



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO.**

BELMIRO VIVALDO SANTANA FERNANDES

**O DANO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO À PESSOA EM
DECORRÊNCIA DE ORIENTAÇÃO SEXUAL**

**Salvador
2006**

BELMIRO VIVALDO SANTANA FERNANDES

**O DANO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO À PESSOA EM
DECORRÊNCIA DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Privado e Econômico.

Orientadora: Profa. Mônica Neves Aguiar da Silva.

Salvador
2006

TERMO DE APROVAÇÃO

BELMIRO VIVALDO SANTANA FERNANDES

O DANO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO À PESSOA EM DECORRÊNCIA DE ORIENTAÇÃO SEXUAL.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito Privado e Econômico, Universidade Federal da Bahia – UFBA, pela seguinte
banca examinadora:

A

Walderez, minha nobre mãe,

Antonieta, minha doce avó,

Daniel, meu eterno companheiro.

AGRADECIMENTOS

A Daniel, por tudo: pelo amor, companheirismo, reflexões, paciência, dedicação, apoio na infra-estrutura doméstica, sinceridade nas horas mais difíceis... citar seria o mesmo que reduzir a sua importância, que é a máxima, para mim.

À minha mãe e a minha avó, pelo apoio incondicional em todos os momentos, pela saudade durante momentos que estivemos afastados, pela atenção, carinho, respeito, amor.

À professora Mônica Aguiar, minha orientadora, pelo incentivo, paciência, simpatia e apoio para o desenvolvimento desta pesquisa.

À professora Maria Auxiliadora Minahim, pelo exemplo de dedicação à Academia, pelo carinho e pela atenção sempre dispensada.

Ao meu querido mestre Alexandre Sérgio da Rocha, pela amizade e apoio fundamental em todas as horas, do início ao fim da minha trajetória neste mestrado.

Aos funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, pelo tratamento especial que sempre me fora concedido, exemplos de dedicação e competência

Aos amigos, professores, coordenadores e demais colegas de trabalho, por sempre estarem prontamente dispostos a me ajudarem nas difíceis etapas da elaboração deste texto.

Aos meus alunos, pela paciência e colaboração em toda a pesquisa.

Ao Grupo Gay da Bahia, pelo auxílio indispensável para a coleta dos dados analisados.

A Deus, pela luz que sempre me fora concedida nos momentos de maior angústia.

RESUMO

Esta dissertação buscou examinar a aplicação da responsabilidade civil por danos morais como instrumento de proteção às pessoas que são discriminadas em decorrência de orientação sexual. A partir da interlocução possível entre a Constituição e o Direito Civil, examinou-se o valor filosófico da dignidade humana e seu reconhecimento jurídico como princípio constitucional, cuja aplicabilidade revela-se plena mediante a utilização das teorias lastreadas no pensamento pós-positivista. Objetivando o reconhecimento de sua máxima eficácia, pôs-se em aproximação a dignidade humana perante os direitos de personalidade e direitos fundamentais, enquanto suas decorrências normativas, enfrentando-se, com relação a estes últimos, o regramento da direta aplicação do direito à igualdade às relações jurídicas entre particulares. Reconhecidos tais limites, estudou-se mais detidamente o instituto da responsabilidade civil por danos morais, mediante o levantamento de seus pressupostos e das diversas correntes que regulam sua aplicação. Neste contexto, buscou-se o regramento da livre expressão da sexualidade como decorrência do exercício da dignidade, mediante levantamento de dados antropológicos, científicos e históricos que atestam a ocorrência e legitimação social da homossexualidade em outras culturas e épocas, bem como os elementos que motivaram sua discriminação. A seguir, expôs-se o quadro da tolerância da orientação sexual no Brasil, a partir da análise de exemplos contemporâneos, conferindo-se especial destaque aos casos levados a julgamento nos tribunais pátrios. A pesquisa indicou que, embora a sociedade brasileira ainda discrimine pessoas em decorrência de orientação sexual, o ordenamento jurídico pátrio é capaz de indenizá-las moralmente por tais agressões, considerando que o livre exercício da sexualidade é componente da plena manifestação da personalidade e satisfação do corolário da dignidade humana.

Palavras-chave: Dano moral; Homofobia; Orientação Sexual; Dignidade.

ABSTRACT

This dissertation searched to examine the application of the civil liability for pain and suffering as instrument of protection to the people who are discriminated in result of sexual orientation. From the possible interlocution between the Constitution and the Civil law, the value philosophical of the dignity of human being and its legal recognition as constitutional principle were examined, whose applicability shows full by means of the use of the theories based in the thought after-positivism. Objectifying the recognition of its maximum effectiveness, the dignity set in approach the rights of personality and constitutional rights, while its normative results, searching, with regard to these last ones, the regulation of the direct application of the right to the equality to the legal relationships between particular. Recognized such limits, the institute of the civil liability for pain and suffering was studied more specifically, by means of the survey of estimated its and the diverse chains that regulate its application. In this context, the regulation of the free expression of the sexuality searched as result of the exercise of the dignity, by means of data-collecting, scientific and historical that certifies the occurrence and social legitimation of the homosexuality in other cultures and times, as well as the elements that had motivated its discrimination. To follow, the picture of the tolerance of the sexual orientation in Brazil was exposed, from the analysis of examples contemporaries, conferring special to the taken cases of the judgment in the native courts. The research indicated that, although the Brazilian society still discriminates people in result of sexual orientation, the native legal system is capable to indemnify them for such aggressions morally, considering that the free exercise of the sexuality is component of the full manifestation of the personality and satisfaction of the corollary of the dignity of the human being.

Keywords: Tort law; Homofobia; Sexual orientation; Dignity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO À IGUAL DIGNIDADE	16
1.1 A DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DO PENSAMENTO FILOSÓFICO.	16
1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.	20
1.2.1 O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO CONTEMPORÂNEO ACERCA DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.	21
1.2.1.1 A limitação do poder criativo do juiz e sua fundamentação teórica.	24
1.2.1.2 O ordenamento jurídico como um sistema de regras e princípios.	26
1.2.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	30
1.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PONTOS DE APROXIMAÇÃO.	33
1.3.1 EVOLUÇÃO DO RECONHECIMENTO DA CLÁUSULA DE PROTEÇÃO GERAL DA PERSONALIDADE HUMANA AO LONGO DA HISTÓRIA DO DIREITO.	36
1.4 DIREITO DE IGUALDADE E SUA APLICAÇÃO DIRETA ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.	41
1.4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.	41
1.4.2 O DIREITO DE IGUALDADE E SUA APLICAÇÃO.	45
1.4.2.1 Métodos distintos para aplicação da igual dignidade: material e formal.	47
1.5 PALAVRAS FINAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DIRETA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	51
2 O INSTITUTO DO DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.	53
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL	53
2.2 TEORIAS SOBRE A OCORRÊNCIA DOS DANOS MORAIS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.	57
2.3 FUNÇÕES REPARATÓRIA E PUNITIVA DOS DANOS MORAIS.	62
2.3.1 LINHAS GERAIS ACERCA DOS DANOS PUNITIVOS.	64
2.4 A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E DA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA.	69
3 DIGNIDADE HUMANA E ORIENTAÇÃO SEXUAL	73
3.1 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODEGENERACÃO DA PESSOA POR SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.	73
3.1.1 OS CRITÉRIOS DE NORMALIDADE E A CONDIÇÃO SEXUAL.	75
3.1.1.1 A homossexualidade como pecado.	79
3.1.1.2 A homossexualidade como doença.	86
3.1.1.3 A homossexualidade como questão moral	90
3.2 O RESPEITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO IMPERATIVO DA DIGNIDADE HUMANA.	95
4 A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL: SEU ENFRENTAMENTO POLÍTICO E JURÍDICO.	101
4.1 DISCRIMINAÇÃO E LESÃO À DIGNIDADE.	101

4.1.1	OS CASOS MAIS COMUNS DE DISCRIMINAÇÃO.	102
4.1.1.1	Declarações homofóbicas – colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana.	102
4.1.1.2	Repressão aos homossexuais na escola, em estabelecimentos comerciais e no trabalho.	106
4.1.1.3	Insultos pessoais e agressões físicas.	108
	4.2 O ENFRENTAMENTO POLÍTICO DA DISCRIMINAÇÃO.	110
	4.3 O ENFRENTAMENTO JURÍDICO DA DISCRIMINAÇÃO.	113
4.3.1	JURISPRUDÊNCIA: TEMAS DIVERSOS.	114
4.3.1.1	Ministério Público Federal contra RedeTV: discriminação por ofensas diretas a homossexuais.	114
4.3.1.2	Paulo Xavier e Rodrigo Rocha contra Shopping Frei Caneca: discriminação por manifestação pública de afeto.	115
4.3.2	ANTÔNIO FERREIRA CONTRA BRADESCO: UM ESTUDO DE CASO EXEMPLIFICATIVO SOBRE DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO.	116
4.3.2.1	Sujeitos envolvidos.	116
4.3.2.2	A controvérsia.	117
4.3.2.3	A sentença.	119
4.3.2.4	A decisão de segunda instância	122
4.3.3	PALAVRAS FINAIS.	125
	5 CONCLUSÕES	126
	REFERÊNCIAS	130
	APÊNDICE – OS PAÍSES E A HOMOSSEXUALIDADE.	136
	PUNEM A HOMOSSEXUALIDADE.	137

INTRODUÇÃO

Discutir a discriminação por orientação sexual implica saber em que situações a existência de distintos tratamentos jurídicos justificam-se infração de identidade atribuída a alguém, em virtude da direção de seu desejo, e/ou em razão das condutas sexuais que adote em decorrência desse desejo. Usando-se essa orientação como critério, costuma-se tripartir a sexualidade humana como sendo dirigida a outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), ao sexo oposto (heterossexualidade) ou a ambos os sexos (bissexualidade). Neste trabalho, usa-se a expressão orientação sexual para designar especificamente a direção predominante do desejo sexual e correspondente conduta sexual, concentrando o exame do assunto nas discriminações à homossexualidade, seja como prática eventual, seja como prática habitual seja até, como pretensa característica de um tipo humano denominado o dos “homossexuais”.

Mediante este conceito de “orientação sexual”, explicita-se a abrangência da tarefa. Ela não se estende às possíveis discriminações relacionadas com todas as expressões da sexualidade humana (sempre entendida na ambigüidade de inclinação e/ou conduta), cuja amplitude outras tantas situações encerra, como as que dizem respeito à poligamia, à pedofilia, ao incesto, à prostituição, à pornografia, e ao sadomasoquismo.

Embora, na ordem prática, a discriminação por orientação sexual possa encontrar-se associada a questões comportamentais que se inserem nas

categorizações referidas no parágrafo anterior, deve-se buscar que tema específico será tratado desde o início. Nessa linha, o objeto do trabalho proposto não inclui as situações específicas de discriminação por transexualismo, que vão além da pura e simples atração sexual para incluir importantes questões biopsicológicas de determinação da identidade sexual, ou travestismo, que envolve a discussão da exclusividade das características físicas ou culturais próprias de cada sexo.

Demarcadas estas fronteiras, investiga-se a existência de um princípio geral de não-discriminação por orientação sexual como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o que não se confunde com uma exposição sistemática dos direitos dos homossexuais. O trato das discriminações por orientação sexual está disperso, praticamente, por todo o ordenamento jurídico¹, não cabendo neste trabalho um inventário destas hipóteses, seguido da conclusão pela sua legitimidade ou não. Tampouco põe-se em análise a aquisição de outros direitos subjetivos pelo direito de não ser discriminado, a exemplo do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Ao fim deste primeiro ponto, cabe salientar que serão examinadas apenas as hipóteses de discriminação diretamente vinculadas à orientação sexual e os danos morais que essa discriminação causa a suas vítimas. Dito de outro modo, trata-se das discriminações experimentadas por homossexuais nas quais o indivíduo recebe um tratamento desfavorável diretamente motivado na sua orientação sexual, não se cogitando, portanto, da denominada discriminação indireta estatal, que deriva das conseqüências da aplicação de uma regulação aparentemente neutra e geral,

¹ Nessa linha, muitos estados e municípios do Brasil adotam legislações específicas contra a discriminação decorrente de orientação sexual. Tal análise mostra-se pouco apropriada nesta pesquisa, seja porque, pelo reconhecimento do princípio da dignidade humana, o ordenamento jurídico pátrio reconhece a proteção de qualquer pessoa quando vítima de discriminação, seja porque tais atos normativos não contemplam a reparação de danos às vítimas de tais agressões.

que, todavia, produz um tratamento diferenciado, desproporcional e injustificado a um indivíduo ou grupo.

Delineados os limites da análise jurídica do objeto desta dissertação, não se pode, entretanto, omitir o desenho da compreensão presente do fenômeno da homossexualidade para fornecer contexto ao juízo acerca das exigências do princípio da dignidade humana no âmbito da orientação sexual.

Este trabalho é, por natureza, uma pesquisa teórica. Desse modo, a metodologia adequada foi o levantamento sistêmico na literatura e na jurisprudência, das visões doutrinárias e hermenêuticas que se aplicam ao tema, submetendo-se o material colhido à análise crítica com vistas a sua sistematização. Feito isso, procurou-se reordenar o material consoante uma concatenação adequada para revelar as afinidades e linhas de consciência das quais emergiria afinal, a verificação da hipótese do trabalho, a saber, que o ordenamento jurídico brasileiro, mediante interpretação sistemática, protege as pessoas contra discriminação por orientação sexual, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Definir precisamente a proteção de que as pessoas dispõem no ordenamento jurídico brasileiro para o exercício livre de sua sexualidade é uma tarefa que necessita de um fracionamento necessário em algumas etapas, a fim de que não existam dúvidas de que os gays, lésbicas, bissexuais e transexuais estão amparados contra a execução de atos ilícitos por parte da sociedade, notadamente e ainda bastante preconceituosa e desinformada. Assim, far-se-á necessário uma abordagem a partir do relacionamento entre o direito civil e constitucional, pois não é possível estabelecer um diálogo com o código civil de maneira inteiramente separada da Constituição.

Assim, esta dissertação é composta de quatro capítulos, com a seguinte disposição do conteúdo:

No capítulo 1, é apresentado o valor da dignidade da pessoa humana, partindo-se tanto de seu prisma filosófico, quanto do seu processo de incorporação nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, dentre eles, o brasileiro. Esta análise, contudo, parte do pressuposto de que todos os seres humanos são diferentes – e assim devem ser, pois a sociedade humana é essencialmente plural - mas possuem um traço em comum: a igualdade em dignidade. Após o delineamento do conceito de dignidade humana, inicia-se o estudo da eficácia do princípio constitucional da dignidade humana. Faz-se necessário um caminhar entre as teorias contemporâneas que explicam a importância dos princípios jurídicos. Nessa oportunidade, é ventilada a discussão do papel criativo do juiz diante das diversas maneiras de interpretar e aplicar de normas desse tipo.

Ventilados o significado e a aplicabilidade da dignidade humana, parte-se para as garantias decorrentes deste valor, materializadas nos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade. Acerca dos primeiros, necessário se faz perguntar – e responder – se sua serventia reside no fornecimento de proteção aos particulares exclusivamente contra atos arbitrários do Estado, ou se é possível entender que sua aplicação também se dá entre os particulares. A importância de tal discussão é diretamente relacionada aos motivos da elaboração desta dissertação, pois de nada adiantaria discutir o relacionamento entre a Carta Magna e o Direito Civil se ficasse estabelecido que a proteção constitucional da pessoa humana pelo instituto do dano moral (artigo 5º, incisos V e X, inserido no núcleo de direitos fundamentais), apenas existe em face do Estado, não se prestando à reparação de atos ilícitos entre os particulares. Examinar tal paradigma, é, portanto, imperioso para o andamento deste

estudo. Sobre os direitos de personalidade, demonstra-se que embora se sejam reconhecidas algumas categorias destes direitos, atualmente há o reconhecimento de que a dignidade humana assumiu o papel de cláusula geral de proteção à personalidade. Segue-se, por fim, o estudo do direito de igualdade, cotejando-se tanto o seu aspecto material, quanto formal, visando estabelecer o que vem a ser a aplicação correta da igual dignidade às pessoas.

No capítulo 2 é dedicado ao estudo do dano moral por discriminação à orientação sexual, à luz da interpretação civil-constitucional do direito. Apesar da importância do tema, apenas os elementos essenciais para a aplicabilidade da proposta deste trabalho são analisados, privilegiando-se a integração ao esboço fático e constitucional apresentado nos capítulos anteriores, em detrimento de uma análise exclusivamente civilista da responsabilidade civil. São apresentadas duas propostas de reparação dos danos morais: a tradicional, compensatória, e a punitiva, ou exemplar, esta última oriunda da *common law* e permeada por controvérsias sobre sua aplicação no direito brasileiro, embora já utilizada por muitos tribunais.

No capítulo 3, examina-se a possibilidade de relativização fática e jurídica da dignidade humana, seja por meio de um processo autodegenerativo (perda da dignidade por entrega consciente a atitudes contraditórias com a natureza humana), seja através da possibilidade de supressão da dignidade por outrem. Assim, buscar-se-á analisar a sexualidade sob a ótica das outras ciências sociais e das ciências humanas, pretendendo-se, com isso, provar que a conduta homossexual, presente tanto na natureza, quanto na cultura humana, pode ser considerada tão normal quanto o comportamento heterossexual. Na segunda análise, serão apresentados estudos sobre a discriminação, partindo-se de uma perspectiva sociológica e

contextualizada à luz de casos concretos, a fim de se perceber o momento em que, efetivamente, a dignidade humana é abalada.

Finalmente, põe-se em discussão o combate político e jurídico da discriminação por orientação sexual, mediante estudos de caso alinhados com a proposta do tema. A título exemplificativo, expõe-se o caso *Antônio Ferreira contra Bradesco*, em que aquele fora despedido em razão de sua orientação homossexual, e recebeu reparação punitiva do dano moral, por via judiciária. Este é o conteúdo do capítulo 4.

É preciso reconhecer que alguns posicionamentos trazidos a este estudo não encontram amparo pela doutrina majoritária. Procurou-se, entretanto, inovar, pela seleção do pensamento de juristas nacionalmente consagrados, que têm proposto um novo olhar sobre os temas discutidos e apresentados.

1 O DIREITO À IGUAL DIGNIDADE

1.1 A DIGNIDADE HUMANA SOB O OLHAR DO PENSAMENTO FILOSÓFICO.

O direito, enquanto ordenamento jurídico, regula os fatos da vida social mediante a utilização de significados que, em muitos momentos, remetem o intérprete a conceitos que a própria ciência jurídica não poderia explicar, sob pena de reduzi-los a uma pequena parte do que, de fato, representam. Dentre as diversas expressões com significados anteriores ao próprio direito – mas por ele regulado, encontra-se a dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet (2006, p. 30), no pensamento filosófico e político da Antigüidade Clássica, a expressão *dignitas*, da qual etimologicamente deriva a dignidade, representava uma determinada posição social – privilegiada – ocupada pelos indivíduos, que repercutia num reconhecimento desta posição por todos os membros da comunidade, de modo em que se acreditava haver uma espécie de “estratificação” da dignidade, tendo como consequência a constatação de que existiam, pessoas “mais dignas” que outras. Na perspectiva estóica, um pouco mais próxima do pensamento atual, a dignidade já passava a ser não um instrumento de gradação de qualidade entre os seres humanos, mas justamente o traço diferenciador dos homens² em relação aos animais, considerando-se, portanto, que todos são iguais em dignidade. Em Roma, Cícero formulou uma interessante teoria sobre a dignidade, entendendo que dois poderiam ser os seus sentidos: valor

² Aqui adota-se o termo “homem” não como gênero, mas como sinônimo de ser humano.

intrínseco do ser humano e, de outro turno, posição social ocupada pelo indivíduo. A partir do exame da evolução do conceito de dignidade humana, verifica-se que o segundo sentido desapareceu dos ordenamentos jurídicos, prevalecendo apenas o primeiro (SARLET, 2006, p. 31-32).

