as razões para a elevação de um direito à categoria fundamental (MENDES, BRANCO, 2011, p. 157).

As características dos direitos fundamentais são controversas devido à dificuldade de fixar características válidas a todo tempo e lugar quando esses direitos são frutos de contextos diferentes. Apesar disso, é frequente associar aos direitos fundamentais algumas características, como a historicidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade etc.

Entretanto, a principal característica dos direitos fundamentais é o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica concreta. Inclusive, isso que os diferencia dos direitos humanos, estes são reivindicações de respeito à pessoa humana de base jusnaturalistas, não necessariamente positivadas. Apesar do modo de proteção e grau de efetividade diferentes, um direito pode ser ao mesmo tempo, humano e fundamental, por exemplo, quando um direito humano internacional é positivado no ordenamento jurídico doméstico de um Estado.

Essa diferenciação entre direitos fundamentais, proteção jurídica à dignidade humana positivada por determinado Estado, e direitos humanos, proteção jurídica à dignidade humana utilizada no plano internacional e de base jusnaturalista, se refere ao plano distinto de analisar o mesmo fenômeno, a tutela jurídica da dignidade, como explicou o professor Schreiber (2013, p.24).

Assim, os direitos fundamentais são garantidos e limitados no espaço e no tempo à medida que são consagrados na ordem jurídica concreta. No Brasil, os direitos ditos fundamentais estão consagrados ao longo da Constituição Federal de 1988, principalmente no art. 5º e incisos, como direitos constitucionais, o que lhes dá um valor diferenciado, sendo oponíveis para todos, até contra o Estado e o interesse público, e sendo superior a todos os poderes constituídos, isto é, Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem atuar de acordo com os direitos fundamentais, sob pena de invalidade.

No Brasil, o preâmbulo da atual Constituição Federal de 1988 já aponta a importância dos direitos fundamentais, ao proclamar que a Assembleia Constituinte teve como inspiração o propósito de “instituir o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança.”

Bobbio (2019, p. 37-110), compreende o ordenamento jurídico como um sistema complexo de normas que deve ter como característica a unidade e a coerência. Essa coerência passa pela materialização na lei ordinária dos grandes princípios e garantias fundamentais. Os direitos da personalidade são a materialização de prescrições dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, expressas no inc. X do art. 5º da Constituição.

Apesar de ser o mesmo direito sob o ponto de vista de sua tipificação, a doutrina costumava distinguir as liberdades públicas dos direitos da personalidade. Adriano de Cupis (2008, p. 34) explica que direitos da personalidade estão relacionados com o plano privado. Já

liberdades públicas estão no plano público e consistem em normas de direito público que tutelam e satisfazem a necessidade de liberdade do indivíduo. Essa divisão implica que os direitos da personalidade continuam existentes mesmo sem reconhecimento estatal, já as liberdades públicas dependem dessa positivação.

Schreiber (2013, p.14) afirma que “os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais”, visto que constam expressamente no título II da Constituição Federal de 1988, mas “nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade”, afinal o rol constitucional se preocupa com questões além das personalíssimas, por exemplo as patrimoniais.

Quanto aos fundamentos jurídicos dos direitos da personalidade, Adriano de Cupis (2008, p. 19-71) explica que há uma corrente positivista que entende que os direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo Estado. De outro lado, a corrente jusnaturalista entende os direitos da personalidade como inatos e preexistentes ao Estado. Percebe-se que a corrente positivista aproxima os direitos da personalidade dos direitos fundamentais, enquanto a corrente jusnaturalista aproxima os direitos da personalidade dos direitos humanos.

Sobre os direitos da personalidade, afirma Pontes de Miranda:

Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora. (2012, p. 61)

A necessidade da construção do direito da personalidade remete ao direito contemporâneo, que teve como marco inicial a Revolução Francesa, que foi amplamente influenciada pela doutrina do liberalismo econômico, o qual fazia frente ao Estado Leviatã com o ideal de máxima liberdade aos particulares e Estado mínimo. Acreditava-se que os indivíduos livres alcançariam o bem comum, mas o que se viu no campo das relações privadas foi a “progressiva degradação do homem pelo próprio homem”, marcada pela Revolução Industrial, caracterizada pela exploração dos operários (SCHREIBER, 2013, p.3). O que se pode entender é que em um cenário de desigualdade, os vulneráveis não tinham liberdade de fato, pois não tinham escolha, eram livres apenas para se submeter à exploração dos que possuíam os meios de produção.