Ao longo da Idade Média, a concepção estóica da dignidade humana permaneceu sustentada, tendo sido expressamente dita a expressão *dignitas humana* por Tomás de Aquino, que, na Idade Moderna, fora reforçada pela concepção de que o homem fora criado à imagem e semelhança de Deus, e, dessa maneira, a dignidade era seu valor intrínseco. Assim, a dignidade passou a ser a causa do próprio livre-arbítrio humano, radicada em sua capacidade de autodeterminação (SARLET, 2006, 31-32).³ Alguns pensadores renascentistas contribuíram para a consolidação da noção de dignidade enquanto valor intrínseco ao homem, valendo destacar Francisco de Vitória, que no século XVI afirmou ser contrário à natureza o processo de aniquilação dos índios, pois, em razão de serem humanos – sendo irrelevante o fato de não serem cristãos – também possuíam capacidade de autodeterminação. No iluminismo, Samuel Pufendorf destaca que o ser humano merece ter respeitada sua dignidade, considerada como a “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento”. (SARLET, 2006, p. 32).

Todo o processo de conscientização do homem em relação à sua própria dignidade alcança a racionalização – e, por conseqüência, afastamento da concepção teológica - a partir do pensamento de Immanuel Kant.

³ Alguns pensadores renascentistas contribuíram para a consolidação da noção de dignidade enquanto valor intrínseco ao homem, valendo destacar Francisco de Vitória, que no século XVI afirmou ser contrário à natureza o processo de aniquilação dos índios, pois, em razão de serem humanos – sendo irrelevante o fato de não serem cristãos – também possuíam capacidade de autodeterminação. No iluminismo, Samuel Pufendorf destaca que o ser humano merece ter respeitada sua dignidade, considerada como a “liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento”. (SARLET, 2006, p. 32)

Kant (2005, p. 58-59) entende que a autonomia da vontade é a faculdade de um ser humano em determinar a si mesmo e agir em conformidade com certas regras, sendo uma qualidade encontrada apenas nos seres racionais. Assim, sustenta que:

[...] o homem – e de uma maneira geral, todo ser racional - existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm um valor apenas condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se fundamentam seria sem valor o seu objeto. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, tão longe estão de possuir um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas que, muito pelo contrário, melhor deve ser o desejo universal de todos os seres racionais em libertar-se totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios e, por isso, denominam-se “coisas”, ao passo que, os seres racionais denominam-se “pessoas”, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida limita todo o arbítrio (e é um objeto de *respeito*). (grifos nossos).

Em páginas seguintes, ao tratar da qualidade insubstituível da dignidade humana, explica (KANT, 2006, p. 65):

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, compreende uma dignidade [...].

Sobre o mesmo tema, Habermas (2004, p. 13) afirma que “a autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente”.

É fundamental assinalar que, na visão de Kant, a dignidade, enquanto valor incondicional da pessoa, é manifestada por meio da autonomia da vontade, que é a capacidade de autodeterminação racional de que todo ser humano possui. O interessante é notar que Kant entende que, enquanto autonomia da vontade, a dignidade só encontra limites pela noção de *respeito*, que é, justamente o reconhecimento de que outra pessoa humana possui também a mesma autonomia da vontade e, dessa maneira, esta não pode ser diminuída perante a vontade de outrem (KANT, 2005, p. 66).

Segundo Arendt (2001, p. 59-68), a dignidade da pessoa humana, justamente por se tratar de um valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, ganha significado apenas na intersubjetividade e na pluralidade, sendo isto chamado de “dimensão política da dignidade”. Assim, o Estado, enquanto sociedade organizada, deverá proteger a dignidade por meio do direito.

A valorização da dignidade da pessoa humana encontra-se diretamente associada aos movimentos constitucionalistas modernos e contemporâneos (SILVA, 1999, p. 153-170) principalmente ocorridos na França e nos Estados Unidos da América ao longo do século XVIII, que tiveram por base as revoluções burguesas e o Iluminismo. Entretanto, a positivação do princípio nas cartas constitucionais de todo o mundo só veio a ocorrer a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando as Nações Unidas elaboraram a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo artigo I expõe: “Todas as pessoas nascem livres e *iguais em dignidade e direitos*. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (grifos nossos).⁴ Na esteira de diversos países,

⁴ Vale ressaltar, como assinala Sarlet (2006, p. 44), que a União Europeia promulgou em dezembro de 2000, em Nice, uma Carta de Direitos Fundamentais, na qual restou consignado que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Com base neste ato normativo, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias entendeu que é de sua competência controlar os

o Brasil aderiu à convenção, estando, atualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana inserido em nosso texto constitucional.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

A Constituição Brasileira consagra a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído em 1988, inscrita no texto a seguir:

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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a *dignidade da pessoa humana*; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. (grifos nossos).

Muito se tem falado sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo os constitucionalistas pátrios ser um “um lugar que lhe é garantido [ao ser humano] pelo direito, que é a força organizadora da sociedade” (MOURA, 2002, pp. 78-9 *apud* ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2005, p. 95); “valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão de respeito das demais pessoas [...]” (MORAES, 2006, p. 16); “[decorrente do fato de que,] por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita” (CARVALHO, 2004, p.355); “espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo” (BARROSO, 2003, p. 39); “[valor que] consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas e

atos dos órgãos da União Européia que manifestem incompatibilidade com a Carta de Direitos, pois esta teria sentido normativo e vinculante.

humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (PEREZ LUÑO, 1995, p. 96-7 *apud* TAVARES, 2003, p. 406), para citar apenas alguns.

Do ponto de vista normativo, possui significado a localização da dignidade da pessoa humana dentro do capítulo da Constituição Brasileira que trata dos princípios fundamentais. Assim, antes de se falar em aplicabilidade de tal valor no ordenamento brasileiro, faz-se necessária a análise do significado contemporâneo dos princípios jurídicos, para que se verifique de que maneira pode ocorrer a sua concretização.

1.2.1 O entendimento doutrinário contemporâneo acerca da aplicabilidade dos princípios jurídicos.

A primeira problemática sobre o estudo dos princípios diz respeito à sua conceituação. A derivação etimológica da palavra "princípio" provém do latim *principium*, que significa "começo" ou "origem". Daí que, como esclarece De Plácido e Silva, no seu conhecido "Vocabulário Jurídico":

em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa.

No sentido jurídico a expressão é polissêmica. Parece oportuno, no caso presente, com o propósito de traçar uma conceituação de princípio jurídico, continuar reproduzindo da lição de De Plácido e Silva, por extremamente didática e precisa:

"no sentido jurídico, notadamente no plural (princípios), quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, dessa forma, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Assim, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias e as leis científicas do Direito, que traçam as noções que se estrutura o próprio Direito.

De acordo com Dantas (2005, p. 42-44), a filosofia do direito acumula oito diferentes sentidos sobre princípios jurídicos, a saber:

- a) Norma bastante genérica;
- b) Norma redigida em termos particularmente vagos, em que o descritor apresenta termos com textura aberta, como nas regras que vedam o exercício abusivo de direitos;
- c) Norma programática ou diretriz, estipulando obrigações que perseguem determinados fins, como no exemplo do artigo 173, § 4º, da Constituição Brasileira, que prevê que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”;
- d) Norma que expressa valores superiores do ordenamento jurídico, como o princípio da igualdade, expresso no caput do artigo 5º;
- e) Norma especialmente importante, embora com baixo grau de generalidade, como o artigo 86, § 4º da CF/88: “o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”;

f) Norma de elevada hierarquia, no que, segundo esse significado, qualquer norma constitucional seria um princípio;

g) Norma dirigida ao órgão de aplicação do direito, indicando como deve ser a interpretação da norma aplicável, como no artigo 5.º do Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

h) mero enunciado que pode estar ou não positivado no ordenamento jurídico, como o princípio da hierarquia das normas.

Como salienta Bonavides (2004, p. 288), a questão dos princípios jurídicos tem uma importância fundamental e vem despertando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Assim diz: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”⁵. Para ele (BONAVIDES, 2004, p. 264):

As novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais [...] É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, capitaneada, sobretudo, por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva reconhecida aos princípios.

⁵ Afirma Bonavides (2004, 259-264) que originariamente, na fase denominada "jusnaturalista", os princípios jurídicos eram concebidos como ditames e paradigmas axiomáticos derivados da reta razão, constituindo-se e emanações de um Direito ideal ou natural, que transcendia o direito positivo. Apresentam, pois, uma dimensão metafísica e de cunho abstrato, impregnados por um ideal de justiça, situando-se num patamar superior ao ordenamento jurídico. Essa característica, digamos, quase "etérea", levou os princípios gerais do direito a uma situação de descrédito e menosprezo, que culminou com o avanço do positivismo jurídico. Num segundo momento dessa linha evolutiva, correspondente ao período de prevalência das concepções positivistas, em que a lei, no sentido formal, ocupa uma posição de proeminência como fonte do Direito, os princípios passam a ocupar um lugar secundário no ordenamento jurídico, como verdadeiras fontes subsidiárias do Direito. Não podem, pois, se sobrepor à lei, nem lhe são considerados anteriores, mas são introduzidos nos Códigos apenas para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.

Pode-se afirmar, assim, que a evolução do Direito Constitucional contemporâneo, pela elasticidade de sua abrangência, tem como característica principal a nova abordagem que passou a ser conferida à temática dos princípios gerais de Direito que se converteram no fundamento maior da ordem jurídica⁶.

1.2.1.1 A limitação do poder criativo do juiz e sua fundamentação teórica.

O pós-positivismo apresenta algumas soluções interpretativas para os problemas jurídicos, encontrando-se, dentre elas, a construção de Dworkin (2003, p. 86) de conceitos e concepções. Segundo ele:

Em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações [sic] dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore. Por exemplo, numa certa etapa do desenvolvimento da prática, todos concordam que a cortesia, em sua descrição mais abstrata, é uma questão de respeito. Mas há uma importante divisão sobre a correta interpretação da idéia de respeito. Alguns consideram que se deve, de maneira mais ou menos automática, demonstrar respeito a pessoas de certa posição ou grupo, enquanto outros pensam que o respeito deve ser merecido individualmente. Os primeiros se subdividem ainda mais,

⁶ O caráter “pós-moderno” do fenômeno da “abertura” constitucional resulta da ocorrência de uma superação do conceito até então vigente de Constituição, que fora cunhado sob o influxo das idéias da modernidade, dentro do contexto do liberalismo econômico e do iluminismo-racionalista predominante no pensamento político dos séculos XVII e XIX, principalmente na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América. A doutrina da “Constituição Aberta” floresceu bastante recentemente, nos anos 90, tendo como embasamento teórico fundamental a obra do pensador tedesco Peter Häberle, sob inspiração dos estudos sociológicos de Karl Popper a respeito da sociedade aberta. Seu início esteve ligado à evolução do liberalismo clássico – que consagrou a idéia do Estado de Direito – impactado pelo avanço dos anseios de superação dos mecanismos de exploração do homem pelo homem. Disso resultaram as conquistas sociais da classe trabalhadora em face da burguesia capitalista, influenciadas, mais ainda, pelas ideologias do socialismo que acabaram por dar origem ao Estado Social de Direito. Neste, a preocupação pela efetivação da igualdade material e econômica, além da proteção dos interesses sociais dos mais frágeis, tornou-se uma constante. Portanto, é correto afirmar que, já nas Constituições de Weimar e do México, no primeiro quartel do século XX, encontravam-se as fontes da torrente que hoje se expandiu por todo o orbe, descortinando novos horizontes sobre os quais se fazem refletir os raios penetrantes de uma nova ordem constitucional predominante na era contemporânea. A respeito do tema, conferir Dantas (2006, pp. 164-190)

questionando quais grupos ou posições sociais são dignos de respeito; os segundos se subdividem a propósito de quais atos conferem respeito. E assim por diante, ao longo de infindáveis subdivisões de opinião.

Percebe-se que, para Dworkin, é tarefa árdua formular um único sentido sobre determinado fenômeno, pois cada pessoa irá interpretá-lo à sua maneira. Partindo-se dessa premissa, desenvolve a noção de conceito e concepção (DWORKIN, 2003, p. 88):

Em tais circunstâncias, o tronco inicial da árvore – a ligação até o momento incontestável entre cortesia e respeito – funcionaria, tanto nos debates públicos quanto nas reflexões privadas, como uma espécie de patamar sobre o qual se formariam novos pensamentos e debates. Seria então natural que as pessoas considerassem essa ligação importante e, à guisa de conceito, dissessem, por exemplo, que o respeito faz parte do “próprio significado” da cortesia. [...] O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida.

Segundo Diniz (2005, p. 61), o juiz, diante de um caso judicial, necessita se valer da argumentação judicial a partir da distinção dworkniana entre conceito e concepção. Assim, o seu poder criativo acaba sendo limitado em dois sentidos. Inicialmente, por intermédio dos princípios constitucionais, o juiz apresenta a justificativa (concepção) de sua decisão reportando-se a elementos externos ao texto constitucional (e.g., valores morais). Num outro sentido, mesmo que permaneça no âmbito interno da Constituição, os conceitos contidos nos princípios não têm caráter semântico, mas interpretativo, exigindo sua criatividade para, num caso concreto, justificar sua aplicação.

Em qualquer das duas modalidades, o poder do juiz não poderá ser arbitrário, mas justificado com base, dentre outros requisitos, numa teoria do direito. Assim, exemplifica:

Se o “caso constitucional” envolve o princípio da liberdade de expressão em face do direito à honra e à intimidade, a fundamentação deverá expor uma teoria jurídica acerca desses princípios constitucionais. Nesse ponto – a exposição de sua concepção do conceito por meio de uma teoria – o discurso judicial se articula em um hiperciclo com o discurso doutrinário. Realmente, na ciência do Direito a função da teoria é tornar mais compreensíveis as normas, com a ajuda de conceitos e de princípios especificamente jurídicos (dogmáticos) ou – como sustenta Dworkin – com a ajuda de princípios morais. (DINIZ, 2005, p. 61-62).⁷

A teoria, portanto, serve para fornecer ao juiz argumentos para demonstrar que sua concepção do que é direito no caso concreto é a mais adequada, pois sua função é a de dar sustentáculo à concepção esposada pelo intérprete, pois controlam e asseguram a compatibilidade de uma solução atribuída a uma controvérsia jurídica com as partes restantes do sistema jurídico.

1.2.1.2 O ordenamento jurídico como um sistema de regras e princípios.

Dworkin entende que o Direito está inteiramente atrelado à moralidade política. Explica que “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade” (DWORKIN, 2002, pp. 5-6). A partir desta constatação, coloca-se em confronto com o modelo jurídico do

⁷ Um caso pertinente a esta pesquisa é trazido por Dantas, envolvendo a aplicação do princípio da igualdade. Em suas palavras: “A Constituição brasileira reconhece o princípio da igualdade em seu artigo 5.º e [...] possui preceitos específicos (v.g., igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, elevação da prática do ‘racismo’ a crime inafiançável etc.) [mas] não podemos dizer que o constituinte desenvolveu uma concepção de igualdade e nela se fechou, uma vez que não especificou o que entende por ‘igualdade’, deixando intencionalmente aberta a questão. [...] nossa cláusula constitucional permanece como um ‘conceito’, exigindo que – no caso concreto – o juiz apresente a melhor ‘concepção’ de igualdade aplicável. Nesse momento – de concretização judicial da igualdade – a ‘teoria jurídica’ será fundamental, pois o princípio da igualdade se traduz na exigência da fundamentação racional dos juízos de valor imprescindíveis para conectar determinada situação a uma certa consequência jurídica. Com efeito, não é toda desigualdade de fato que merece a ação corretiva da lei. [...] as igualdades e desigualdades de fato nada mais são que os pontos de partida para construir igualdades e desigualdades normativas, cuja justificação não se pode reportar à mera faticidade, mas – partindo desta – há de se construir mediante o exercício argumentativo. (2005., p. 63-64).

positivismo (DWORKIN, 2002, p. 63), por entender ser insuficiente para resolver todas as controvérsias que podem advir da aplicação do direito. Adota um modelo em que os princípios jurídicos são valorizados, em oposição àquele de que o direito tradicionalmente dispunha. Sobre a maneira como o positivismo enxerga os princípios, afirma:

O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito – o que é verdade – porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajudiciais que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade não passam de plantas. (DWORKIN, 2002, p. 63).

Sua teoria revela considerações sobre a necessária distinção entre “princípios” e “regras”, partindo de uma análise acerca de como os profissionais do direito solucionam casos mais difíceis ou complexos. Nessas hipóteses, para fundamentar racionalmente as decisões jurídicas, utilizam-se de padrões que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como princípios, diretrizes políticas ou outra espécie de pauta. Os princípios, num sentido amplo, seriam exatamente esses critérios de solução de conflitos.

No que se refere à distinção entre princípios e regras, Dworkin lembra que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”. Sempre que se verificarem os pressupostos fáticos aos quais a regra se destina, numa situação concreta, e sendo ela válida, necessariamente há de ser aplicada. Entretanto, no que se refere aos princípios, mesmo aqueles que mais se assemelham às regras, eles não indicam consequências jurídicas que devam ocorrer “automaticamente”, uma vez presentes as condições previstas. Em suas palavras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso, a resposta que ela dá deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Diferentemente ocorre com os princípios, pois estes jamais são invalidados, pois Dworkin considera que sua distinção fundamental para com as regras reside na sua “dimensão de peso” que não se faz presente nestas. Essa característica se apresentará com maior nitidez nos casos de antinomias entre normas jurídicas de mesma espécie, ou seja, em casos de conflitos entre regras ou colisão de princípios de que se falará adiante. Explica que:

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, p. 42-43)

Alexy (1997, p. 85) enfrentou a mesma temática sobre distinção entre princípios e regras, apresentando relevante contribuição para a teoria contemporânea dos princípios jurídicos. Explica que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas, sendo vários os critérios propostos para essa distinção. O mais freqüentemente utilizado é o da generalidade, segundo o qual, os princípios são normas dotadas de um grau relativamente alto de generalidade, ao passo que as regras, têm baixo de generalidade.

Para Alexy (1997, p.86) os princípios jurídicos, por serem “mandados de otimização”, caracterizam-se pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente, às condições jurídicas e reais existentes (ALEXY, 1997, pp. 86-87). Por outro lado, as regras são normas que se acham submetidas à lógica disjuntiva do “tudo ou nada”, como, aliás, havia sido proposto por Dworkin, restando-lhes duas alternativas: sua validade ou invalidade.

O debate sobre a diferenciação entre regras e princípios revela-se particularmente mais relevante em situações de colisão entre normas da mesma natureza. A antinomia entre regras configura antinomia jurídica própria e dela decorre a necessidade de uma das regras antagônicas ser afastada do sistema, mediante a utilização do critério ou dos critérios pertinentes contemplados pelo próprio sistema. Já a antinomia entre princípios configura uma antinomia jurídica imprópria, pois o conflito que entre eles esteja a ocorrer não implica a necessidade de eliminação de um deles do sistema; o intérprete ou há de proceder à ponderação dos princípios conflitantes e, posteriormente, à harmonização entre ambos, quando então um cederá até certo ponto ao outro em força normativa, ou então ao afastamento de um deles sem que isso implique na retirada do sistema (FERRAZ JR., 2003, p, 190).

Assim o conflito entre princípios resolve-se mediante aplicação da “lei de ponderação”, pela qual se entende que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro (ALEXY, 1997, p. 161).

Em síntese, no que se refere à necessidade de apontar solução para as colisões de princípios jurídicos, notadamente quando referentes aos direitos

fundamentais, verifica-se que o pensamento de Robert Alexy apresenta como indispensável a observância do “critério de proporcionalidade ou razoabilidade”.

Tendo em vista o fato de as regras jurídicas operarem a concreção dos princípios jurídicos, não será admissível antinomia jurídica entre essas categorias de normas. Portanto, havendo antagonismo entre os dois princípios, prevalecendo um sobre o outro, serão naturalmente *afastadas* as regras que concretizem o princípio que foi desprezado. Essas regras não serão aplicáveis *in casu*, ainda que continuem integradas validamente no ordenamento jurídico. De toda sorte, impõe-se reconhecer que somente na correta harmonização e compatibilização entre os diversos princípios e regras constitucionais será possível assegurar a desejada unidade valorativa da Constituição.

1.2.2 A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Barcellos (2002, pp. 248-249), a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana envolve diversas modalidades de eficácia jurídica, em distintas faixas de extensão. Reconhece-se, inicialmente, uma eficácia simétrica, relacionada à segurança das condições mínimas de existência do ser humano, exigível perante o Poder Judiciário, denominadas de *mínimo existencial*. Segundo seu entendimento, tomando por base a teoria da ponderação de interesses de Alexy (BARCELLOS, 2002, p. 121), o mínimo existencial constitui uma regra constitucional resultante do confronto entre, de um lado, a vinculação orçamentária necessária na separação dos poderes e, do outro, a conquista de uma igualdade real entre as pessoas. Entretanto, esclarece que não apenas questões econômicas são englobadas no mínimo existencial, pois:

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também *espiritual e intelectual*, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandado a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um o seu próprio desenvolvimento.

Portanto, o juiz, o aplicador da norma, visando aplicar a sua concepção do direito (DWORKIN, 2003, p. 88), deverá trazer a fundamentação para a aplicação da dignidade da pessoa humana no caso concreto. Barcellos (2002, p. 147) explica que:

O intérprete deverá demonstrar explicitamente a adequação de suas opções tendo em vista o princípio constitucional pertinente à hipótese e o princípio geral da dignidade da pessoa humana, a que toda a ordem jurídica afinal se reporta. Por mais vago que um princípio possa se apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o intérprete atribua ao princípio naquele momento, e não a qualquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas. Assim como se passa com a fundamentação da decisão judicial, através da qual se observa o percurso trilhado pelo juiz, permitindo identificar facilmente onde ele porventura se tenha desviado da rota original, da mesma forma a exposição de como uma determinada opinião jurídica se relaciona com os princípios constitucionais aplicáveis permitirá certo balizamento e, em conseqüência, o controle constitucional através do processo de interpretação e de suas conclusões através da sindicabilidade da eficácia interpretativa dos princípios constitucionais.

É importante também levar-se em consideração que a pluralidade da sociedade brasileira deverá ser reconhecida e protegida pelo Direito. Não se pode falar em dignidade da pessoa humana partindo-se da premissa de que apenas um determinado tipo de sujeito jurídico – socialmente aceito – poderá ser protegido, porque isso não caracterizaria um Estado Democrático de Direito, declarado na Carta Constitucional Brasileira de 1988. De acordo com o artigo 3º da Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*. (grifos nossos).⁸

Finalmente, apesar de Wolkmer (2001, p. 85)⁹, assinalar que apesar do ordenamento brasileiro ter se formado na tradição do monismo jurídico, moldado à imagem de uma sociedade burguesa¹⁰, o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 reconhece a pluralidade do povo brasileiro, sendo todos igualmente possuidores de dignidade.

⁸ Diz Trevisan (2002, p. 158) que “em Brasília, durante a aprovação da nova Constituição de 1988, o plenário do Congresso Constituinte votou quase em peso contra a inclusão do item que proibia a discriminação por ‘orientação sexual’. A bancada evangélica bateu palmas, ante a derrocada da assim chamada ‘emenda dos viados’, ou, para usar os termos do líder do governo de Carlos Sant’Anna, emenda da ‘desorientação sexual’. Afinal, como disse o deputado evangélico Costa Pereira, aprovar aquele item seria “trazer para o Brasil a maldição de outros países, [...] igual à que existia em Sodoma e Gomorra”.

⁹ De acordo com suas palavras: “[...] Constatase que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam [...]. A condição de superioridade de um Direito Estatal que sempre foi profundamente influenciado pelos princípios e pelas diretrizes do Direito colonizador alienígena – segregador e discricionário com relação à população nativa – revela mais do que nunca a imposição, as intenções e o comprometimento da estrutura elitista de poder. [...] Não houve grandes modificações nessa tradição colonial elitista e segregadora, mesmo depois da independência do país e da criação, por D. Pedro I, das duas Faculdades de Direito – a de Olinda (depois Recife) e a de São Paulo. Durante a experiência monárquica e hereditária do Império, sob o influxo hegemônico da doutrina jusnaturalista e da estrutura sócio-econômica ainda assentada no latifúndio e na escravidão, as questões de direitos civis e de direitos à cidadania não mereciam interesse maior [...]. As mudanças, na virada do século XIX para o início do século XX, decorrentes da alteração do sistema monárquico (surgimento da República em 1889) e do deslocamento da correlação de forças (domínio das oligarquias cafezeiras agroexportadoras), acabaram afetando a formação social brasileira que, com a instauração de uma ordem claramente liberal-burguesa, propiciou a solidificação definitiva de uma cultura jurídica positivista. O positivismo jurídico nacional, essencialmente monista, estatal e dogmático, constrói-se no contexto progressivo de uma ideologização representada e promovida pelos dois maiores pólos de ensino e saber jurídico criados na primeira metade do século XIX. [...] Nesse quadro, o Direito Estatal vem regulamentar, através de suas codificações, os intentos dos proprietários de terras e da burguesia detentora do capital, ocultando, sob a transparência da retórica liberal e do formalismo das preceituções procedimentais, uma sociedade de classe violentamente estratificada. (WOLKMER, op. cit., pp 85-87).

¹⁰ Sobre esse aspecto, assevera Orlando Gomes que o Código Civil Brasileiro de 1917, apesar de ter representado um grande avanço frente ao compêndio desorganizado de legislações civis da Coroa Portuguesa, não cumpriu todas as expectativas que alimentava a sociedade brasileira daquela época. Em suas palavras: “Contudo, a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, nos quais, como observa Castan,

1.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PONTOS DE APROXIMAÇÃO.

A dignidade da pessoa humana encontra proteção, no campo internacional, mediante os tratados de direitos humanos¹¹ e, no campo interno, de forma direta e, de forma associada, mediante a aplicação dos direitos fundamentais e direitos de personalidade. Dadas essas múltiplas aplicações, necessária se faz a delimitação da natureza jurídica destas duas classes de direitos.

Segundo José Afonso da Silva (1999, p. 182), são direitos fundamentais “[as] situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Gonçalves (2004, p. 371) assevera que a “expressão ‘direitos fundamentais’ tem sido utilizada, nas últimas décadas, pela doutrina e pelos textos constitucionais, para designar o direito das pessoas, em face do Estado, que constituem objeto da Constituição”. Canotilho (7ª ed., p. 393), por sua vez, entende que

não dá mostras de um espírito tão radical como o de outras legislações americanas, pois conserva o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime de comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador” (2003, p. 13). Adiante, justifica esse quadro, explicando que: “A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.” (op. cit., p. 31).

¹¹ A divergência acerca da aplicação da terminologia “direitos fundamentais” tem sido objeto de discussões entre doutrinadores, motivadas por sua ambigüidade, heterogeneidade e ausência de consenso.¹¹ SARLET (op. cit. p. 31) esclarece que embora a Constituição Brasileira tenha preferido a expressão “direitos fundamentais”, outras podem ser encontradas ao longo do texto normativo, a exemplo de “direitos humanos” (artigo 4º, inciso III); “direitos e garantias fundamentais” (epígrafe do Título II e no artigo 5º, §1º); “direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e “direitos e garantias individuais” (artigo 60, §4º, inciso IV). Contudo, é com “direitos humanos” que mais freqüentemente estudiosos identificam os “direitos fundamentais”, merecendo ser feita imediatamente uma distinção. “Direitos humanos” se refere aos direitos fundamentais dos seres humanos positivados na esfera internacional, a exemplo dos previstos na Convenção de 1948 e demais instrumentos jurídicos. Apesar de semelhante, “direitos do homem” já se torna melhor aplicado numa perspectiva a direitos fundamentais que não se encontram positivados em qualquer texto normativo, aproximando-se, portanto, dos direitos naturais. Finalmente, “direitos fundamentais” são aqueles que se encontram protegidos e reconhecidos pelo texto constitucional de cada Estado. (SARLET, op. cit., p. 34).

[...] direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Já através dos direitos de personalidade, de acordo com Roxana Borges (2005, p. 21):

[...] protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana, considerada em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.

Na mesma linha, Szaniawsky (2005, p. 71) entende que:

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender seus demais bens. Tradicionalmente, os bens do homem vem sendo protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo, como pelo direito subjetivo, sendo suas naturezas diversas. Os bens, que aqui nos interessam, são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo são denominados de direitos da personalidade.¹²

Sobre o relacionamento entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, Canotilho (7ª ed., p. 396) explica que muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade e muitos direitos de personalidade são direitos fundamentais, não havendo relação de inclusão ou exclusão entre eles, muito menos de identificação completa. Diz ainda que os direitos de personalidade abarcam os direitos de estado (como a cidadania), direitos sobre a própria pessoa

¹² Sobre a controvérsia acerca dos direitos de personalidade serem ou não considerados direitos subjetivos, conferir Szaniawsky (2005, p. 72-87)

(direito à vida, à integridade moral e física, à privacidade) e direito de liberdade de expressão. Apesar de estabelecer tal distinção, assevera que (CANOTILHO, 7ª ed., p. 396):

[..] hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.

Perlingieri (2002, p. 155) oferece duras críticas aos direitos da personalidade, por entender que não é possível delimitar a vida humana através de um elenco pré-determinado de direitos. Assim, diz que:

“Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potesta*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdades, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. [...] A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto da 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 titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.” (2002, p. 155).

Assim, como assevera Szaniawsky (2005, p. 144), o ordenamento jurídico brasileiro reconhece uma cláusula geral de proteção da personalidade humana, que é a aplicação da dignidade da pessoa humana. Contudo, este entendimento variou ao longo da história, merecendo destaque uma breve exposição de seu processo evolutivo.

1.3.1 Evolução do reconhecimento da cláusula de proteção geral da personalidade humana ao longo da história do direito.

Conforme assevera, Szaniawsky (2005 p. 24 e ss.) na Grécia antiga, existiam diversos ordenamentos jurídicos, possuindo, cada cidade-estado, seus estatutos próprios, sendo reconhecidas, em muitos destes ordenamentos jurídicos, o direito da personalidade. Por volta dos séculos IV e III a.C., floresceu a idéia de um direito geral de personalidade, baseado em três pressupostos: o repúdio a injustiça, a vedação de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e, por fim, a proibição da prática de insolência de uma pessoa contra a outra. Vale dizer que, nesta época, a tutela da personalidade humana possuía natureza exclusivamente penal.

Em Roma, os direitos da personalidade conferidos à pessoa eram determinados pelo seu *status*. Dessa maneira, tinha direitos plenos aquele que tivesse o *status civitatis*, a cidadania romana. Ainda assim, mesmo os cidadãos nem sempre gozavam de todo o rol de direito, pois apenas o *paterfamilias*, na condição de chefe, administrador e sacerdote da família, possuía capacidade jurídica plena, denominada *sui iuris*. Os demais membros, que tinham capacidade jurídica reduzida, possuíam *aliena iuris*, submetidos, a depender de sua condição, a certos tipos de poderes do *sui iuris*, como a *manus* (sobre a mulher), *mancipium* (sobre os filhos) e *domenica potestas* (escravos). De acordo com Szaniawsky (2005, p. 31), existe um entendimento de que, em Roma, não existiam direitos da personalidade, sendo sua proteção invocada apenas por meio de manifestações isoladas. A *actio iniuriarum*, utilizada quando a pessoa fosse ofendida em sua honra por injúria, era o instituto que mais se aproximava de uma cláusula geral de proteção da personalidade, apesar de nenhuma proteção ser tão intensa quanto as dispostas nos ordenamentos do mundo contemporâneo. (SZANIAWSKY, 2005, p. 32).

Caenegem (2000, p. 23) afirma que, quando o Império Romano caiu, três novas civilizações surgiram: o império bizantino greco-cristão (no qual algo do antigo Império Romano sobrevivera); o mundo árabe-islâmico; e o ocidente latino-cristão. No Estado Romano, por volta do século V declinou e a Europa fora dividida em diversos reinos tribais e germânicos. Nesse contexto, o direito bárbaro recepcionou algumas categorias do direito romano, adaptadas ao seu sistema jurídico eminentemente costumeiro. Com o surgimento da Escola do Glosadores de Bolonha, no século XI, renasce o direito justiniano, que não possuía qualquer alteração significativa na proteção dos direitos da personalidade, mantendo-se a proteção nos moldes da *actio injuriarum* romana. Como já assinalado¹³, o conceito de dignidade da pessoa humana começou a ser desenvolvido a partir do pensamento de Santo Tomás de Aquino, que influenciou a política medieval com o princípio da dignidade da pessoa humana. (SZANIAWSKY, 2005, p. 35-36). No contexto do Renascimento, formula-se o *direito geral de personalidade*, com base no pensamento tomasiano e impulsionado pelo humanismo da Escola do Direito Natural. Segundo Szaniawsky (2005, p. 38-39):

Da evolução da *hybris*, das *aixias* e da *actio iniuriarum*, que serviam para proteger, na Grécia e em Roma, as vítimas de violações da personalidade humana, tais como a honra, a reputação, a liberdade e a integridade física, surgiu, paulatinamente nos séculos que se seguiram a esse longo período, [...] a manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa humana. [...] Deve-se, porém, à doutrina do direito natural, desenvolvida a partir dos séculos XVII e XVIII, a qual, dentre outras grandes contribuições, desenvolveu a idéia da tutela dos direitos individuais e a noção de *dignidade da pessoa humana*, a elaboração da moderna doutrina do *direito geral de personalidade*, em meados do século XX.

Contudo, é importante afirmar que a proteção jurídica da pessoa humana, de forma ampla, só vai encontrar suas origens mais diretas a partir do liberalismo, no

¹³ Vide seção n.º 2.1.

fim do século XVII, influenciando a Independência Norte-americana e a Revolução Francesa (SZANIAWSKY, 2005, p. 39-43). No século XIX, mediante a implantação dos ideais burgueses, resumidos nos postulados da liberdade, igualdade (formal) de todos os homens, propriedade privada, razão e cientificismo, influenciaram a criação de duas escolas do direito em que, em ambas, o direito *geral* da personalidade será fracionado: a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. Na primeira, entendia-se que a inexistência de um direito geral de personalidade, tomando por base os moldes da *actio iniuriarum* romana, só seria decorrente de reflexos do direito objetivo, pois a criação de uma cláusula aberta geraria para o indivíduo uma liberdade exagerada, de modo a até se utilizar da própria disposição da vida, mediante o suicídio. Por outro lado, o Positivismo Jurídico objetivou retirar da jurisprudência noções metafísicas e juízos de valor, sendo o Estado a fonte única do direito positivo. Neste raciocínio, havia uma incompatibilidade para o reconhecimento de um *direito geral de personalidade*, extramente valorativo, portanto, optando-se pela tipificação de tais direitos.¹⁴

O direito geral de proteção à personalidade do homem teve o seu retorno a partir da promulgação do Código Civil da Confederação Helvética, em 10 de dezembro de 1907, que assegurou “àqueles que sofrerem um ato ilícito sobre seus direitos de personalidade podem demandar que o juízo o faça cessar”¹⁵. A partir

¹⁴ Szaniawsky (2005, pp. 88-89) apresenta algumas classificações dos direitos da personalidade, tomando por base o pensamento de juristas referenciais. Para Adriano De Cupis, o elenco de direitos da personalidade seria dividido em: I – direito à vida e à integridade física; II – direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; III – direito à liberdade; IV – direito ao resguardo, abrangendo o direito à honra e ao segredo; V – direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título, ao sinal pessoal; VI – direito moral do autor. Gangi já apresenta uma lista mais extensa, envolvendo, além daqueles já citados, o direito ao trabalho, ao domicílio, ao estado civil, ao patrimônio, à profissão, dentre outros. BORGES (2005, p. 30) evoca a lista de Orlando Gomes, que abrange: I – direito à integridade física, que envolve o direito à vida e ao próprio corpo (partes ou inteiro); II – direitos à integridade moral, incluindo o direito à honra, à liberdade, à intimidade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.

¹⁵ Tradução livre a partir do original: “celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser”. (SZANIAWSKY, 2005, p. 47).

desse fato e do processo de repersonalização do direito civil ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, as manifestações da personalidade apenas poderiam alcançar uma proteção efetiva por meio de uma cláusula constitucional pétrea, influenciando o posicionamento jurídico acerca do tema de todo o mundo.

O Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, adotou tal posicionamento, asseverando Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, pp. 63-65) que:

Até a Constituição Federal promulgada em 05.10.1988, os direitos da personalidade de que se cuida não estavam constitucionalizados, restritos, pois, ao âmbito do direito privado, na esfera do direito civil. Havia, é verdade, a tutela da honra, mas apenas no campo do direito criminal, pelo Código Penal e Lei de Imprensa. [...] Assim, ao incluir expressamente no Título referente aos direitos e garantias fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), a Constituição Federal pátria fixou um marco que não pode ser deixado de lado no exame da questão, tornando, inapelavelmente, esses direitos de personalidade, direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 arrola diversos direitos de personalidade, tipificados no artigo 5º, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput*); integridade psicofísica (inciso III); direito de resposta e à imagem (inciso V); livre manifestação do pensamento (inciso IV); direito à intimidade, à vida privada, à honra e ao direito à própria imagem (inciso X). O Código Civil, por sua vez, não estabelece uma lista de direitos de personalidade, apenas regulando algumas situações, como o direito ao próprio corpo (artigo 13), ao nome (artigo 16) e a proteção à vida privada e à intimidade (artigo 21).

Dessa forma, os atributos da personalidade humana são complexos, não se podendo vislumbrar que sua tutela ocorra de forma simplista, mediante aplicação de uma lista de direitos de personalidade estanque e única (SZANIAWSKY, 2005, p. 114). Assim, pode-se afirmar que o direito brasileiro, em decorrência da

promulgação da Constituição de 1988, passou a adotar uma “cláusula geral” de proteção da dignidade humana. Como diz Szaniawsky (2005, p. 144):

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez que ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica.

Portanto, a dignidade humana, inserida no texto constitucional, é a verdadeira cláusula geral de proteção à pessoa, sendo os direitos de personalidade decorrentes desta. Entretanto, como já assinalado, não é fácil definir quais dispositivos do artigo 5º são, também direitos de personalidade e, por conseqüência, aplicáveis entre os particulares.

No tocante ao descortinamento da proteção aos homossexuais, é preciso delimitar o conteúdo jurídico do direito de igualdade. Seria, este, portanto, um direito da personalidade? Entendendo-se que sua natureza jurídica é de direito fundamental – e, portanto, oponível, segundo os ensinamentos clássicos, em face do Estado – estariam os particulares sujeitos à sua aplicação? Sendo negativa a resposta, a discriminação dos particulares apenas poderá ser resolvida mediante a aplicação das decorrências majoritariamente reconhecidas dos direitos de personalidade, como, dentre outras, a proteção da honra, vida privada, intimidade e imagem?

Para que se confira a máxima proteção ao exercício pleno da orientação sexual – corolário da expressão da dignidade humana – e sua igualdade de tratamento, é necessário enfrentar a problemática da eficácia entre particulares dos

direitos fundamentais, para que se possa efetivamente ser protegida a condição homossexual.