Foi no contexto histórico de crise humanitária nas relações privadas do séc. XIX que surgiram as primeiras construções sobre os direitos da personalidade. A expressão “direitos da personalidade” foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para se referir aos direitos inerentes ao homem, que preexistiam ao reconhecimento do Estado, e eram essenciais à condição humana (SCHREIBER, 2013, p. 5).

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência no âmbito jurídico privado, impregnado pelo liberalismo conservador e pela sua incompreensão, razão de diversas divergências teóricas (SCHREIBER, 2013, p. 5). A propósito, Savigny entendia que os direitos da personalidade tinham uma contradição em si, uma vez que tinham como objeto o sujeito, e se a personalidade diz respeito à prerrogativa de ser sujeito de direitos e deveres, o ser humano não poderia ser objeto do direito (SCHREIBER, 2013, p. 5).

A repercussão das guerras mundiais e do holocausto, provocou a redescoberta da vulnerabilidade das pessoas e da necessidade de proteger a dignidade humana (SCHREIBER, 2013, p. 6). Assim, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reconhece a dignidade inerente ao homem e seus direitos iguais inalienáveis como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz. As ideias da Declaração influenciaram muitas constituições do século XX, como a Constituição Federal de 1988, que considera a dignidade como a razão de ser do Estado Democrático de Direito.

A propósito do tema, Maria Helena Diniz (2002, p. 135) entende que os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa, de defender o que lhe é próprio, sua integridade física, intelectual e moral. Rubens Limong França (1996, p. 1033) escreve que os direitos da personalidade são faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa, do sujeito, bem como suas emanções e prolongamentos, também divide os direitos dessa natureza em três áreas: direito à integridade física, intelectual e moral.

Dessa forma, a maior parte da doutrina defende que os direitos da personalidade, em suma, são intransmissíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, extrapatrimoniais, vitalícios, comuns à existência da pessoa e que têm efeitos para todos.

Além do direito à vida, tem-se o direito à integridade física, que tem como objeto o direito a integridade corporal. De acordo com Miranda (2012, p. 77), o direito à integridade física e o direito à integridade psíquica podem ser ofendidos pela própria pessoa, o que seria ilícito. Além disso, são irrenunciáveis, como os demais direitos da personalidade, mas a irrenunciabilidade não implica que eles não estejam sujeitos à ponderação em caso de embate com outros direitos.

Também é espécie do direito da personalidade o direito ao próprio corpo como realização da própria pessoa e não de entidades alheias. O professor Schreiber (2013, p. 28) entende a necessidade da constante readequação do que seria apropriado sobre disposição do próprio corpo ao contexto cultural vigente e afirma que o melhor critério sobre o que seria apropriado ou não acerca do tema é a finalidade do ato.

No Brasil, os direitos da personalidade têm alicerce no princípio da dignidade humana, que é fundamento da República brasileira, conforme art. 1º, III da CF. Ademais, tem tratamento constitucional, pois tem relação com “direitos e garantias fundamentais” constantes no art. 5º da Constituição Federal de 1988. No direito privado, por sua vez, os direitos da personalidade estão previstos na parte geral do Código Civil de 2002 sob o título “Direitos da Personalidade”.

## **4 DA REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITO DA PERSONALIDADE**

### **4.1 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 é o resultado de um ato de desvinculação do regime ditatorial militar anterior, por isso reflete um novo paradigma: a superação do individualismo, liberalismo e autonomia privada em sentido absoluto. É a Constituição Federal de 1988, pois teve ampla participação popular em sua elaboração e porque apresenta preocupação com a cidadania, que envolve a proteção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, influenciada, assim como outras constituições do século XX, pelas ideias de dignidade como valor central, foi a primeira do constitucionalismo pátrio a reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana, incorporando-o como fundamento do Estado Democrático de Direito, como prevê em seu art. 1º, dando-lhe posição de destaque no ordenamento jurídico (SARLET, 1998, p. 64-146). Nesse contexto, o princípio da dignidade foi outorgado na qualidade de norma que fundamenta e informa da ordem constitucional.