1.4 DIREITO DE IGUALDADE E SUA APLICAÇÃO DIRETA ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.

1.4.1 Considerações sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

Construídos com o propósito de proteger os particulares dos arbítrios do Estado, os direitos fundamentais têm ocupado uma nova função no pensamento jurídico pós-positivista, que é a de servir de conjunto de regras e princípios a serem adotados também nas relações privadas¹⁶.

De acordo com Daniel Sarmiento (2003, p. 260), é controversa a questão de serem aplicáveis os direitos fundamentais entre particulares, havendo correntes que negam completamente essa aplicação, outras que a aceitam irrestritamente, além de uma série de teorias ecléticas sobre o assunto. Apesar disso, é impossível não reconhecer que a Constituição de 1988 tem uma moldura intervencionista e social, uma vez que possui, apenas a título de exemplo, generoso elenco de direitos sociais e econômicos, presentes nos seus artigos 6º e 7º. Complementando, o Estado brasileiro tem como um de seus objetivos, revelado no art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, complementado pelo inciso IV do mesmo

¹⁶ Alexy, ao tratar do tema, esclarece que os direitos fundamentais se limitam à relação entre Estado e cidadão. Entretanto, admite que tal resposta é incompleta, porque os direitos do indivíduo frente ao legislador importam, dentre outros, direitos de proteção frente aos demais cidadãos, merecendo os direitos fundamentais também possuírem influência nas relações entre cidadão e cidadão, ainda mais, quando os direitos se encontram frente à justiça civil (1997, p. 506 e 507).

artigo, que demonstra a pretensão nacional de se extinguir preconceitos de qualquer natureza.

Jane Pereira (2003, p. 132) explica que a noção de direito subjetivo público, surgida a partir do século XIX, tornou-se o modelo teórico explicativo da estrutura jurídica dos direitos fundamentais no Estado Liberal de Direito, lastreada numa estrita separação entre direito público e direito privado. Porém, apenas após a Segunda Guerra Mundial, com o retorno da discussão sobre os direitos do homem, os planos nacionais passaram a catálogos extensos de direitos fundamentais, inseridos nas cartas políticas promulgadas a partir de então, somada à proteção internacional dos direitos humanos descrita na Declaração Universal de 1948. Como natural consequência do processo, a dicotomia público-privado tem se tornado progressivamente mais estreita. Nas palavras de Estrada (p. 88 *apud* Pereira, J., 2003. p. 143):

O problema da *drittwirkung* [eficácia contra terceiros] pode ser esboçado nos seguintes termos: trata-se de saber se as normas constitucionais que consagram direitos e liberdades são aplicáveis nas relações privadas de um modo tal que atuem sobre posições jurídicas da mesma natureza, e ao responder-se afirmativamente esta pergunta, de que maneira e com que extensão.

Uma vez que é cediço, atualmente, que os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas, pois, como assinala Sarmiento, a Constituição Brasileira “é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais às relações privadas”. (SARMENTO, 2005, p. 279.), convém analisar de que maneira esse processo ocorre.

A primeira teoria defende que os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente às relações privadas, sendo isto possível apenas quando a lei

infraconstitucional assim o estabelecer. E, assim, cabe ao legislador a tarefa de determinar o alcance dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Hesse (1995, p. 66) afirma que um reconhecimento de que os direitos fundamentais se aplicassem imediatamente às relações privadas retiraria do direito privado a sua identidade. Em suas palavras:

[...] ao legislador de Direito Privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, no imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações a que obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. (HESSE, 1995, p. 63-64).

A autonomia privada é, para Hesse, parte das condições fundamentais da ordem constitucional; e o homem, como pessoa livre, autodeterminada e responsável, somente poderá existir num Estado em que o ordenamento jurídico abra a possibilidade para autonomia do pensamento e da ação. Dessa maneira, se a lei cumpre sua clássica tarefa de delimitar a liberdade de um frente à liberdade do outro, o faz mediante as modificações necessárias, respeitadas as diferenças que existem numa relação entre particular-Estado e particular-particular.

As normas constitucionais deverão ser aplicadas como razões primárias e justificadoras, mas não necessariamente como únicas. São cláusulas gerais que efetivam o sistema de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que o direito privado, em muitas vezes, apresenta soluções genéricas e fragmentadas.

Tentando evitar a ocorrência estrangeirismos doutrinários, Sarmiento (2005, p. 281) explica a razão da teoria alemã não poder ser aplicada no Brasil:

[...] Ademais, existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais,

que muitos consideram excessivamente otimistas, o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria. Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Somos o país do “elevador de serviço” para pobres e pretos; do “sabe com quem está falando?”; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da “casa-grande e senzala”.

Buscando conciliar as duas correntes, Jane Pereira (2003, p. 188-189), propõe um modelo para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas envolvendo as seguintes hipóteses:

1 - Se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado (*E.g.*, empresas concessionárias de serviços públicos), poderão ser os direitos fundamentais aplicados às relações privadas, de forma direta.

2 - Se uma organização privada, embora não ligada institucional ou contratualmente ao Estado, tiver um grande poder de organização, igualmente irão ser-lhes aplicáveis, diretamente, os direitos fundamentais, *e.g.*, as relações de empresas para com o grande público, no atendimento a clientes, bem como as relações no trabalho, na escola e em outras instituições;

3 - Porém, se uma relação entre particulares for caracterizada como intensivamente privada, tal aplicação não pode ocorrer. Sobre esta hipótese, vale o seguinte exemplo:

Não há como cogitar que os pais sejam obrigados a dar a seus filhos presentes de Natal semelhantes – ou que lhes devam oferecer mesadas idênticas, ou mesmo castigar-lhes de forma equivalente – em obediência ao comando da igualdade. Mas uma resposta diferente deveria ser dada à seguinte questão hipotética: poderia uma escola privada estabelecer que os meninos tenham prioridade sobre as meninas no preenchimento das vagas nos cursos de verão? Nesse último caso, é intuitivo que o preceito isonômico poderia servir de razão contraposta à liberdade da escola de gerenciar seus cursos. E isso não decorre apenas de tratar-se de uma relação de poder privado, já que no primeiro exemplo este aspecto também está

presente. É a inserção social da Escola – e conseqüentemente – sua aproximação da esfera pública, que determina a possibilidade de exigir desta respeito ao princípio da não-discriminação. (op. cit. p. 189).¹⁷

Assim, reconhece-se a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, pois os direitos fundamentais, enquanto princípios, expressam valores aplicáveis a todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, torna-se inaceitável a desvinculação dos particulares às normas da Constituição. No que concerne à aplicação da igualdade no seio familiar, convém ser mais útil a proteção através das manifestações da personalidade, a serem analisadas no capítulo quatro, à luz dos casos concretos.

1.4.2 O direito de igualdade e sua aplicação.

O direito à de igualdade é tratado, nos casos concretos, mediante a utilização dos critérios formal e material do seu reconhecimento.

¹⁷ A doutrinadora ainda entende ser possível a aplicação de um quarto critério, que é a proteção de núcleos privados com identidades próprias, que não poderão ser compelidos, sob o mandamento constitucional da igualdade – e por, conseqüência, de que estariam adotando condutas discriminatórias – a aceitar pessoas que sejam de linhas diversas de pensamento. Assim, exemplifica: “Pode uma escola islâmica – que siga todos os ritos e costumes da referida religião – ser compelida a acatar matrícula de alunos e alunas não-muçulmanos e, ainda, a aceitar seus hábitos (como, por exemplo, admitir que as meninas não usem véu)? Pode uma associação judia ser compelida a aceitar um membro de convicções notoriamente anti-semitas? Em tais casos, a aplicação do comando constitucional de igualdade importaria no aniquilamento da própria essência dessas entidades, já que esvaziaria sua razão de ser, que é precisamente a preservação de determinado valor ou convicção. A mesma resposta não poderia ser dada à pergunta: pode uma escola laica recusar-se a aceitar matrícula de estudantes de determinada religião? Nesse segundo caso a preservação do pluralismo não pode ser invocada como razão contraposta à incidência do princípio da igualdade na esfera privada”. Tal consideração é problemática, porque pode ser usada como legitimadora para a criação, por exemplo, de que homossexuais não poderiam ser aceitos ou tolerados numa escola católica. É preciso analisar tal regra com o devido cuidado, levando-se em conta o princípio constitucional da vedação da discriminação e promoção do pluralismo. Logo, tais instituições, porque pretendem desconhecer a dignidade de alguém que, para seus dirigentes, não a possuem, estão sim adotando posturas discriminatórias e de segregação. Adote-se o exemplo de uma escola criada apenas para pessoas de etnia branca, na qual os negros estão proibidos de entrar. O Estado brasileiro reconhece a proteção à dignidade humana, em todos os seus aspectos e, em razão da aplicação direta deste princípio, não podem tais instituições adotar tais políticas. Por isso, utilizar-se-á, no tocante às organizações, apenas o critério assinalado no número 2, acima já explicitado.

Em linhas gerais, a igualdade formal ou igualdade perante a lei refere-se à aplicação irrestrita do direito, em que as características pessoais dos destinatários das normas jurídicas não são levadas em consideração para um abrandamento normativo. Por outro turno, a igualdade material ou igualdade na lei exige que o aplicador avalie as condições pessoais dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica, pois poderão necessitar de ajustes vindos do aplicador, através da utilização da isonomia.

O projeto burguês triunfante a partir da revolução francesa de 1789 traduziu-se numa concepção formal de Estado, no qual ficou estabelecido um padrão jurídico geral de igualdade, que, na prática, apenas poderia ser exercitada por aqueles que dispunham do poder aquisitivo que apenas os burgueses tinham. O povo, assim, restaria excluído do processo, pois essa estratégia fora adotada com o fim de evitar reivindicações dos parceiros de revolução, que exigiriam dos burgueses o retorno pela parceria na derrocada do regime absolutista até então vigente. De acordo com Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, pp. 82-83):

A nota comum no rol de direitos fundamentais próprios do pensamento liberal-burguês é a do indivíduo como titular, liberdade individual como objeto protegido, proteção puramente jurídica e Estado como sujeito passivo, do qual se espera que interfira o menos possível no gozo desses direitos por parte dos cidadãos. [...] Os direitos fundamentais, para o pensamento liberal-burguês são a concreção jurídica da liberdade, a qual carece de dimensão instrumental, sendo um fim em si mesma. Por outro lado, dado o caráter defensivo e delimitado dos direitos fundamentais, ao Estado não corresponde nenhuma obrigação de garantia para realização efetiva da liberdade em que consiste o direito fundamental. Tal realização se deixa ao arbítrio do indivíduo.

A única possibilidade que teria o povo conseguir acesso aos direitos concedidos aos burgueses, seria mediante a construção de um procedimento de desequiparação jurídica, impossível para o conceito da época, uma vez que se proibiu expressamente a concessão de quaisquer privilégios a qualquer cidadão

francês. Marcado por uma submissão ao princípio da legalidade, esse Estado garantia a liberdade dos valores burgueses e, assim, atuava como legitimador da atividade estatal para os burgueses. A isto, Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, p. 86) denomina “paradigma do Estado Social do Direito”, explicando que:

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social de Direito tem seu ponto de partida na liberal burguesia, mas não concebe o homem como sujeito isolado (indivíduo-livre) senão como membro ativo de uma *sociedade plural* na qual todos são igualmente livres. [...] Não basta, entretanto, a liberdade formal. Busca-se assegurar a todos o *gozo efetivo da liberdade em condições de igualdade*.

Assim, em razão de se viver, atualmente, num Estado Social do Direito, a interpretação do direito de igualdade deve ser aplicada no seu sentido máximo de reconhecimento a todos à igual dignidade, único caminho possível para que os diversos grupos sociais de uma sociedade democrática possam exercer suas liberdades, porque constituídos, tal qual o sujeito de direito burguês-liberal de dignidade humana.

1.4.2.1 Métodos distintos para aplicação da igual dignidade: material e formal.

A igualdade formal ou igualdade perante a lei, refere-se a uma igual aplicação do direito vigente a todos os sujeitos submetidos a uma determinada ordem jurídica, irrestritamente às suas características e situações pessoais. Por seu turno, a igualdade na lei ou igualdade material reconhece que existem sujeitos de direito que estão submetidos a situações pessoais desvantajosamente diferentes e que, por isso, merecem um desnivelamento normativo ou administrativo para que

tenham acesso a bens de vida que, face às suas particularidades, não conseguem obter.

Mello (2005, p. 23-24)¹⁸ afirma que, para uma aplicação sensata do direito à igualdade material, é preciso que:

- 1) a desequiparação não atinja de modo absoluto um só indivíduo;
- 2) as situações ou pessoas desequiparadas pela regra sejam efetivamente distintas entre si, possuindo critérios, nela residentes, diferenciados;
- 3) exista, no plano abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em função deles;
- 4) em concreto, o vínculo de correlação seja pertinente com os interesses constitucionalmente protegidos, para a satisfação dos interesses públicos.

Por fim, conclui que não é qualquer diferença que possuirá suficiência para discriminações legais, mas apenas aquelas que se enquadrem nos valores do sistema constitucionalmente vigente.

O ponto-chave reside, portanto, em se saber o que seria, afinal, a dita razão suficiente que autorizaria uma aplicação diferenciada do direito de igualdade. O fundamental, para sua aplicação, é avaliar se a característica ensejadora do

¹⁸ Assim explica: “Sabe-se que entre as pessoas há diferenças óbvias, perceptíveis a olhos vistos, as quais, todavia, não poderiam ser, em qualquer casos, erigidas, validamente, em critérios distintivos justificadores de tratamentos jurídicos díspares. Assim, *exempli gratia*, são nitidamente diferenciáveis os homens altos dos homens de baixa estatura. Poderia a lei estabelecer – em função desta desigualdade evidente – que os indivíduos altos têm direito a realizar contratos de compra e venda, sendo defeso o uso deste instituto jurídico às pessoas de amesquinhado tamanho? [...] Aqui ainda a resposta correta, ao parecer, deverá ser negativa. Para demonstrá-lo, é suficiente construir outro exemplo. Suponha-se que a lei que estabeleça: só poderão fazer parte de ‘guarda de honra’, nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros. Haveria, porventura, algum vício de direito nesta hipotética norma? Ofenderia o princípio da igualdade? Parece claro a todas as luzes a improcedência de algum embargo que se lhe opusesse em nome da isonomia. Segue-se que a estatura não é, só por só, fator insuscetível de ser erigido em critério diferencial de pessoas. Por que, então, na primeira hipótese se contestou-lhe a juridicidade, admitindo-se na segunda? Dê-se que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrímen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia”. (MELLO, 2005, p. 11-12)

tratamento desigual possui justificação racional; do contrário, o princípio da igualdade ordena um tratamento formalmente igual.

Em consequência disto, no domínio específico da orientação sexual, é a imposição de tratamento igual sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade de tratamento. A suficiência ou não destas razões é matéria pertinente ao desenvolvimento do conhecimento humano em cada momento histórico, diante do problema a ser enfrentado.

A criação abstrata da igualdade formal visa, inicialmente, neutralizar quaisquer diferenças de classe, condição social, origem familiar, etnia, orientação sexual, dentre outras. As mesmas leis vigentes no Brasil devem ser aplicadas a todos, portanto.

Diante disso, originalmente, a concepção formal da igualdade excluiu os homossexuais, enquanto indivíduos, de sua proteção, pois não se enquadravam no tipo abstrato de sujeito de direito burguês. Para que o homossexual adquirisse socialmente o *status* de sujeito de direito, ele precisava emular um comportamento heterossexual, deixando que a sua sexualidade ficasse reprimida na sua intimidade, uma vez que, além de não protegida, poderia ser objeto de ataques, inclusive, legais, em certos Estados¹⁹.

Como será exposto adiante, a orientação sexual dos indivíduos é apenas um traço comportamental de sua personalidade, havendo uma tendência majoritária de entendimento de que não há um comportamento-padrão de sexualidade, no qual os outros comportamentos fugiriam do referido padrão.²⁰ Por conta disso, a noção de sujeito de direito construída pela burguesia, na qual os indivíduos deveriam ser heterossexuais e fiéis, para que pudessem procriar e dar continuidade ao patrimônio

¹⁹ Conferir o mapa mundial dos direitos dos homossexuais, presente no anexo deste trabalho.

²⁰ Conferir capítulo três.

familiar, merece uma reconstrução contemporânea, a fim de reconhecer como sujeitos de direito aqueles que não possuem, seja porque não querem, seja porque sua natureza é incompatível, heterossexuais, pois nesta determinação, o Estado deve ser indiferente, protegendo a todos, independente de sua orientação sexual.

Nessa busca pelo reconhecimento à indiferença Estatal, situam-se duas correntes militantes dos direitos dos homossexuais: aqueles que reivindicam a equiparação de seu estatuto privado ao dos heterossexuais; aqueles que apenas desejam ser respeitados em seu estado pessoal, objetivando medidas estatais antidiscriminatórias. Segundo Moraes (2000, p. 89), a segunda corrente tem ganhado mais amparo geral por parte da sociedade, uma vez que trata especificamente da liberdade de se proceder escolhas pessoais, do que a busca por uma assimilação por parte da ordem geral e, por esse motivo, são atentatórios à dignidade da pessoa humana os atos que visem discriminem pessoas por conta de sua orientação sexual.

A concretização do imperativo jurídico da igualdade formal é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude da orientação sexual, sendo necessário, para que seja implementada, a utilização de critérios expressos de proibição a supostas diferenças.

Por esses motivos, a igualdade perante a lei só alcançará a universalidade mediante a ruptura do modelo abstrato de que o sujeito de direito é aquele que possui uma orientação heterossexual. Ao invés de se buscar uma condição de normalidade heterossexual, como apelo ao “direito à diferença”, faz-se necessária a afirmação do direito à indiferença (grifos nossos), pelo respeito às diversas modalidades de orientação sexual, todas sob a égide de uma mesma regulação geral, fundamentada na dignidade da pessoa humana.

1.5 PALAVRAS FINAIS ACERCA DA APLICAÇÃO DIRETA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Como assevera Sarlet (2006, p. 72), a dignidade da pessoa humana, ocupando o papel de princípio constitucional, “constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)”. Com isso, esse princípio desloca para a pessoa o fundamento e o fim da sociedade e do Estado. Na prática, observa-se uma postura cada vez maior dos Tribunais pátrios de se utilizarem do princípio da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico para solução dos litígios, o que leva a uma interpretação das normas infraconstitucionais à luz desse valor (Sarlet, 2006, p. 83-84).

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito reconhece como uma das decorrências da dignidade humana a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo banidas quaisquer formas de preconceitos ou discriminação²¹. Resta claro que, além do dever de respeito e proteção do Estado na promoção de condições de vida do povo com dignidade, existe o mandamento de se assegurar o compromisso dos particulares com o respeito à dignidade da pessoa humana. Como a dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio fundamental, pressupõe o reconhecimento e proteção de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 87), os particulares vinculados em suas relações jurídico-privadas aos direitos fundamentais, vinculados também estarão, conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

²¹ A redação do artigo 3º da Constituição Federal do Brasil diz que: “Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma *sociedade livre, justa e solidária*; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.” (grifos nossos). Essas noções serão retomadas no capítulo II.

O dever de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, por consequência, pressupõe e exige um dever das pessoas mais que para com seus semelhantes, para consigo mesmas. E isto tem como consequência que mesmo por vontade própria, os particulares não possam restringir de qualquer forma seus direitos fundamentais.

Sob esse entendimento, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares torna-se totalmente viável e, inclusive, mais prudente, uma vez que somente com a análise do caso concreto e mediante a ponderação dos bens e direitos em causa, poder-se-á efetivamente proteger a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, tornar a expressão da vontade individual uma prática da cidadania. O direito de igualdade, no caso de discriminação por orientação sexual, que também representa uma das diversas modalidades de desigualdade no Brasil, merecerá ser aplicado mesmo nas relações privadas, já que se estará caracterizada uma cláusula geral de dignidade da pessoa humana.