O princípio da dignidade é visto como fundamento dos direitos fundamentais, estes foram positivados pela Constituição Federal de 1988 sem precedentes na história brasileira, na parte inaugural do texto e com título próprio, o título II da constituição, sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (SARLET, 1998, p. 64-146).

Sob esse título, os direitos da personalidade têm sede constitucional, previstos no art., 5º, inc. X. A constituição ainda consagrou os direitos e garantias individuais e como cláusula pétrea, ou seja, não podem ser abolidos por emendas, conforme prevê o art. 60, §4º.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 definiu como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução de desigualdade e a promoção do bem de todos sem descriminalização.

O fundamento do Estado democrático de direito, os objetivos da República brasileira e a positivação em sede constitucional dos direitos e garantias fundamentais, entre eles os direitos da personalidade, apontam para uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Além disso, os direitos fundamentais estão formalmente reconhecidos constitucionalmente e devem ser materialmente efetivados, de modo que essa efetivação passa pela positivação dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 (TEPEDINO, 2004, p.7).

#### 4.2 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Uma das principais inovações da Parte Geral do Código Civil de 2002 é o tratamento de forma sistemática dos direitos da personalidade na Parte Geral do Código Civil de 2002, Livro I, Título I, Capítulo II, “Direitos da Personalidade”, em específico arts. 11 ao 21, o qual apresenta um rol meramente exemplificativo.

Segundo Schreiber (2013, p. 10-16), ao tratar de tal matéria, o legislador comete alguns erros, alguns próprios de sua época, que comprometem o entendimento da matéria. O autor aponta como um dos equívocos do legislador o tratamento da matéria de forma excessivamente rígida e de modo puramente estrutural, o que não se ajusta a própria natureza dos direitos da personalidade, que pode se modificar conforme o lugar e o tempo.

O tratamento dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002 aponta uma mudança, o abandono de um aspecto essencialmente patrimonial, como ocorria no Código Civil de 1916, fruto de uma sociedade agrária e conservadora, e a adoção de uma preocupação com o indivíduo, para além do patrimônio, em harmonia com a Constituição Federal de 1988.

Assim, o Direito Civil passa por um processo de “despatrimonialização” e “repersonalização”, visando tratar o patrimônio como meio e a pessoa como fim. Dessa forma, tem-se a constitucionalização do Direito Civil, uma leitura do diploma civilista à luz da Constituição, e de acordo com os fundamentos e objetivos da Constituição.

O artigo 11 do Código Civil de 2002 estabelece que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. O dispositivo consagra a característica da intransmissibilidade dos direitos da personalidade que, devido a sua natureza de manifestação essencial da condição humana, não podem ser alienados ou transmitidos a outrem por ato entre vivos ou pela morte de seu titular.

Outra característica consagrada que interessa a esse estudo é a irrenunciabilidade, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. A propósito, o enunciado nº 4 do CJF/STJ (BRASIL, 2002) aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente, nem geral. Na III Jornada, foi aprovado um complemento o que vedava o exercício com “abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes”.

Apesar da previsão de que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade.

Schreiber (2013, p. 26) entende que “o art. 11 do Código Civil de 2002 opta por uma resposta radical” pois, em uma leitura literal, veda qualquer “limitação voluntária” aos direitos da personalidade e referido entendimento colocaria em ilicitude atos comuns do dia a dia, como furar a orelha. O autor entende que tais direitos devem ser considerados irrenunciáveis no sentido de que o titular não pode renunciar -los de modo definitivo.

Schreiber (2013, p. 26) ainda defende a ideia de que, para analisar a legitimidade das autolimitações aos exercícios desses direitos irrenunciáveis, é importante levar em conta: i) o alcance, não podendo ser geral, ii) a duração, não podendo ser permanente, iii) a intensidade, o grau de restrição que se impõe ao exercício desses direitos e iv) a finalidade da autolimitação, devendo ser de interesse direito e imediato do próprio titular. O autor assevera que a tarefa de analisar a legitimidade das autolimitações é difícil e não há fórmula.