2 O INSTITUTO DO DANO MORAL COMO INSTRUMENTO DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Etimologicamente, “responsabilidade” se origina do latim “*respondere*”, podendo ser traduzido como obrigação que alguém tem de assumir com a consequência dos seus atos (PAMPLONA, 1999, p. 21). Como subespécies da responsabilidade jurídica²², encontram-se a “responsabilidade civil” e a “responsabilidade penal”, cuja diferença básica é a consequência sancionadora para o agente da conduta²³. Pereira (2004, v. 1, 632) define a responsabilidade civil como:

[...] a efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica, que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

A conduta individual pode se revelar conforme ou desconforme ao direito. Segundo a classificação doutrinária dos atos humanos (PEREIRA, 2004, v. 1, p. 654), os atos ilícitos representam a concretização de um agir em desacordo com a ordem legal. Em razão disso, não deve o ordenamento jurídico permitir que o agente

²³ Sobre a diferença entre responsabilidade civil e penal, Dias (1995, p. 7-10), citando Mazeaud et Mazeaud, afirma que é a mesma que existe entre o direito penal e direito civil. Assim, explica que enquanto a reparação civil reintegra, realmente, ao prejudicado na situação patrimonial anterior, a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado, pois sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.

venha a se beneficiar de uma conduta ilícita, merecendo, portanto, ser sancionado, por proteção ao direito de outrem. Ao passo em que o ato lícito cria para o agente direitos e obrigações, o ilícito apenas lhe gera deveres (PEREIRA, 2004, v. 1, p. 653).

De acordo com Pereira (2005, v. 1, p. 654), o ato ilícito reúne certos requisitos para ser ensejador de responsabilização civil, expostos da seguinte maneira: a) uma conduta intencional ou previsível de um resulta; b) a violação do ordenamento jurídico, por ser contrária às normas; c) a imputabilidade do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia²⁴.

Servindo de pressuposto para a responsabilização civil, o ato ilícito funda-se na noção de culpa²⁵ do agente, em sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa em sentido estrito. Vale ressaltar que o direito civil brasileiro abandonou tal distinção,

²⁴ Explica Pereira (2004, v. 1, p. 655-656). que na estrutura explicitada, são cabíveis todas as espécies de ilícitos, sejam civis, sejam penais. Em suas palavras: “Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. [...] Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir o agente, o direito civil nele enxerga o fundamento da reparação do dano. Por isto mesmo, a responsabilidade civil é independente da criminal, ainda que haja a superposição das duas áreas.” O ponto sobre responsabilidade civil e penal será retomado mais adiante, quando se tratar sobre a figura do dano punitivo.

²⁵ Seguindo as lições de Pereira, sobre o nascimento da teoria do risco, que é o pressuposto da responsabilidade civil (2004, V 1, p. 663), diz-se que: “Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente. O que importa é a causalidade entre o mal sofrido e o fato causador, por influxo do princípio segundo o qual toda pessoa que cause a outra um dano está sujeito a sua reparação, sem necessidade de se cogitar do problema da imputabilidade do evento à culpa. [...] Ante uma perda econômica, pergunta-se qual dos dois patrimônios deve responder, se o da vítima ou o do causador do prejuízo. E, na resposta à indagação, deve o direito inclinar-se em favor daquela, porque dos dois é quem não tem o poder de evitá-lo, enquanto o segundo estava em condições de retirar um proveito, sacar uma utilidade ou auferir um benefício da atividade que originou o prejuízo. O fundamento da teoria é mais humano que o da culpa, e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social”. Em razão dessa teoria se referir apenas à responsabilidade objetiva, sua análise extrapola o presente estudo, que versa exclusivamente os danos morais provocados pelos particulares, cuja teoria aplicável é a da culpa.

porque de difícil aplicação nos casos concretos, permanecendo, todavia, no campo penal²⁶. (PEREIRA, 2004, v. 1, 657).

Na opinião de Cavalieri (2006, p. 28-29), a violação de um dever jurídico é que configura o ilícito, pois acarreta um dano para outrem, gerando, portanto, um novo dever jurídico²⁷. Assim, existe um dever jurídico originário, que, uma vez violado, gera um dever jurídico sucessivo, que é o de indenizar o prejuízo.

O referido autor acrescenta que o ato ilícito pode ser analisado sob duas perspectivas. Num sentido estrito, é considerado como o conjunto de pressupostos da responsabilidade, ao passo em que no sentido amplo, refere-se apenas a uma conduta humana voluntária e contrária à ordem jurídica. (CAVALIERI, 2006, p. 33)²⁸.

Conclui que:

O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário. (CAVALIERI, 2006, p. 34).

²⁶ Nas palavras de Dias (1995, p. 120), “Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem [...]. Vale ressaltar que o fato do Código Civil de 1917 ter utilizado, em seu artigo 159 as expressões “imprudência” e “negligência” – institutos típicos da conduta culposa em sentido estrito – isso não significa que fosse necessária a sua consideração para a aplicação – ou não – da responsabilidade civil a agentes infratores.

²⁷ Por dever jurídico, entende ser “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social” (p. 28). Acrescenta ainda que o dever jurídico não se refere apenas a um aconselhamento ou recomendação, mas comandos aptos a se tornarem obrigações de indenizar. Sobre estas últimas, é importante ressaltar que se trata de uma modalidade obrigacional inserida no artigo 927 do Código Civil, contradizendo com a teoria clássica do direito civil, na qual a responsabilidade é a consequência do descumprimento de uma obrigação. Então, sua natureza jurídica é de obrigação-sanção, opondo-se àquela surgida voluntariamente a partir da criação de negócios jurídicos (op. cit. p 26).

²⁸ Cavalieri expõe que o conceito tradicional de ato ilícito tornou-se insuficiente para a configuração da responsabilidade subjetiva, pois é impossível enfeixar em sua teoria todos os fatos da vida que possam causar danos. No campo da responsabilidade objetiva, a deficiência é ainda maior, só se pode compatibilizar a noção de ato ilícito em seu sentido objetivo. (p 33).

Convém assinalar que a velha noção de ato ilícito vem sendo superada, na responsabilidade civil, em decorrência da primazia de que goza o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre as relações jurídicas no direito brasileiro. Tal reformulação é sensível, pois, segundo Bodin de Moraes (2003, p. 174) a adoção do critério do dano injusto, é mais eficaz para a proteção da dignidade da pessoa, pois objetiva não apenas reparar “prejuízos”, mas prevení-los. Isso ocorreu em razão da mudança do paradigma interpretativo - puramente patrimonialista – outrora vigente no direito brasileiro da época do Código Civil brasileiro de 1916, em especial no período anterior à promulgação da Constituição de 1988 para um modelo humanista, baseado na proteção da pessoa humana.

Seguindo o mesmo entendimento, Perlingieri (2002, p. 156) complementa:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à exigência e no livre exercício da vida de relações.

Nessa linha, todas as manifestações contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana devem ser repelidas, não como um fim em si mesmo, mas como um meio de proteção o citado valor supremo do referido princípio constitucional. Conhecer o caminho da citada mudança paradigmática é fundamental para a compreensão dos fundamentos do dano moral, apenas reconhecido como categoria autônoma da responsabilidade civil porque valoriza-se, hoje, a dignidade da pessoa humana. Por tais motivos, passa-se a analisar tal evolução.

2.2 TEORIAS SOBRE A OCORRÊNCIA DOS DANOS MORAIS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Tradicionalmente, poder-se-ia extrair da palavra “dano” a noção de “prejuízo”, seja material, seja moral. A maioria dos doutrinadores pátrios, contudo, se limita a vislumbrar os aspectos materiais deste prejuízo, quando se propõem a conceituar “dano”. Dias, citando Paoli (1925, p. 120 *apud* DIAS, 1995, p. 714) afirma que “o dano, sem sentido jurídico, quer dizer ‘abolição ou diminuição, mesmo parcial ou temporária, de um bem da vida...”. Explica ainda que seja possível identificar duas concepções sobre dano: a) a vulgar, no tocante a prejuízo que alguém sofre na alma, no seu corpo ou nos seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) jurídica, delimitada pela condição de pena ou de dever de indenizar, sendo o prejuízo do sujeito em consequência de violação por fato alheio (DIAS, 1995, p. 715). Dessa maneira, o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui obrigação de indenizar, sendo dividido entre danos patrimoniais e danos morais (DIAS, 1995, p. 716).

Apesar disso, assevera Dias (1995, p. 737), que nem sempre se reconheceu o fato de que o dano moral poderia ser indenizado. Os argumentos que a doutrina coleciona são os seguintes: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) intederminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz.

Esta antiga tendência teve como reflexo a prevalência, durante muito tempo, da tese da irreparabilidade (mais precisamente da não indenização) do dano moral, o que hoje já se encontra superada. Se a existência do direito à indenização

por dano moral é, atualmente, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão, porque ainda não houve um assentamento da doutrina quanto ao seu conceito. Em consequência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. Por conta disso, alguns critérios são utilizados, objetivando-se viabilizar a sua aplicação.

A doutrina comumente definia o dano moral sob a forma negativa, como exclusão ao dano patrimonial ou material. Dias (1995, p. 852) afirma que: “Quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.”

Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma precisa compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma idéia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem, verdadeiramente, explicá-lo.

Atualmente, outras categorias de danos não-patrimoniais têm sido reconhecidas pelo direito civil brasileiro, como o dano estético e à imagem. Dessa maneira, a fórmula em que se exclui da esfera patrimonial aquilo que se entende por moral implica caracterizar situações diferentes de maneira idêntica. Uma pessoa que perde a mobilidade de um dos seus braços em razão de uma agressão física sofre, simultaneamente, um dano patrimonial (pelo necessário pagamento de despesas médicas e com fisioterapia, além de eventual incapacidade para certos tipos de trabalho), um dano estético (a desarmonia gerada em seu corpo) e um dano moral (pelo abalo psíquico que lhe fora e sempre lhe será causado, em saber sofrera uma tão cruel dor). Portanto, deve ser abandonada, desde já, a concepção negativista do

dano moral, tendo em vista que tal definição, conquanto afaste a classe mais distante (dano patrimonial), não esclarece as características do fenômeno deste estudo.

A insuficiência da concepção negativa levou à busca de um objeto para o dano moral. Procurando adentrar o próprio conteúdo dessa espécie de dano, parte da doutrina apresenta definições que têm, em comum, a referência ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa.

Cavalieri (2006, p. 101-102) tece duras críticas a essa teoria. Ensina que pode existir dano moral sem que haja dor, vexame, sofrimento, como também pode existir dor, vexame, sofrimento sem que exista dano moral, sendo tais estados anímicos, em geral, conseqüências, e não causas. Assim, em se admitindo reparação por danos morais apenas em caso de sofrimento, crianças, doentes em estado anímico ou doentes mentais não estariam fora da órbita de proteção do instituto. Conclui que:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada.

Dias (1995, p. 852) observa que para caracterizar o dano moral, impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que

“não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.

O indivíduo que termina seu relacionamento com outrem pode, em consequência, sofrer angústia e tristeza. O empreiteiro que não entrega a obra no prazo pode provocar grande irritação ao contratante do serviço. O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Em nenhum desses casos, no entanto, é possível vislumbrar a existência de um dano moral - pelo menos não de acordo com o senso médio. As dores, as angústias, aflições, humilhações e padecimentos que atingem a vítima de um evento danoso não constituem, de ordinário, mais do que a consequência ou repercussão do dano (seja ele moral ou material). A dor sentida em razão da morte do cônjuge, a humilhação experimentada por quem foi atingido em sua honra, a vergonha daquele que ficou marcado por um dano estético, a tensão ou a violência experimentadas por quem tenha sido vítima de um ataque à sua vida privada são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, e que os indivíduos os sentem ou experimentam ao seu modo. (ANDRADE, 2006, p. 40)

Modernamente, uma das teorias mais aceitas é a de que o dano moral decorre da lesão a direito da personalidade. Cavalieri (2006, p. 74) afirma: “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”.

Por sua vez, Morais (2003, p. 132-133) assevera que:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade humana).

A dimensão da regra do dano moral enquanto lesão a direito da personalidade ainda é um debate recorrente no Brasil, que deve ser objeto de reflexão dos juristas e operadores do Direito, sobretudo ao se considerar que existe uma proteção geral à personalidade, pelo reconhecimento da dignidade humana.

Segundo Cavalieri (2006, p. 100-102), o conceito de dano moral merece ser analisado à luz da Constituição de 1988, sobretudo em razão da consagração expressa da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Em sua opinião, os direitos da personalidade, como o direito à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no núcleo da dignidade humana, merecendo, por isso, igual proteção.²⁹ Em razão disso, foi o instituto do dano moral elevado a categoria constitucional, conforme redação dos incisos V e X do artigo 5º do texto constitucional.

Conforme asseverado no capítulo um deste estudo, a dignidade é um valor intrínseco do ser humano e, em sendo assim, não lhe pode ser tirado. Quando um indivíduo sofre um dano moral, o que ocorre, na verdade, é uma pretensão violadora de sua dignidade, pois alguém – o agente do ilícito – atua como se desconhecesse ou pretendesse simplesmente ignorar a dignidade de outrem. Assim, sugerimos ser mais prudente falar em direito subjetivo-constitucional à punição de pretensões violadoras da dignidade humana.

²⁹ É importante assinalar que CAVALIERI fala de “direito à dignidade” ou “direito subjetivo constitucional à dignidade”. Discordamos desse posicionamento, porque o ser humano não pode ter direito àquilo que ele simplesmente é, pois a dignidade é seu valor intrínseco. Nessa perspectiva, portanto, não se pode exigir que o Estado lhe conceda dignidade, porque esta não se encontra em seu poder. Preferimos dizer que os cidadãos possuem um “direito à não pretensão violadora de sua dignidade”, porque a dignidade não é um bem que se concede ou se retira de alguém, não podendo, por meio do dano moral, alguém perder a sua dignidade.

2.3 FUNÇÕES REPARATÓRIA E PUNITIVA DOS DANOS MORAIS.

Segundo Bodin de Moraes (2003 p. 295-296), em razão do direito brasileiro não apresentar um tabelamento ou indicativo prévio do valor a ser pago a título de indenizações por danos morais, a aplicação do estudo à luz dos casos concretos, deverá seguir alguns indicativos: a) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor; b) a situação econômica do ofensor; c) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); d) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica; e) a intensidade do seu sofrimento.

Maria Helena Diniz (2003, p. 99) afirma que o ressarcimento do dano moral, às vezes, ante a impossibilidade de reparação natural, isto é, da reconstituição natural, na *restitutio in integrum* procurar-se-á [...] atingir uma “situação material correspondente”.

Por seu turno, Bernardo (2005, p. 165) entende que apenas deva ser levada em consideração a extensão do dano, afirmando serem mutuamente excludentes este requisito com o grau da culpa do ofensor.

Dias (1995, p. 730 e ss.), apesar de não apresentar critérios para a reparação do dano moral, adverte que a maior dificuldade para sua reparação é justamente o fato de não existirem parâmetros valorativos, diferentemente do que ocorre com o dano patrimonial, em que se pauta na noção de prejuízo. Ao tempo em que este nunca é irreparável, no tocante aos danos morais, todas as dificuldades se acumulam, diante das diversas lesões que este causa, que só têm em comum o fato de não serem patrimoniais.

O Código Civil Brasileiro estabelece os seguintes delineamentos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se, no Brasil, o principal aspecto que fixa o *quantum* indenizatório é a extensão do dano. A culpa também é considerada, mas apenas de forma subsidiária, se ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) dano desproporcional com a culpa do agente; b) concurso de culpas entre agente e vítima.

Sobre esse assunto, Bernardo (2005, p. 171) empreende uma severa crítica acerca do pensamento do legislador:

[...] grau de culpa e extensão do dano são opostos e mutuamente excludentes. Ou se repara tendo em vista a extensão do dano ou se repara tendo em vista a gravidade da culpa. E entendemos que a extensão do dano é parâmetro muito mais eficaz. Causa espanto tenha o legislador adotado no *caput* do artigo 944 a extensão do dano e no parágrafo único aberto a possibilidade de redução da indenização tendo em vista o grau de culpa. [...] A graduação da culpa nunca importou, em épocas passadas, para a responsabilização civil. A doutrina clássica, de fato, considerava que nenhuma relação deveria haver entre a amplitude dos danos e a gravidade da culpa. Nestes casos, então, e com absoluta independência do grau de culpa do agente, caberia sempre indenizar toda a extensão do dano, mesmo sendo a culpa levíssima causadora de um dano gravíssimo.

De um lado, há tribunais que procuram compensar as vítimas pelos danos sofridos, mediante a condenação de indenizações módicas, normalmente expressas em salários mínimos. Por outro, em certas situações, observa-se a aplicação de pesadas indenizações, expressas em quantias de dezenas ou centenas de milhares de reais, ou ainda em milhões, conhecidas na *common law* como danos punitivos (*punitive damages*). Em razão de sua aplicação se demonstrar controversa no Brasil,

faz-se necessária a análise de suas características, a fim de se concluir qual é a melhor fórmula para se proteger a dignidade humana.

2.3.1 Linhas gerais acerca dos danos punitivos.

Ao tempo em que se aplica o instituto da responsabilidade civil no Brasil indistintamente – mas de forma peculiar – aos danos contraídos tanto nas relações contratuais, como extracontratuais, no direito dos países de *common law* o quadro se mostra diverso. Nesses referidos países, o dano causado a alguém em razão de um inadimplemento contratual recebe o nome de *damage*³⁰. Por outro lado, o ato ilícito extracontratual praticado contra outrem recebe o nome de *tort*, sendo estudado pela *tort law* ou *law of torts*. Uma grande diferença entre os dois é que a reparação de danos decorrentes de inadimplemento contratual (*damage law*) apenas tem caráter reparatório. Entretanto, é intrínseco ao *tort law*, além da reparação específica, a prevenção de danos futuros.

Com a proliferação dos códigos e atos legislativos uniformes que têm crescido recentemente nos países de direito *common law*, o *law of torts* ainda se apresenta como uma medida jurídica ainda não sistematizada, sendo estudado à luz da casuística. Nas palavras de Kionka: “O *tort law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei.” (apud ANDRADE, op. cit. p. 183).³¹

³⁰ As expressões *injury*, *harm* e *loss* também são utilizadas para expressar o tipo de dano causado por inadimplemento contratual. (op. cit. p. 181).

³¹ A expressão “dano moral” não aparece no *common law* como uma categoria específica, pois seu exame ocorre a partir de categorias esparsas. Como exemplo, podem ser citados os “danos não-pecuniários” (*nonpecuniary loss*), os *general damages* (conhecidos também como *direct damages* ou

Os danos punitivos³² se inserem nesta última categoria, sendo definidos como “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória, quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”³³. (BLACK *apud* ANDRADE, 2006, p. 194). Constituem:

uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. (ANDRADE, 2006, p. 195).

Segundo Andrade (op. cit. p. 186), os estudiosos do instituto dos danos punitivos (ou *punitive damages*, no original) localizam sua estrutura nos textos da Antigüidade, como o Código de Hamurabi (2000 a.C.), o Código Hiita (Séc. XV a.C), Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e o Código de Manu (200 a.C.). Entretanto, foi na Inglaterra que o instituto ganhou a sua moldura atual³⁴, tendo sido disseminada, alguns anos depois, nos Estados Unidos da América.³⁵

necessary damages), *personal torts*, *personal injury* (em oposição ao *property tort*), *emotional harm*, *emotional distress*, *mental distress*, *mental suffering* e *mental anguish*. Há, também, figuras que se referem a danos morais mais específicos, como a *defamation*, *intrusion* (invasão de privacidade), *bodily harm* (dano à integridade física), *impairment of social life* (dano às relações sociais), dentre outros. cf. ANDRADE (op. cit., p. 184)

³² Segundo ANDRADE (op. cit. p. 195), muitas são as denominações dos danos punitivos, presentes nos países anglo-saxões que os adotam. Encontram-se, ao lado de *punitive damages*, as expressões *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *penal damages* e *punies*. Há ainda uma outra expressão, denominada *smart-money*, que não faria menção à gíria estadunidense traduzida como “esperto”, “inteligente” ou “sabido”, mas indicativa da soma em dinheiro estabelecida para compensação das dores da pessoa lesada.

³³ No original: Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with reckless, malice, or deceit.

³⁴ Segundo Andrade (2006, p. 187), a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* ocorreu em 1763, no julgamento *Wilkes v. Wood*. Wilkes foi um jornalista, que escrevera um artigo inflamado, ofensivo à reputação do Rei George III e seus ministros. Em contrapartida, o Rei ordenou que seus mensageiros invadissem e revirassem sua casa, apreendendo livros e papéis privados. Diante disso, Wilkes ajuizou uma ação denominada *action of trespass* contra o senhor Wood, subsecretário de Estado que havia pessoalmente supervisionado a execução da ordem do Rei, objetivando a aplicação de danos punitivos. O juiz considerou a demanda procedente e condenou Wood a pagar-lhe a significativa soma (para a época) de £1000 (mil libras). O referido episódio serviu de precedente ao caso *Huckle v. Money*. Huckle teria sido detido com base numa ordem arbitrária de um oficial da Inglaterra. Embora não tivesse ficado confinado por mais do que seis horas, o juiz

Algumas teorias tentam explicar a origem dos danos punitivos. Por uma, de enfoque histórico-sociológico, os danos punitivos teriam surgido a partir da própria estrutura do sistema judicial inglês, que se baseia no julgamento popular pelo júri. Inicialmente, os jurados eram cidadãos locais, com grande familiaridade com os fatos e, a partir daí, formando seu convencimento para a resolução do conflito, não sendo possível, nesta época, que os juízes revisassem suas condenações indenizatórias. Posteriormente, com a composição dos júris ser elaborada por pessoas que não tinham prévio conhecimento dos fatos, tornou-se possível, segundo o entendimento das cortes inglesas, revisar os valores atribuídos nas condenações, embora não o façam com freqüência, talvez em nome da tradição, bem característica do sistema jurídico inglês, do tipo *common law*³⁶

Outra corrente afirma que os danos punitivos foram desenvolvidos como meio reparatório especificamente para danos morais, já que a jurisprudência inglesa até o século XIX apenas reconhecia o direito à indenização aos prejuízos estimáveis pecuniariamente. Assim, o dano que fosse puramente moral não daria ensejo à indenização.³⁷ Nesse sentido, embora se utilizasse a expressão *punitive damages*, as quais pelas quais os agressores eram condenados não eram absolutamente excessivas, revelando, na verdade, um caráter muito mais compensatório do que punitivo das indenizações por danos morais.

condenou Money a pagar-lhe £300 (trezentas libras), valor igual a quase trezentas vezes o salário que Huckle recebia de seu empregador semanalmente.

³⁵ Em 1784, Genay ingressou com uma ação contra Norris, porque este colocou uma substância em sua bebida, causando-lhe grande dor, num drinque de reconciliação, pois ambos iriam disputar um duelo com pistolas. A Corte considerou que Genay tinha direito a danos punitivos.

³⁶ Segundo lição de David (1998, p. 340-344), no direito das famílias romano-germânica, a jurisprudência apenas é utilizada para desempenhar um papel, normalmente, secundário, não sendo criadoras – salvo casos excepcionais – de regras de direito. Na Inglaterra, o direito tem uma tradição basicamente jurisprudencial, em que esta destaca as regras de direito, tendo, as decisões das cortes (*stare decisis*), servido de precedentes (rule of precedent) para outras decisões.

³⁷ Andrade (2006, p. 190). adverte que, excepcionalmente, admitia a fixação de um montante em dinheiro para danos não mensuráveis pecuniariamente para determinadas categorias de atos ilícitos, como o dano à honra (*defamation*), abuso processual (*malicious prosecution*), agressão física (*assault*), prisão legal (*false imprisonment*), sedução (*seduction*) e adultério (*adultery*).

Finalmente, consagrou-se o posicionamento da aplicação da indenização punitiva para compensar as vítimas que tivessem sofrido uma ofensa intangível (moral), quando presentes *circunstâncias agravantes*.³⁸

A indenização punitiva ganhou destaque internacional a partir dos julgamentos realizados nos Estados Unidos da América. Lá, o instituto tem sido aplicado comumente em casos como responsabilidade pelo fato do produto (direito do consumidor), difamação, erro médico, acidentes de trânsito, responsabilidade profissional, invasão de privacidade, assédio sexual, dentre outros.³⁹ É comum que tais indenizações ultrapassem a casa das centenas de milhares de dólares ou dos milhões, embora muito do que se divulgue seja exagero do que realmente é aplicado na prática.⁴⁰

A Suprema Corte americana, em diversos momentos, fora convocada para decidir se os danos punitivos constituiriam uma violação ao princípio do devido processo legal, tendo ganhado projeção a partir da decisão sobre o caso *BMW of*

³⁸ Ainda existiam algumas outras teorias, como a que entendia que os danos punitivos serviam para a correção de injustiças ocorridas nos processos criminais (hipótese conhecida no Brasil como “indenização por erro judiciário”) ou para controlar o ímpeto de vingança da vítima. Para mais detalhes, consultar Andrade (2006, p. 190-192).

³⁹ Um caso famoso envolveu a rede de *fastfood* Mc Donald's e uma senhora idosa. Afirma Andrade (2006, p. 228). que “em fevereiro de 1992, em Albuquerque, no Estado do Novo México, Stella Lieback ocupava o banco de passageiro do automóvel conduzido por seu neto e segurava um copo de café quente que havia acabado de comprar em uma lanchonete McDonald's pelo sistema *drive-thru*. Após ter recebido o café, o neto da Sra. Lieback movimentou o veículo para a frente e o estacionou. em seguida, ela colocou o copo descartável de polietireno entre suas pernas e tentou remover a tampa de plástico para adicionar creme e açúcar. O café, então derramou em seu colo. [...] O café derramado foi imediatamente absorvido pelo tecido da calça que a Sra. Lieback vestia, queimando-a severamente. Um especialista em cirurgia vascular constatou que ela sofreu queimaduras de terceiro grau em mais de seis por cento do corpo, incluindo a parte interna da coxa, o períneo, as nádegas e a região genital. Ficou hospitalizada por oito, durante os quais teve de se submeter a debridamento na área atingida e a enxertos de pele. Depois, permaneceu sob cuidados em casa por cerca de três semanas. Ao final desse período, havia perdido aproximadamente vinte por cento do seu peso corporal. Em consequência das queimaduras e da cirurgia subseqüentes, ficou com cicatrizes permanentes em mais de dezesseis por cento do seu corpo.[...] De acordo com as provas produzidas, o McDonald's servia o seu café a uma temperatura que variava de 180 a 190 graus *fahrenheit* (cerca de 82 a 87 graus centígrados), enquanto os outros estabelecimentos similares serviam café a uma temperatura média que variava de 135 a 140 graus *fahrenheit* (cerca de 57 a 60 graus centígrados). [...] O júri condenou a empresa a pagar à autora US\$ 2,7 milhões ao McDonald's no período de dois dias. [...] O juiz, considerando excessivos os *punitive damages* fixados pelo júri, reduziu-os para US\$ 480.000,00, valor somado aos *compensatory damages* e iguais a três vezes estes.”

⁴⁰

North America, Inc v. Gore (KIRSCHER e WISEMAN, *apud* ANDRADE, p. 210).

Explica Andrade (2006, p. 210-211) que:

No ano de 1990, após comprar um automóvel BMW *sports sedan* novo de uma revendedora autorizada, pelo preço de US\$ 40,750.88, o autor Ira Gore, depois de dirigir o veículo por aproximadamente nove meses, levou-o para um polimento. Descobriu, então, que o carro havia sido repintado. Convencido de que fora enganado, Gore ajuizou uma ação em face da BMW of North America [...] alegando fraude. A ré, durante o julgamento, admitiu que havia adotado, em 1983, uma política nacional acerca de automóveis novos danificados durante a fabricação ou o transporte: se o custo do reparo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como usado; se, todavia, o reparo não excedesse esses 3%, o carro era vendido como novo, sem advertir o revendedor que algum reparo fora feito. Sustentando que o custo de repintura do veículo do autor encontrava-se em torno de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar ao revendedor o reparo que havia sido realizado. [...] Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US\$ 4,000 e *punitive damages* de US\$ 4 milhões, por considerar que a política de não-revelação de danos nos veículos configurou conduta maliciosa ou fraudulenta. A Suprema Corte do Alabama, entendendo que o júri, no cálculo dos *punitive damages*, computara impropriamente fatos semelhantes ocorridos em outra jurisdição, reduziu o montante indenizatório para US\$ 2 milhões.

Apesar da Suprema Corte do Alabama ter reduzido o montante indenizatório condenado à BMW em quase cinquenta por cento, esta resolveu ainda recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos, objetivando uma redução maior ainda. Acabou sendo bem-sucedida, pois, de 2 milhões de dólares, a indenização foi reduzida para cinquenta mil dólares.

Com este caso, criou-se o precedente para orientação da condenação indenizatória, que deverá obedecer aos seguintes critérios: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; c) a diferença entre a indenização e penalidades civis e criminais previstas em casos similares. Com tais parâmetros fixados, aumentou-se a

segurança jurídica na aplicação da indenização punitiva, preservando-se o seu caráter de prevenção⁴¹.

2.4 A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E DA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA.

Para Bodin de Moraes (2003, p. 303), a valoração do dano moral só pode ser feita com base no princípio da dignidade da pessoa humana como critério de sua proteção, sendo provenientes da violação do dever de respeito aos indivíduos. A indenização deve ser eminentemente reparatória, pautando-se no critério do Código Civil, que versa sobre a extensão do dano.

Por outro lado entende, para que se reconheça o caráter punitivo da reparação do dano moral, devem ser levados em conta o grau da culpa e, do outro, o nível econômico do ofensor, sendo uma punição não pelo o que se fez, mas por quem o praticou (MORAIS, 2003, p. 259). Ainda de acordo com a doutrinadora, a aplicação da indenização punitiva ocorre exclusivamente através do arbítrio do juiz, violando o princípio da legalidade penal. Explica que (MORAIS, 2003, p. 261):

De nada adianta clamar por moderação e equilíbrio na fixação do *quantum* indenizatório quando o sistema que se veio delineando aceita a coexistência de duas regras, antagônicas por princípio, no âmbito da reparação dos danos morais: a punição, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. Nesses casos, em geral a função punitiva “corre solta”, não tendo qualquer significação no que tange a um

⁴¹ A título de informação, é importante falar do movimento de reforma do direito de indenizações, conhecido por *tort reform*, que tem ganhado projeção nos Estados Unidos. a ATRA (*American Tort Reform Association*), entidade representada por associações de classe e grandes corporações, tem apresentado argumentos que contestam a aplicabilidade do instituto dos danos punitivos, que podem ser resumidos da seguinte maneira: a) a tarefa de punir o ofensor compete ao Direito Penal, não ao Direito Civil, este servindo apenas para compensar o dano da vítima; b) as indenizações decorrentes dos danos punitivos vão para a vítima, causando-lhe um ganho inesperado; c) a finalidade dissuasória nem sempre é alcançada, porque muitas das indenizações são suportadas não pelos agressores, mas por suas empresas seguradoras. (ANDRADE, 2006, p. 208).

suposto caráter pedagógico ou preventivo. Por outro lado, representa, não há como negar, um forte incentivo à malícia, além de gerar a mercantilização das relações existenciais.

Bodin de Moraes (2003, p. 263), reconhece que, entretanto, excepcionalmente, pode-se aplicar uma figura semelhante ao dano punitivo, para que se faça de exemplo alguma lesão à sociedade, por meio de uma conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, mas, para isso, entende que será necessária a manifestação do legislador. Também reconhece a utilidade dos danos punitivos na reparação de situações potencialmente lesivas a um grande número de pessoas.

Corroborando a opinião de Bodin de Moraes, Andrade (2006, p. 312) entende que a indenização punitiva tem a sua utilidade social, pois:

[...] há situações nas quais os direitos da personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e terceiros. Assim [...] na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.

Invocando Alexy, afirma Andrade (2006, p. 313) que a relação entre os princípios da dignidade humana e anterioridade da pena existe uma “relação de precedência condicionada”, na qual o princípio da anterioridade apenas existe em decorrência da dignidade. Tem-se, de um lado, o interesse em não surpreender o lesante com a imposição de uma pena pecuniária não prevista em lei e, do outro, o interesse de prevenir comportamentos lesivos à dignidade humana. Entende Andrade (2006, p. 313) que a indenização punitiva atenderia a um interesse sensivelmente mais relevante.

Bernardo (p. 177-178) sugere que os danos punitivos possam ser aplicados no Brasil, desde que mediante: a) uma fixação legislativa das hipóteses de utilização do instituto; b) parâmetros legais versando sobre os limites de atuação do juiz; c) obrigatoriedade da sentença destacar a verba a título de danos punitivos; d) parte da verba paga em danos punitivos ser revertida para algum fundo a ser criado por lei.

Retomando-se o objeto principal desta pesquisa, que é a discriminação por orientação sexual, a indenização compensatória é mais adequada em situações menos gravosas, como uma ofensa feita por um desconhecido, num ambiente reservado e com poucas pessoas presenciando o fato. Como se verá adiante, tal situação viola a dignidade humana sob o âmbito da honra subjetiva, que poderá ser reparada mediante o pagamento de uma módica indenização.

Por outro lado, a indenização punitiva ganha destaque em situações mais sérias, a exemplo de uma humilhação pública e/ou contínua motivada por discriminação por orientação sexual, ou ainda em casos de violência e agressões físicas. Pela repercussão e importância social destes fatos, torna-se imperiosa a aplicação de uma indenização mais robusta, pois seu caráter exemplar tem como condão o de desestimular outros membros da sociedade a incidirem no mesmo tipo de prática.

Propugna-se, também, que os Juízes, ao aplicarem indenizações por danos morais, especifiquem nas suas sentenças a natureza de cada parcela indenizatória. Assim, a fixação em separado de valores pagos a título de indenização punitiva e compensatória possibilitam um melhor controle do judiciário sobre tais situações, inclusive para fins de revisão dos valores na segunda instância ou perante o Superior Tribunal de Justiça. Sobre tal assunto, o colendo Tribunal já

decidiu: “Em âmbito de recurso especial, é consenso nesta Corte - e principalmente na 3ª Turma - que só se pode alterar o valor originariamente fixado por dano moral, se o quantum arbitrado for realmente exorbitante ou, ao contrário, tão insignificante que, em si, seja atentatório à dignidade do ofendido” (Agravo Regimental sobre o Recurso Especial n.º 653.861).

Desta maneira, entendendo-se que a aplicação indenizatória punitiva não se encontra proibida no Brasil – embora não expressamente prevista – sua utilização com cautela e proporcionalidade transforma-a num instrumento fundamental ao combate à discriminação por orientação sexual.

3 DIGNIDADE HUMANA E ORIENTAÇÃO SEXUAL

3.1 SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE AUTODEGENERAÇÃO DA PESSOA POR SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.

Nos capítulos anteriores, a dignidade humana foi analisada sob suas mais diversas perspectivas, destacando-se o pensamento filosófico acerca do tema e o seu processo de juridicização. Abordou-se o entendimento da dignidade enquanto princípio constitucional e a sua aplicabilidade perante os particulares, em três feixes: diretamente, através dos direitos fundamentais e nos direitos da personalidade.

A partir desse momento, procurar-se-á responder à seguinte pergunta: é possível retirar-se a dignidade de alguém? Tal processo ocorre de maneira heterônoma, autônoma ou em ambas as hipóteses? Finalmente, como seria considerada uma pessoa juridicamente indigna?

Em razão das conclusões esboçadas antes, sabe-se que tais colocações são absurdas, porque, em sendo a dignidade um valor intrínseco do homem e o quê, segundo as palavras de Kant, justamente o diferencia das coisas e dos animais, não se pode conceber, nos dias atuais, que alguém possa deixar de ser humano.

Tratando-se diretamente do objeto deste estudo – a discriminação em razão da orientação sexual e seus danos decorrentes – a análise torna-se importante, pois trata-se da aceitação da idéia de que o comportamento

heterossexual não é o único intrínseco ao ser humano. Hoje sabe-se que, a exemplo do arco-íris – símbolo, por sinal, do movimento político GLBT, há diversos tipos de comportamentos sexuais, todos legítimos, porque oriundos da própria diversidade das pessoas. Cumpre destacar-se, novamente, o entendimento de que os seres humanos são diferentes, sendo o seu único traço em comum a dignidade, podendo-se dizer, como já assinalado, que todos são iguais apenas em razão de possuírem tal valor.

Embora correntemente aceita na antiguidade clássica e até obrigatória por norma, as práticas homossexuais foram vistas, nos períodos históricos subseqüentes da sociedade ocidental, como comportamento pecaminoso e/ou desviado, considerando os indivíduos com tal orientação sexual⁴², na verdade, estavam se autodegenerando e, por conseqüência, perdendo a sua dignidade enquanto ser humano.

Mesmo que o discurso politicamente correto do mundo contemporâneo seja pró-diversidade sexual, ainda há muitas vozes contrárias à expressão não-heterossexual, que, com base nesse preconceito, revelam práticas discriminatórias e lesivas aos membros da comunidade GLBT, pois pretendem desconhecer que tais pessoas também são igualmente portadoras de dignidade. Segundo Foucault (1984, p. 36)

⁴² Atualmente, não mais se emprega o termo “opção sexual”, preferindo substituí-lo por “orientação sexual”. O primeiro denota que a conduta sexual do homem encontra-se baseada exclusivamente na razão, de modo que os indivíduos teriam a capacidade de “optar” por se relacionarem com homens, com mulheres ou com os dois sexos. Ocorre que, na realidade, verifica-se a existência do desejo, enquanto orientador da conduta sexual. Assim, o indivíduo homossexual pode se relacionar e até se casar com alguém do sexo oposto, vindo a ter, com esta pessoa, relações sexuais. Todavia, o seu desejo sempre estará orientado para alguém do próprio sexo. Ainda anão há respostas conclusivas acerca do “momento” em que a orientação sexual é dirigida para práticas homossexuais, pois até mesmo a necessidade de tal pesquisa parte da contestação acerca da suposta normalidade da orientação heterossexual. Assim, atualmente existe o discurso de que as diversas orientações sexuais devem ser respeitadas, exercendo o Estado papel de proteger os indivíduos em razão de todos serem constituídos de dignidade.

O segredo do sexo não é, sem dúvida, a realidade fundamental em relação à qual se dispõem todas as incitações a falar de sexo – quer tentem quebrá-lo, quer o reproduzam de forma obscura, pela própria maneira de falar. Trata-se, ao contrário, de um tema que faz parte da própria mecânica dessas incitações; maneira de dar forma à exigência de falar, fábula indispensável à economia infinitamente proliferante do discurso sobre o sexo. O que é próprio das sociedades modernas não é o terem condenado o sexo a permanecer na obscuridade, mas sim o terem devotado a falar dele sempre, valorizando-o como segredo.

Assim, serão analisados esses dois prismas: o da suposta autodegeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por achem que estes são indignos.