Já Pontes de Miranda (2012, p. 76-77) adota o consenso público, o consentimento do operado e a ausência de dolo e culpa como critérios a serem analisados para reconhecer violações à direitos da personalidade.

Por sua vez, o art. 13 prevê que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, que se refere ao direito da personalidade ao próprio corpo e à integridade.

Para Schreiber (2013, p. 34), “no afã de apresentar soluções definitivas para um problema de secular complexidade, o legislador acabou elegendo critérios puramente estruturais, que se mostram insuficientes e, pior ainda, incompatíveis com a realidade atual”. Ele defende que seria preferível usar critérios funcionais, como o alcance, a duração, a intensidade e a finalidade da autolimitação.

## **5 DA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO DIREITO DE DISPOR DO PRÓPRIO CORPO**

Um dos casos mais emblemáticos sobre a disposição do próprio corpo é a proibição do “arremesso de anão”. O arremesso de anão é uma atração das casas noturnas de Paris que consiste em clientes arremessando pessoas com nanismo com o intuito de se divertir. Após autoridades municipais proibirem a atividade, Manuel Wackenheim, um trabalhador que tem nanismo e trabalhava sendo arremessado, recorreu da decisão e ganhou (BARROSO, 2010, p. 29).

Todavia, autoridades municipais apelaram da decisão e o Conselho de Estado Francês, a mais alta instância administrativa francesa, vedou o lançamento de anão por considerá-lo atentatório à dignidade humana (BARROSO, 2010, p. 29). O caso foi apresentado por Wackenheim, que considerava a proibição um atentado à sua dignidade alegando a afronta à sua liberdade de exercer a profissão, ao Comitê de Direitos Humanos da ONU (ONU, 2002).

O Comitê manteve a decisão do Conselho de Estado Francês alegando que o “arremesso de anão” é uma prática que viola a dignidade humana do próprio Manuel. Esse caso mostra o conflito de interesses entre o senhor Wackenheim, que alega ter o direito de dispor de seu corpo sendo arremessado e que isso é defensável de acordo com a liberdade individual, a livre iniciativa, a autonomia e a dignidade.

O entendimento decorrente do caso do arremesso de anão pode ser aplicado aos casos de prostituição. No Canadá, após muito tempo de proibição da prostituição com base na ideia de dignidade (BARROSO, 2010, p. 8), a Suprema Corte do Canadá suspendeu as restrições contra à prostituição alegando que as prostitutas ficavam mais vulneráveis na clandestinidade. Na África do Sul, a Suprema Corte decidiu pela proibição da prostituição. Já na Corte Constitucional colombiana, decidiu-se pela não proibição alegando os preceitos de igualdade (CAMBAÚVA, 2010).

No Brasil, a prostituição não é considerada ilícita, mas não é uma atividade fomentada pelo Estado. No Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 477.138/SP (BRASIL, 2019), os ministros acompanharam o relator no entendimento de que a prostituição constitui atividade profissional, reconhecida no rol das profissões do Ministério do Trabalho, não sendo ilícito. Além disso, o relator defendeu que não há razão para negar proteção jurídica à pessoa que oferece serviços de natureza sexual em troca de remuneração, salvo se essa troca envolver incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis, desde que o ato sexual seja uma disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.

A racionalidade de referida decisão foi usada no HC 211.888/TO (BRASIL, 2016) no qual o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 6ª Turma, cujo relator foi o ministro Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, considerou a prostituição como um ato lícito.

## **6 DA CONFORMIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO**

Diante do exposto, vale responder se a prostituição está em conformidade com o Direito brasileiro e em acordo com o direito ao corpo e à sua disposição. O art. 13 do Código Civil de 2002 prevê que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, é possível afirmar que a prostituição é um ato de disposição do próprio corpo que pode importar a diminuição permanente da integridade física.

Não convém realizar maiores esforços para classificar ou não a prostituição como contrária aos bons costumes, mas é importante acrescentar que o conceito de bons costumes, apesar de vago e impreciso, deve ser entendido à luz da Constituição Federal de 1988, que é pautada pelo pluralismo, pela promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, como objetivo fundamental da República e pela laicidade.

Como foi salientado, o Código Civil de 2002 usa critérios estruturais questionáveis, que engessam o entendimento do que é permitido ou não (SCHREIBER, 2013, p. 12). Esse engessamento não é compatível com os direitos da personalidade que são fluídos e variam de acordo com o contexto social (SCHREIBER, 2013, p. 12). Se utilizada exclusivamente a exegese literal, o artigo proibiria não só a prostituição, mas várias práticas cotidianas como tatuagens e bifurcações na língua, formas de disposição do corpo que importam permanentemente na diminuição da integridade física.

O caráter de intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade está positivado no art. 11. do Código Civil de 2002 que prevê que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Nesse sentido, a prostituição configura-se como ato lícito conforme o julgamento do HC 211.888/TO, o que não está regulamentado em lei. Como os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade humana, a lei que os limita deve ser fundamentada por um princípio de estatura equivalente.

Pelo entendimento literal do art. 11, a prostituição, limitação do direito da personalidade ao próprio corpo e sua integridade, não poderia ocorrer devido ao caráter da irrenunciabilidade do direito personalíssimo.

Mas a compreensão do art. 11 é amparada pelos enunciados das Jornadas de Direito Civil, que afirmam que os direitos da personalidade só podem ser limitados voluntariamente, de forma não permanente nem geral, e que é vedada a limitação que se constituiu como abuso de direito por seu titular ou que contraria a boa-fé objetiva e os bons costumes. Mesmo com o entendimento da Jornada de Direito Civil, a prostituição não seria permitida, devido ao fato de ser uma disposição que pode colocar a integridade em risco. Entretanto, como já dito, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a disposição de certos atributos do direito da personalidade.

Além disso, a prostituição enquanto disposição de direitos da personalidade deve respeitar o princípio constitucional da dignidade humana. De acordo com Barroso (2010, p. 24 e 25), “a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação” que “[...] pressupõe determinadas condições pessoais e sociais para seu exercício, para a adequada representação da realidade, que incluem informações e ausência de privações essenciais”.

Nesse sentido, a dignidade diz respeito ao poder de escolha em não se prostituir. No entanto, referida escolha só pode ser autônoma se o indivíduo tiver informação e ausência de privações essenciais. Percebe-se que a escolha da prostituição só pode ser considerada autônoma e digna se a pessoa não for vulnerável. Infelizmente, a maior parte das prostituídas não fizeram essa escolha com autonomia, pois careciam do mínimo existencial, de condições sociais e materiais, como já demonstrado.

A prostituição é assunto polêmico e entre o próprio movimento feminista, há discordâncias sobre se a prostituição é uma atividade “empoderadora” ou opressora e sobre qual seria a melhor maneira de proteger as pessoas prostituídas.

Segundo matéria de Queiroz (2017, p. 1), as defensoras da legalização da prostituição entendem que a prostituição é um trabalho como outro qualquer. Para elas, no contexto capitalista, é comum as pessoas venderem seus serviços, a diferença é que as prostituídas vendem serviços sexuais. Aqui, elas invocam a liberdade e a autonomia das pessoas envolvidas. Elas não negam que as prostituídas são vítimas de violência, mas entendem que tentativas de coibir a prostituição só deixaram as pessoas prostituídas mais marginalizadas e mais vulneráveis a diversos níveis de violência. Para elas, deve-se combater o machismo e a misoginia e criar um ambiente seguro e regulamentado para as prostitutas ficarem seguras.

De acordo com a matéria, as abolicionistas afirmam que a prostituição é uma prática indigna e violenta, que trata os prostituídos como um meio e não como um fim em si. As adeptas desse pensamento defendem que não se pode naturalizar que pessoas em desespero econômico mercantilizem seu corpo e sua sexualidade. Nesse sentido, elas entendem que a prática da prostituição deva ser combatida, mas esse combate não passa pela criminalização ou punição das pessoas prostituídas que são vítimas, mas sim pela criminalização dos clientes.