3.1.1 Os critérios de normalidade e a condição sexual.

Compreender a sexualidade humana é definir sua verdadeira constituição. Não estando sujeita ao determinismo animal, ela contém intencionalidade, no sentido de consciência e da experiência de sentido do sujeito humano, tratando-se de sua dimensão existencial e revelada de forma dinâmica e processual (NUNES, 2005, p. 17).

Usualmente, o uso do argumento do “natural”, em antítese ao do “antinatural” revela-se uma forma de conservadorismo. Como assevera Guimarães (2004, p. 18):

O problema principal no uso deste conceito está no fato de que a relação entre pessoas “normais” e pessoas “estigmatizadas” não é simétrica, nem complementar. É, antes de tudo, uma relação de poder e prestígio que somente será inteligível se for referida à lógica da diferenciação e discriminação da estrutura social na qual se insere.

Adiante, continua (2004, p. 34-35):

Apesar do esforço em defender uma posição relativista, e não etnocêntrica, ao mostrar que o comportamento sexual da espécie humana obedece a normas e regras de um sistema de classificação *culturalmente variável*, não se questionam o porquê deste critério básico de diferenciação, a especificidade das representações que norteiam os comportamentos sexuais, nem, muito menos, como estas representações são vividas pelos agentes sociais em situações e contextos sociais concretos. [...] Assim, qualquer investida na área da sexualidade, principalmente em nossa sociedade, é envolvida no *mito do silêncio* que a reveste. E, com referência à categoria social *homossexual*, o *mito da anormalidade* reforça este silêncio, fazendo com que pareça impenetrável. (os grifos são da autora).

O termo “natural”, muitas vezes, é utilizado por meio da palavra “normal”.⁴³ Conforme pensamento de Fernandez-Martos e Vidal (1998, pp. 12-15), quatro podem ser as hipóteses científicas de normalidade:

1ª – Normalidade estatística: Identifica-se com a maior freqüência de aparição de qualquer fenômeno ou característica, sendo mais normais aquelas pessoas que se aproximassem da média desse grupo, como, e.g., a altura normal do homem brasileiro está entre 1,65m e 1,70m, sendo anormal aquele tiver 1,90m. Deve-se levar em consideração que se encontrar dentro da faixa da normalidade não significa ser melhor, pois, a altura maior tem a sua utilidade, como no basquete ou em desfiles. Asseveram os doutrinadores que

Muitas vezes, estar dentro do normal estatístico é estar pior e afastar-se do normal [que] afastar-se do normal, como norma de perfeição: eu preferia sair da norma pela qual a cárie está presente em 80% da população e passar a ser um anormal que não tem esse problema com seus molares. (op. cit. p. 13).⁴⁴

⁴³ Sobre o tema, conferir FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁴ Convém, neste momento, tratar do relatório Kinsey. De acordo com Rodrigues (2004, pp. 93-94), em 1948 foi publicado nos Estados Unidos o relatório “O Comportamento sexual do macho humano”, elaborado pelo professor de zoologia da Universidade de Indiana (EUA), Albert Kinsey, tendo seu trabalho sido imortalizado sob o nome de “Relatório Kinsey”. A tese de Kinsey defendia que o sexo era próprio do “animal humano” e além da influência da moral, tratando da sexualidade como campo da ciência. Após entrevistar 12.214 homens brancos americanos e ingleses, obteve as seguintes conclusões: a) 50% tiveram comportamentos sexuais alternativos antes da puberdade; b) 33%, após a puberdade, com a maior ocorrência entre 16 e 55 anos; c) 37% revelaram ter relações homossexuais com orgasmo após a adolescência; d) 18% tiveram tantas experiências heterossexuais como homossexuais; e) 4% eram exclusivamente homossexuais; f) 10% dos homens casados relataram práticas homoeróticas simultâneas ao relacionamento com suas mulheres. Atualmente, o

2ª – Normalidade como perfeição: Considera-se normal tudo o que deva se ajustar ao que deve ser. Sobre esse ponto, comentam os autores:

Agora, é tão fácil pôr-se em acordo sobre o “deve ser” como no caso dos molares? A etnologia, por exemplo, nos mostra que não. Os maias consideravam homens superiores os aleijados e disformes e os tinham por especialmente eleitos pelos deuses. [...] Um cruzado cristão da Idade Média podia ser admirado, invejado, bem-recebido e guindado à poesia à volta de uma Cruzada, em que havia cortado cabeças de mouros, violado camponesas turcas, queimado com azeite turcos malvados e se ajoelhado ante o Santo Sepulcro: era um homem crente, valente, como “tem de ser”. (op. cit. ibidem).⁴⁵

3ª – Normalidade clínica: Considera-se normal aquele que não é acometido por patologias devidamente registrada nos manuais médicos. É importante falar que embora no século XIX e na primeira metade do século XX os experimentos científicos e procedimentos medicamentosos terem sido francamente utilizado em homossexuais, objetivando corrigir o seu “desvio”, a Associação Americana de Psiquiatria retirou, em 1973, a homossexualidade do Manual do Diagnóstico, onde até então havia sido incluída como enfermidade mental.

4ª – Normalidade ética: a normalidade não pode ser determinada simplesmente por aspectos orgânicos e físicos, mas também pelos traços culturais.

O segundo, terceiro e quarto tipos podem ser englobados no que ROCHA (informação verbal) chamou de “normalidade nomológica”, contrapondo à idéia de “normalidade estatística” – referente ao ser – uma normalidade (nomológica) referente ao que “deve ser”. Observa ainda que, enquanto a normalidade estatística pode ser determinada por meio de experimental, conforme os paradigmas da ciência empiricista, a normalidade nomológica apóia-se na autoridade promotora do “dever

relatório tem sido contestado junto a lideranças do movimento GLBT, uma vez que acreditam que as práticas homossexuais são mais freqüentes do que as trazidas pelo estudo, principalmente em virtude da época em que a pesquisa fora realizada. Dada a disseminação das práticas homossexuais, não se pode afirmar que a homossexualidade estaria inserida em anormalidade estatística.

ser” em questão: o que é o bem, o que é a saúde, o que é a perfeição. Deste modo, apenas a normalidade estatística tem apoio na realidade factual. Por esta concepção, normal é tudo aquilo que se adequa à natureza dos seres vivos. Assim, a existência comprovada de práticas homossexuais entre animais irracionais demonstram que o homem, ao adotar tais práticas, não está se autodegenerando, indo de encontro à sua natureza, mas, pelo contrário, permitindo a expressão de uma desta.⁴⁶

Nessa linha, pergunta-se: o que teria levado a cultura ocidental a repreender a homossexualidade? A resposta pode ser melhor esclarecida pelo pensamento de Foucault. De acordo com suas palavras, (FOUCAULT, 1984, p. 48):

[...] A implantação das perversões é um efeito-instrumento: é através do isolamento, da intensificação e da consolidação das sexualidades periféricas que as relações do poder com o sexo e o prazer se ramificam e multiplicam, medem o corpo e penetram nas condutas. E, nesse avanço dos poderes, fixam-se sexualidades disseminadas, rotuladas segundo uma idade, um lugar, um gosto, um tipo de prática. Proliferação das sexualidades por extensão do poder, majoração do poder ao qual cada uma dessas sexualidades regionais dá um campo de intervenção; essa conexão, sobretudo a partir do século XIX, é garantida e relançada pelos inumeráveis lucros econômicos que, por intermédio da medicina, da psiquiatria, da prostituição e da pornografia, vincularam-se ao mesmo tempo a essa concentração analítica do prazer e a essa majoração do poder que o controla. Prazer e poder não se anulam, não se voltam um contra o outro; seguem-se, entrelaçam-e e se relançam. Encandeiam-se através de mecanismos complexos e positivos, de excitação e de incitação

⁴⁶ Gafo (1998, p. 26-28) explica que: “a) Existe no reino animal um comportamento que é preciso caracterizar por seus aspectos externos de homossexual. Poderíamos distinguir dois tipos de homossexualidade: no primeiro caso, o animal se comporta como se outro animal do mesmo sexo pertencesse ao sexo contrário. No segundo caso, o animal “inverte” sua sexualidade, adotando o comportamento característico do sexo oposto; [...] h) Nos primatas subumanos, nossos parentes mais próximos, a homossexualidade não é rara. Os jogos homossexuais são especialmente freqüentes entre monos jovens, em forma preferencial de estimulação dos genitais e simulação do coito. A homossexualidade é para depois da puberdade. É sempre menos freqüente em fêmeas do que em machos. Já indicávamos também que a homossexualidade não tem um significado substitutivo da heterossexualidade; há machos que praticam a homossexualidade com outros machos mais jovens, tendo fêmeas à disposição. Com freqüência, o mesmo animal passa alternativamente da homossexualidade à heterossexualidade.”

3.1.1.1 *A homossexualidade como pecado.*

Segundo esta concepção, a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo é qualificada como pecaminosa. Ela não se estrutura a partir de padrões de classificação dos indivíduos entre heterossexualidade/homossexualidade, e tende a condenar todas as manifestações sexuais extraconjugais, bem como aquelas práticas sexuais não reprodutivas (inclusive dentro do matrimônio).

Neste contexto, toda prática sexual não-reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão do plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura daqui decorrente a atos homossexuais é de toda lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensas ao Criador e à natureza, decorrentes da luxúria. Segundo Richards (1993, p. 136):

A questão que precisamos nos colocar não é qual era, em princípio, a atitude do cristianismo em relação à homossexualidade – uma vez que se lhe opunha claramente -, mas como o cristianismo acreditava que devia lidar com os infratores. [...] Os primeiros padres da Igreja desenvolveram um código abrangente de ética sexual que o próprio Cristo não havia providenciado. Clemente, Jerônimo, Orígenes e Agostinho estabeleceram o princípio de que o sexo com qualquer outro propósito que não o da procriação era uma violação da natureza. Estas opiniões foram consagradas em lei no momento em que o Império Romano adotou o cristianismo como sua religião oficial. [...] Justiniano tinha uma visão dos atos homossexuais como sendo literalmente uma violação da natureza que provocava a retaliação da mesma: “por causa destes crimes ocorrem fomes coletivas, terremotos e pestes”, declarou: Este refrão deveria retornar no período posterior à Idade Média, quando uma sucessão de calamidades que surpreenderam a cristandade foi diretamente atribuída pelos pregadores populares e pelos teólogos à existência da sodomia.

Segundo Helminiak (1998, p. 27), desde aproximadamente o século XII este relato tem sido considerado uma condenação à homossexualidade, tendo a

palavra “sodomita” sido empregada para caracterizar o comportamento dos indivíduos que mantêm relações íntimas com pessoas do mesmo sexo, em especial a cópula anal. Deus teria condenado e punido os cidadãos de Sodoma, os sodomitas, por suas atividades homogenitais.

Este, como outros diversos relatos bíblicos atribuídos à homossexualidade, precisa, segundo o citado autor, precisam ser interpretados através de um método histórico-crítico⁴⁷, e não puramente literal, de caráter fundamentalista. Na passagem supra-referida, quando fez-se utilizar a palavra “conhecer” pelo sodomitas, poder-se-ia denotar que seu sentido era o mesmo presente na expressão “manter relações sexuais com” utilizada na passagem de Maria em Lucas 1:34 (HELMINIAC, 2004, p. 43). Entretanto, entende-se que os sodomitas apenas queriam saber quem eram os estrangeiros que Lot tinha recebido em casa, pois o pecado de Sodoma ficou conhecido como o abuso e a ofensa aos viajantes, insulto aos estrangeiros e falta de hospitalidade para com os necessitados.

Apesar de existirem outras passagens bíblicas às quais se atribui reprovação aos homossexuais e seus atos⁴⁸, nenhuma é tão clara quanto a do Levítico⁴⁹ 18:22, na qual está dito: “Não te deitarás com um homem, como se fosse

⁴⁷ Segundo Helminiak (1998, p. 27-28) “É importante prestar atenção às diversas formas de se ler um texto, especialmente quando lidamos com textos antigos como a Bíblia. As palavras podem ter um determinado significado para nós hoje e, na época das pessoas que as escreveram, seu significado ter sido totalmente diferente.” Complementa, dizendo que “a interpretação literal afirma entender o texto unicamente conforme o que ele diz. Esta é a abordagem fundamentalista. Ela afirma não interpretar o texto, mas simplesmente lê-lo como ele é. Entretanto, é claro que até mesmo o fundamentalismo segue uma regra de interpretação. Esta regra, simples e fácil, diz que a significação do texto é dada no presente por quem o lê. [...] Fazemos a comparação com a outra abordagem, a da leitura histórico-crítica. A regra aqui diz que a significação do texto é dada por aquele que o escreveu no passado. Para afirmar qual é o ensinamento dado pelo texto bíblico hoje, primeiro é preciso compreendê-lo em sua situação original e então transportar seu significado para o presente”.

⁴⁸ Para mais detalhes, consultar Herlminiak, (1998, p. 109 e ss).

⁴⁹ A condenação dos atos homogenitais acontece em uma seção do Levítico chamada “O Código Sagrado”. Esta lista de leis e punições contém os requisitos para que Israel permaneça “sagrada” aos olhos de Deus, porque seu povo era o “escolhido” e estava comprometido com Deus por meio de um contrato, um pacto. Este contrato determinava que os israelitas não deviam participar das práticas

mulher: isso é uma abominação”. Mais adiante, o Levítico 20:13 acrescenta a punição: “Se um homem dormir com outro homem, como se fosse mulher, ambos cometeram uma coisa abominável. Serão punidos com morte e levarão a sua culpa”.

Nesta passagem, a Bíblia utiliza uma forma indireta do discurso: deitar-se com outro homem como se fosse mulher. Segundo Helminiak (1998, p. 47), o texto hebreu era ainda mais obscuro⁵⁰, apesar de não haver dúvida de que o texto refere-se a atos homogenitais masculinos, sendo tal ofensa considerada abominação, com indicação da pena de morte. Entretanto, analisando o contexto histórico, verifica-se não só a homossexualidade, mas outros pecados sexuais também mereceram a mesma pena de morte.⁵¹

De todo modo, Helminiak explica que a preocupação básica do Código Sagrado dos judeus era mantê-los diferentes dos gentios. A religião canaanita incluía ritos de fertilidade, ou pelo menos assim, o diz o Testamento hebreu. Estas cerimônias supostamente envolviam sexuais que, acreditava-se, traziam a bênção sobre as estações, as colheitas e os rebanhos. Supõe-se que, durante estes rituais,

religiosas dos caanitas, o povo conquistado pelos judeus “com o auxílio de Deus” e cujo território havia sido tomado para ser sua “Terra Prometida”. Assim, permanecer separado dos gentios, ser como o Senhor Deus e não como os demais povos era ser “sagrado”. (HELMINIAK, 1998, p. 50).

⁵⁰ “Com outro homem não te deitarás como o deitar de uma mulher”. HELMINIAK, *op. cit.* p. 47.

⁵¹ Daniel Helminiak (1998, p. 48-49) informa: “Outros pecados sexuais também mereceram a pena de morte: o adultério, incesto e bestialidade. A lei do Levítico considerava todos esses crimes como muito sérios – mas por motivos diferentes. Amaldiçoar os próprios pais, por exemplo, era um crime grave contra a sociedade. A sociedade israelita da época era construída em torno da grande família, o clã ou a tribo. Os escravos sujeitavam-se às crianças da casa. Estas, por sua vez, obedeciam a seus pais, e a mulher ao marido. E mesmo o marido sujeitava-se ao próprio pai enquanto este fosse vivo. O pai e marido mais velho, o patriarca, era o chefe da tribo inteira, tendo poder sobre as pessoas, os animais, as terras e outras possessões. O patriarca seria o equivalente ao prefeito de uma cidade em nosso sistema de governo. A operação de todo esse sistema patriarcal dependia da obediência à hierarquia familiar. Assim, opor-se aos próprios pais significava ameaçar a ordem social. Em nossos termos, este comportamento equivaleria à insurreição ou traição, puníveis com a morte”. E continua: “[...] Já o adultério era um caso diferente. [...] Na Israel antiga, o adultério era uma ofensa apenas contra o marido, pois se tratava do uso ilegal de sua propriedade – a mulher, sua esposa. Mais do que ofensa pessoal, envolvia prejuízo financeiro: o homem havia pago ao sogro um dote por ela, e a mulher era importante para a expansão da família, para o enriquecimento de sua propriedade”. Conclui, explicando que “[...] o Levítico condenava o sexo homogenital como um crime religioso de idolatria e não como uma ofensa sexual, e era esta traição religiosa o que era considerado grave o suficiente para merecer a pena de morte. Assim como o lacre violado de um medicamento esterelizado, o apóstata desqualificava um povo inteiro. A falha precisava ser corrigida. O traidor precisava ser eliminado.”

famílias inteiras e grupos de famílias tenham mantido relações sexuais entre si. A proibição do ato sexual entre homens era puramente religiosa, devido à sua associação com atividades pagãs, relacionadas à idolatria e à identidade gentia.

Luiz Mott (2001, p. 48) analisa o contexto do povo hebreu de outro ângulo. Utilizando-se dos conceitos da etnodemografia, explica que se podem dividir as diferentes sociedades humanas em dois grandes complexos no que tange ao seu projeto civilizatório: as culturas pró-natalistas, que estimulam a procriação, aspiram à longevidade máxima, reprimem e diabolizam o sexo não-reprodutivo, canalizando toda a sua energia sexual para a multiplicação máxima da espécie. De outro lado, existem as sociedades antinatalistas, que limitam os nascimentos, estimulam práticas anticoncepcionais, onde o sexo visa primordialmente o prazer e não a reprodução. Os hebreus poderiam se enquadrar no primeiro tipo, pois constituíam um povo diminuto, que precisava crescer para fazer frente a nações vizinhas e inimigas, como os assírios, babilônicos, caldeus, hititas e egípcios.

Cada gota de esperma desperdiçado era considerado motivo para condenação criminal de seus agentes, pois todo sêmen deveria ser depositado no único receptáculo capaz de reproduzir um novo ser humano: o vaso natural da mulher. Daí o Levítico condenar à pena de morte os que praticassem a masturbação, o coito interrompido, o bestialismo e a homossexualidade, tendo sido a relação homoerótica masculina a mais perseguida, pois eram dois “semeadores” que desperdiçavam a semente vital. (MOTT, 2001, p. 43).

Na época da Reforma da Igreja, a vida urbana e o florescimento de uma espiritualidade não-cristã, uma subcultura *gay* distinta surgiu nos burgos e nas cidades, como lugares de encontros conhecidos e linguagem própria⁵². Atribui-se

⁵² “o jogo”, “caçar” eram expressões usadas para designar a paquera entre *gays* e “Ganimedes” era o nome atribuído a quem fosse homossexual.

esse ressurgimento organizado pelo aparecimento dos textos clássicos durante o Renascimento, havendo evidências de prostituição masculina em cidades italianas e até de bordéis de homens na França. As cidades italianas de Veneza e Florença tornaram-se centros homossexuais notórios, de tal maneira que os homossexuais alemães eram conhecidos como *Florenzer* (florentinos). No mesmo período, conta-nos Richards (1993, p. 141) que não apenas surgiam homossexuais dentre os plebeus, mas também dentro do próprio clero⁵³, quando na nobreza⁵⁴.