Diante dos dois argumentos opostos, percebe-se que o dilema jurídico principal da questão envolve liberdade e dignidade. Normalmente, a liberdade é invocada no sentido de livre iniciativa e disposição do próprio corpo, enquanto a dignidade é invocada no sentido de que a prostituição viola a dignidade do sujeito prostituído, já que ele dispõe de seu direito ao corpo e se coloca em risco físico e psicológico.

Sobre liberdade, Amartya Sen diz que não há liberdade sem condições existenciais básicas. Segundo ele, as liberdades substantivas que desfrutamos para exercer nossas responsabilidades são extremamente dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais (SEN, 2000, p. 322). De acordo com essa visão de liberdade, não se pode falar que a maioria das pessoas que se prostituem o fazem por liberdade. Isso porque, como bem visualizou Jessé Souza (2009, p. 175) e foi demonstrado estatisticamente por Farley (2003, p. 2), a maior parte das pessoas se prostituí porque estão desamparadas econômico ou socialmente, portanto não fizeram uma escolha livre.

Sen, ao considerar o desenvolvimento como liberdade e a liberdade como dependente de condições básicas formais e materiais, aponta para o direito à função promocional, que deve promover o mínimo existencial através dos direitos positivos de segunda geração, caracterizados pela promoção da igualdade material. Por outro lado, promocional porque, em vez de repreender e punir ações consideradas ilícitas, promove ações lícitas, tornando estas necessárias, fáceis e vantajosas (ALMEIDA; BITTAR, 2019, p. 823-830).

Nesse contexto, uma possível solução para o dilema da prostituição seria promover o mínimo existencial para que as pessoas tenham realmente liberdade no sentido de escolher se querem ou não praticar a prostituição em vez de se prostituírem por falta de opção devido ao desespero econômico e social.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, diante do exposto, verifica-se que a prostituição decorre majoritariamente de uma condição de necessidade da pessoa, a qual se vê compelida a prostituir-se diante da inevitável necessidade de conseguir meios de subsistência. Desse modo, a escolha do ofício, em regra, não é livre. Se não é livre, não é digna, pois lhe falta a autonomia.

Além disso, as condições sob as quais se realizam a prostituição são sabidamente degradantes, e ensejam uma série de violências. Vale ressaltar que, na prostituição, o corpo do indivíduo passa a ser o próprio instrumental de trabalho. Logo, esta ocupação diferencia-se das demais não pelo fato de a escolha não ser livre, mas pelo fato de o objeto do negócio jurídico ser diretamente o corpo do trabalhador e da trabalhadora.

Ademais, apesar de a prostituição não ser considerada ilícita, verifica-se grande dificuldade de defesa da prostituição sob o ponto de vista civil e laboral, em razão de ser atividade tratada ainda de forma moralista pelos operadores do direito. A dificuldade da defesa da prostituição aumenta quando se analisa especificamente os direitos da personalidade positivados no Código Civil de 2002, visto que eles são tratados de forma engessada e moralista. Assim, diferentemente de outros ofícios, a prostituição reside em uma espécie de limbo jurídico, sendo a omissão também uma política jurídica, nesse caso se configura uma política de abandono dos profissionais do sexo.

À guisa de conclusão, aponta-se, portanto, que apesar da ausência de liberdade de escolha ser uma característica de uma série de ofícios, na prostituição a situação se agrava. Seja pelo fato de o corpo ser o objeto do negócio jurídico, em aparente contradição com o art. 11 do Código Civil de 2002, seja pela situação degradante na qual o trabalho se realiza que pode atentar contra o corpo e sua integridade. Assim, sabendo-se que o princípio constitucional da dignidade humana ainda não vale para todos no plano fático, dificilmente verifica-se uma pessoa que optou pela atividade da prostituição.

Conclui-se por uma adoção de política pública de enfrentamento ao problema da prostituição que vise o caráter promotor do direito em vez do repressivo. Nesse sentido, é

necessário a promoção do mínimo existencial para que se possa vir a discutir a prostituição como uma atividade laboral digna.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo CB. **Curso de filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

AZEVEDO, António Junqueira de. CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, nov., 2002.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). **Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017**. Salvador: ANTRA, 2018. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BAGLEY, Chris; YOUNG, Lorreta. Juvenile prostitution and child sexual abuse: a controlled study. **Canadian Journal of Community Mental Health**. Desconhecido, v. 6, p. 5-26, periodicidade desconhecida, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. 2010. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. ed esp. São Paulo: Edipro, 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 4. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650#:~:text=O%20exerc%C3%ADcio%20dos%20direitos%20da,n%C3%A3o%20seja%20permanente%20nem%20geral.>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 211.888/TO. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. DJ 17 mai. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 477.138/SP. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. DJ, 29 out. 2018.

CAMBAÚVA, Daniella. Corte Constitucional da Colômbia regulamenta prostituição. **Operamundi**, local desconhecido, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/6813/corte-constitucional-da-colombia-regulamenta-prostituicao>> Acesso em 9 mar. 2021.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARLEY, Melissa *et al.* Prostitution and trafficking in nine countries: An update on violence and posttraumatic stress disorder. **Journal of trauma practice**, cidade desconhecida, v. 2, n. 3-4, p. 33-74, periodicidade desconhecida, 2003.

FARLEY, Melissa; BARKAN, Howard. Prostitution, violence, and posttraumatic stress disorder. **Women & health**, local desconhecido, v. 27, n. 3, p. 37-49, periodicidade desconhecida, 1998.

FERNANDES, Daniela. Mais de 40 milhões se prostituem no mundo, diz estudo. **BBC**, Desconhecido. 18 jan. 2012. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/01/120118\\_prostituicao\\_df\\_is#:~:text=Mais%20de%2040%20mil%C3%B5es%20de,luta%20contra%20a%20explora%C3%A7%C3%A3o%20sexual.&text=O%20documento%20tamb%C3%A9m%20analisa%20a,de%20tr%C3%A1fico%20de%20seres%20humanos](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/01/120118_prostituicao_df_is#:~:text=Mais%20de%2040%20mil%C3%B5es%20de,luta%20contra%20a%20explora%C3%A7%C3%A3o%20sexual.&text=O%20documento%20tamb%C3%A9m%20analisa%20a,de%20tr%C3%A1fico%20de%20seres%20humanos)>. Acesso em 07 mar. 2021

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Tratado de Direito Privado: parte especial – tomo VII: direito de personalidade. Direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

ONU mantém proibição francesa a “lançamento de anões”. **Folha**, Genebra, 27 set. 2002.

Disponível em: <

<https://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u22081.shtml#:~:text=ONU%20mant%C3%A9m%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20francesa%20a%20%22lan%C3%A7amento%20de%20an%C3%B5es%22,->

[da%20Reuters%2C%20em&text=Em%20um%20comunicado%20divulgado%20hoje,considere%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20dignidade%20humana%22.>](https://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u22081.shtml#:~:text=ONU%20mant%C3%A9m%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20francesa%20a%20%22lan%C3%A7amento%20de%20an%C3%B5es%22,-). Acesso em 10 jun. 2020.

QUEIROZ, Nana. A três faces da prostituição. **AZmina**, local desconhecido, 20 mar. 2017.

Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/as-tres-faces-da-prostituicao/>. Acesso em 19 mai. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 1998.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2020.

SOUZA, Jessé *et al.* **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: editora UFMG, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

## **THE JURIDICAL PROTECTION OF THE RIGHT TO PROSTITUTION UNDER THE RIGHT TO PERSONALITY**

### **ABSTRACT**

The object of this paper is the phenomenon of prostitution according to the rights of personality, specifically, rights of integrity to the body and to the body's disposition. It was questioned if prostitution is in accordance with such rights. To elucidate this problem, the analysis was based in the principle of human dignity, human and fundamental rights. As theoretical references, it was consulted the productions of the most renowned jurists in the academy and in the courts, such as Pontes de Miranda and Luís Roberto Barroso. The research was intended to be qualitative, applied, descriptive and exploratory, with bibliographic and documentary procedures. It concludes that there is not dignity in prostitution when there is no freedom and autonomy to choose.

**Keywords:** Prostitution. Rights of Personality. Right to the Body. Dignity.