No século XII, a homossexualidade entre os padres era uma preocupação constante da Igreja, de modo que Pedro Damiano escrevera entre 1048 e 1054 o *Liber Gomorrhianus* (O livro de Gomorra), que descreveu quatro variações das relações homossexuais que eram, igualmente, condenáveis: masturbação; masturbação recíproca; relação interfemoral e relação anal. Assim, prescrevia que padres envolvidos com a homossexualidade deveriam ser indiscriminadamente

⁵³ Nas palavras de Richards (1993, p. 141): “O clero, tanto o secular, quanto o regular, foi acusado de se comprazer na homossexualidade. O cronista Fra Salimbene, no século XII, assim como santa Catarina de Siena e Benvenuto de Imola, no século XIV, afirmaram que o pecado era comum entre os clérigos e os eruditos. Havia mexerico sobre o que acontecia nos mosteiros e Walter Map preserva uma autêntica anedota de “bar”. Ouvindo uma história sobre São Bernardo, relatando que este se jogou sobre o corpo de um rapaz morto para rezar por ele, mas não conseguiu reanimá-lo. Walter gracejou: ‘Então, era o mais azarado dos monges. Nunca antes ouvi falar de um monge que se tenha jogado sobre um rapaz e que, ao se levantar, o rapaz prontamente não tenha se levantado também’. O contato sexual entre os monges era um temor vívido para as autoridades, as relações de amizade mais íntimas eram freqüentemente desencorajadas, e foram introduzidos regulamentos para reduzir o perigo dos encontros noturnos. A *regra do mestre*, por exemplo, continha uma cláusula segundo a qual todos os monges deveriam dormir na mesma peça, a cama do abade situada no centro, e a *regra de São Bento* prescrevia que os monges deveriam dormir vestidos, e a luz permanecer acesa no dormitório.”

⁵⁴ Ainda referenciando Richards (1993, p. 141): “Em meados do século XI, ocorreram acusações sistemáticas de má conduta sexual contra nobres e contra elementos dos círculos reais. A homossexualidade era um dos vícios que alegadamente floresceu nas cortes de Roberto, duque da Normandia, e do rei Guilherme II da Inglaterra, filho de Guilherme, o Conquistador. A mesma acusação pesou contra o círculo de amigos de Guilherme, filho de Henrique I, que naufragou no desastre do *White Ship*, pagando assim, segundo o cronista Henrique de Huntingdon, o preço da sodomia. No século XII, João de Salisbury queixou-se da efeminação dos jovens cortesãos, mas parecia que estava mais impressionado por seus longos cabelos e exibicionismo afetado do que por qualquer outra coisa. Há evidências que permitem surgir que Ricardo Coração de Leão era homossexual”.

exonerados, bem como aqueles que alguma vez estivessem envolvidos com a sodomia jamais poderiam se ordenar padres.⁵⁵

A redescoberta do direito romano, no século XIII, foi um estímulo para melhor controlar as condutas sexuais clericais, porque o corpo legislativo anterior era esparso e, por vezes, contraditório. Com o direito romano, os tribunais da Igreja e os advogados canônicos podiam fazer referências a um corpo de legislação de caráter oficial. Dentro dessa proposta legislativa, consagrou-se o controle eclesiástico da instituição do matrimônio, divulgando a Igreja que a homossexualidade seria a principal inimiga da relação sagrada entre o homem e a mulher. Com base no código de Justiniano, que prescrevia execução pública na fogueira para os homossexuais, tal norma foi adotada pelas então incipientes monarquias nacionais. Explica Richards (1993, p. 148) que “os reis Eduardo I da Inglaterra (1272-1307) e Luís XI da França (1226-1270) decretaram a morte pelo fogo para os homossexuais; Afonso X de Castela (1252-1284) decretou que os homossexuais deviam ser castrados e pendurados pelas pernas até a morte” (op. cit. p. 147).⁵⁶ Finalmente, as cidades acabaram por se mobilizar na repressão à homossexualidade, em prol da moralidade cristã, que envolvia a denúncia do jogo, da bebida, da prostituição e da sodomia, tendo sido parte integrante de uma

⁵⁵ Nas palavras de Damião, citado por Richards (1993, p. 143). “Na verdade, este vício nunca deve ser comparado a qualquer outro, pois ultrapassa a sordidez de todos os vícios. Sem dúvida, este vício é a morte dos corpos, a destruição das almas. Ele polui a carne; ele extingue a luz da mente. Expulsa o Espírito Santo do templo do coração humano; introduz o Diabo, que incita à luxúria. Ele idnuz ao erro; ele remove completamente a verdade da mente que foi ludibriada [...] Ele abre o Inferno, fecha a porta do paraíso [...]. Este vício tenta derrubar as paredes da casa celestial e trabalha na restauração das muralhas reconstruídas de Sodoma. Pois este é o vício que viola a sobriedade, mata a modéstia, sufoca a castidade e estripa a irreparável virgindade tudo com a sua nódoa, poluindo tudo. E quanto a si próprio, não permite nada puro, nada limpo, nada além da imundície.”

⁵⁶ Vale dizer que Frederico II, do Sacro Império Romano, estabeleceu em suas Constituições de Melfi (1231) a proibição da heresia, que incluía restrições a judeus, mulçumanos e homossexuais, mas não estabeleciam para qualquer destes condenações.

mentalidade burguesa emergente. Tal preocupação fora exacerbada pelas ocorrências da peste endêmica do período e sucessivo declínio da população.⁵⁷

Mas, afinal, o que teria causado o crescimento do sentimento anti-homossexual a partir do século XII? Duas, provavelmente, podem ter sido sua contribuição. Inicialmente, uma xenofobia exacerbada eclodiu a partir do movimento das cruzadas, divulgando-se histórias de predomínio de relações homossexuais entre mulçumanos ou entre estes para com clérigos, crianças e cristãos. Uma vez que se concebia que as duas maiores ameaçadas para a Igreja eram, externamente, o Islã e, internamente, a heresia, resolveu-se associar as duas à sodomia, para que o impulso da Contra-Reforma ganhasse reforço. O segundo fator foi o crescimento do puritanismo, que inspirava tentativas de se definir e lidar com pecados. Na medida em que a cultura homossexual tornou-se mais visível nas cidades em expansão, a Igreja, a coroa e as autoridades municipais, embasadas com a estrutura do direito romano e pela espiritualidade pregada, mobilizaram-se para reprimí-la. Tais medidas foram intensificadas com a peste negra do século XIV, pela razão moral de que Deus estaria punindo o povo em virtude da proeminência da sodomia.

⁵⁷ Na cidade de Florença, descreve Richards que os homens casavam-se tarde ou sequer o faziam, em parte devido ao alto custo dos dotes e do casamento, e onde, segundo comentaristas contemporâneos, os jovens rapazes estavam se tornando efeminados em virtude de serem educados por suas mães, ou exclusivamente dentro de ambientes femininos. Neste contexto, em 1415 uma série de tratados condenando a inclinação florentina para a sodomia foi publicada por clérigos, simultaneamente à criação do Ofício do Decoro, que tinha por objetivo o policiamento da moral pública. Em 1432 foi criado o Ofício da Noite, para suprimir “o vício que não pode ser nomeado”. Uma escala crescente de multas de 50 a 500 florins foi instituída para as quatro primeiras transgressões, seguidas pela morte na fogueira no caso de uma quinta. Usualmente, preocupava-se apenas com o “defloramento homossexual”, ou seja, a iniciação nas práticas homossexuais causada por alguém mais experiente. Todavia, após a instituição do Ofício da Noite, todos e quaisquer amantes homossexuais passavam a ser presos, tendo suas vidas privadas expostas publicamente, indicando seus nomes e a duração de suas relações. O pregador Bernardino de Siena (1380-1444), com o auxílio do governo, esbrabejava em praça pública contra a homossexualidade, causadora da peste que Florença sofria. Dizia, em um dos seus discursos: “Ouvi falar em alguns meninos que maqueiam suas faces e andam por aí gabando-se de sua sodomia e praticando-a por dinheiro [...]. Em grande parte, é culpa de suas mães e de seus pais por não puní-los, mas especialmente das mães, que esvaziam as bolsas desses filhos sem perguntar de onde vem o dinheiro. E é um grande pecado fazer-lhes um gibão que lhes chegue somente ao umbigo, e calções com uma pequena peça de pano na frente e outra atrás, de modo a que mostrem carne o bastante para os sodomitas. Vós fazeis economia de pano e despendeis a carne!”.

Richards, finalmente explica que (1993, p. 152):

O cristianismo era fundamentalmente hostil à homossexualidade. A mudança na Idade Média não foi um deslocamento da tolerância para a intolerância por razões não-intrínsecas às crenças cristãs, mas uma alteração nos meios de lidar com a questão. No período inicial da Idade Média, a punição era a penitência; no período posterior, a fogueira. Mas nunca foi questão de permitir aos homossexuais prosseguir em sua atividade homossexual sem punição. Eles eram obrigados a desistir dela ou arriscar sua danação.

Com a relativização do papel secular da Igreja e ascensão da burguesia, a nova fase da perseguição aos homossexuais inicia-se com a medicalização dos “transtornos sexuais”, analisados adiante.

3.1.1.2 *A homossexualidade como doença.*

A homossexualidade passou a ser vista como um problema “clínico” a partir do século XIX, em grande parte como produto da intolerância social sofrida desde o advento da severa repressão patrocinada pela Igreja Católica, desde o surgimento da era cristã. Segundo Graña (2001, p. 157 e ss.), apesar de Aristóteles⁵⁸ já ter formulado uma hipótese etiológica sobre o desejo pela prática homossexual, foi o médico romano Caelius Aurelianus quem associou a passividade masculina e a inversão de gênero a supostas perturbações mentais, apontando como causas um defeito no nascimento ou uma possível doença hereditária.

A consideração da homossexualidade enquanto problema médico teve o seu início claramente definido a partir da cunhagem, em 1869, do termo

⁵⁸ Conta o autor que Aristóteles imaginava ser a homossexualidade devido a uma obstrução congênita da passagem do esperma através do pênis, obrigando o sêmen a buscar sua liberação pelo ânus, provocando, assim, o desejo de intercurso anal no homem. (GRAÑA, op. cit., p. 157). São Tomás de Aquino, inserido numa concepção científico-teológica, reafirmou a hipótese aristotélica sobre a passividade, supondo-a um defeito genético (BOSWELL, 1980, *apud* GRAÑA, p. 158).

“homossexual” - até então inexistente – por Benkert, um médico vienense radicado na Hungria em 1869. A publicidade, porém, do pensamento médico acerca do estudo dos desvios da sexualidade foi definitivamente influenciado pela publicação da obra *Psychopatia Sexualis*, de Kraft-Ebing, em 1886. De formação católica, Kraft-Ebing entendia que as relações sexuais sem o fim procriativo eram necessariamente perversas. A homossexualidade e o travestismo estariam diretamente correlacionados e ambos seriam decorrentes da degeneração do sistema nervoso central ou indicadores de doença cerebral hereditária. (idem, ibidem).

Dentre as práticas mais comuns adotadas a partir das idéias de Kraft-Ebing foi a castração eugênica, que deveriam ser impedidos de procriar. Entendiam os precursores dessa tese de que não haveria cura para tais anomalias, e que as leis que procuravam proibí-las (as práticas homossexuais) eram falhas. Graña (2001, p. 159) conta que não apenas a castração estava incluída entre as diversas formas de tratamento, merecendo a citação de seu relato:

Na primeira metade deste século, novas “terapêuticas” foram em rápida sucessão experimentadas. Em 1937 um médico de Atlanta, o Dr. D.Owensby, noticiou acerca de seis casos tratados “exitosamente” com choques convulsivos induzidos com Metrazol. Segundo dizia, todos os pacientes haviam abandonado o vício depois do décimo choque; muitos haviam se casado e passado a ter uma vida sexual que Owensby considerou normal. Nenhum dos seus colegas, porém, obteve sucesso algum com o emprego desta técnica posteriormente. Na seqüência, foram experimentados, na década de quarenta, os tratamentos hormonais e as lobotomias pré-frontais. Além de não proporcionarem os resultados clínicos esperados, estas tentativas terapêuticas fizeram muitas vítimas fatais. Ainda em 1959, publicou-se um relatório no qual foram apresentados os casos de cem pacientes homossexuais masculinos, lobotomizados, que haviam estado ou estavam internados no Pilgrim Hospital de Nova Iorque. Na sua conclusão, o relatório informa que o desejo homossexual comumente aumentava depois da cirurgia, que os pacientes se tornavam mais agressivos e que, na quase totalidade dos casos, o padrão de conduta homossexual anterior não se modificou.

Apesar de atroz, nenhum tratamento demonstrou ser tão cruel e contrário à dignidade humana do que a “terapia de aversão”. Segundo Spencer (1996, citado por GRAÑA, p. 160):

Primeiro, administravam ao paciente café ou chá com emético; 10 minutos mais tarde, uma injeção subcutânea com uma mistura de emetiza, apomorfina, pilocarpina e efedrina. Em seguida, mostravam-lhe *slides* e filmes com homens nus e pediam que visualizassem esses homens como parceiros sexuais. Uns cinco minutos depois, o paciente começava a se sentir mal e a vomitar. A sessão se repetia mais ou menos umas seis vezes. Depois disso, o paciente assistia a filmes com mulheres que despertariam o apetite sexual de homens “normais”. Os filmes eram mostrados estrategicamente à noite, antes de ir dormir, quando o paciente recebia uma injeção de testosterona. Dos dez “curados”, vários reincidiram em poucos meses. Ainda assim, os médicos esperavam prosseguir com esse tipo de tratamento, aplicando métodos mais efetivos que os descritos.

Todos os experimentos buscavam retirar do homossexual o comportamento desviado, tentando-o conduzir à normalidade.

Tomando-se por base o pensamento de Minahim (2005, p. 31), à luz dos tempos atuais, tais experimentos teriam sido contrários aos princípios da bioética⁵⁹, consagrados no Relatório Belmont 1-) respeito às pessoas (autonomia); 2-) beneficência; 3-) justiça. Segundo a professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (op. cit. p. 32):

⁵⁹ Conforme assevera NAVES (2002, p. 130), a preocupação da ética com as práticas biológicas é antiga. Hipócrates (460-377 a.C.) preocupou com tais questões, elaborando o seu famoso juramento, hoje muito utilizado nas escolas de medicina. Ao longo do século XX, muitas situações exigiram avaliações da ética para tratamentos médicos. A título de exemplo, pode-se referenciar a difícil escolha do médico Scribner, que ao criar o aparelho de hemodiálise, no ano de 1961, nos Estados Unidos, foi obrigado a escolher quais seriam os pacientes a se beneficiarem do instrumento, pois a demanda superava as possibilidades de atendimento. Com isso, a partir da publicação do livro do estadunidense Van Rensselaer Potter, *Bioethic: bridge to the future*, em 1971, o termo foi consagrado iniciando a disciplina que, segundo NAVES (op. cit. p. 131) “estuda os aspectos éticos das práticas médicas e biológicas, avaliando suas implicações na sociedade e as relações entre os homens e entre estes e outros seres vivos. Sobre a diferença entre Bioética e Biodireito, diz que “trata-se, na verdade, de duas ordens normativas diferentes: direito e moral. O direito, enquanto ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática e seus estudiosos são técnicos do direito. Já a moral é ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para a formulação e aplicação do direito, sem, no entanto, com ele se confundir” (op. cit. p. 132).

Entende-se por beneficência [...] a obrigação de maximizar o número de possíveis benefícios, minimizando os prejuízos. [...] O respeito pelas pessoas consiste em duas convicções: a de que elas tenham capacidade de atuar e discernir (tenham autonomia), protegendo-se aquelas que são incapazes de tomar decisões. Dessa forma, uma ação é autônoma quando baseada no consentimento de pessoa apta para concedê-lo. De acordo com este princípio, o paciente tem o direito de ser corretamente informado sobre sua situação e tratamentos disponíveis, podendo recusar aquele que se oponha aos seus valores. O terceiro princípio, o da justiça, foi definido pela Comissão Belmont como sendo “a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios”, ou ainda, tratamento igual para os iguais.

Pessini e Barchifontaine (2000, p. 38) asseveram que não é possível analisar a bioética apenas por meio do paradigma principialista⁶⁰, mas também levar em consideração de outros modelos, em razão das diversas dimensões morais da experiência humana, pois cada método visa explorar tipos diferentes de camadas, promovendo novas ações partilhadas. Apesar disso, concordam que o paradigma principialista é o mais eficaz na proteção da dignidade humana.

As práticas narradas demonstram ter atingido principalmente os princípios da não-maleficência e da autonomia da vontade, ao se medicalizar um comportamento sexual como patológico. Não foram notados benefícios a partir dessas práticas, agressivas e violadoras da dignidade humana, incompatíveis com o grau de conscientização acerca da sexualidade humana.

Sem ignorar a importância dos demais fatores acima indicados, também merece destaque a reformulação dos conceitos médicos e psicológicos a respeito da então atribuída condição doentia da homossexualidade. Efetivamente, além dos marcos referidos quando da exposição da segunda concepção (homossexualidade como doença), atestando o caráter sadio da homossexualidade em si mesma

⁶⁰ Elencam, como outros paradigmas, o libertário, das virtudes, casuístico, fenomenológico, narrativo, do cuidado, do direito natural, contratualista, antropológico personalista. Conferir Pessini e Barchifontaine (200, pp. 34-38)

considera, os estudos de Kinsey⁶¹ sobre a vida sexual surtiram forte influência na consciência médica e social, desautorizando preconceitos antes disseminados.

3.1.1.3 A homossexualidade como questão moral

O comportamento sexual tem sido uma das preocupações mais constantes da reflexão moral. Sendo de natureza social, a moral evolui historicamente e não é a mesma em todas as culturas nem, na mesma cultura, ao longo de todo o tempo.

Conforme observa Vasquez (2002, p. 40)

A necessidade de ajustar o comportamento de cada membro aos interesses da coletividade leva a que se considere como bom ou proveitoso tudo aquilo que contribui para reforçar a união ou a atividade comum e, ao contrário, que se veja como mau ou perigoso o oposto; ou seja, o que contribui para debilitar ou minar a união; o isolamento, a dispersão dos esforços etc. Estabelece-se, assim, uma linha divisória entre o que é bom e o que é mau, uma espécie de tábua de deveres ou obrigações baseadas naquilo que se considera bom ou útil para a comunidade.

Desse modo, não se deve receber com surpresa a variação que, ao longo do tempo, as diversas culturas decidiram sobre o tratamento da homossexualidade.

⁶¹ De acordo com Rodrigues (2004, pp. 93-94), em 1948 foi publicado nos Estados Unidos o relatório "O Comportamento sexual do macho humano", elaborado pelo professor de zoologia da Universidade de Indiana (EUA), Albert Kinsey, tendo seu trabalho sido imortalizado sob o nome de "Relatório Kinsey". A tese de Kinsey defendia que o sexo era próprio do "animal humano" e além da influência da moral, tratando da sexualidade como campo da ciência. Após entrevistar 12.214 homens brancos americanos e ingleses, obteve as seguintes conclusões: a) 50% tiveram comportamentos sexuais alternativos antes da puberdade; b) 33%, após a puberdade, com a maior ocorrência entre 16 e 55 anos; c) 37% revelaram ter relações homossexuais com orgasmo após a adolescência; d) 18% tiveram tantas experiências heterossexuais como homossexuais; e) 4% eram exclusivamente homossexuais; f) 10% dos homens casados relataram práticas homoeróticas simultâneas ao relacionamento com suas mulheres. Atualmente, o relatório tem sido contestado junto a lideranças do movimento GLBT, uma vez que acreditam que as práticas homossexuais são mais frequentes do que as trazidas pelo estudo, principalmente em virtude da época em que a pesquisa fora realizada.

Dissentindo do pensamento ocidental contemporâneo, na Idade Antiga as relações homossexuais eram vitais para a manutenção da ordem social, sendo prevista tanto na civilização grega, quanto na romana.

Na Grécia, a sexualidade era exercida livremente, fazendo parte da rotina de todos os deuses e heróis da mitologia. Sabe-se, por exemplo, da relação entre Apolo e Aquiles, Zeus e Ganimede, dentre outros. As relações puramente heterossexuais eram vistas como uma preferência apenas destinada à procriação e, por isso, inferior. Por outro lado, a homossexualidade tratava-se de uma necessidade natural, associada a ambientes cultos, como uma manifestação legítima da libido. De acordo com Richards (1993, p. 137):

[...] na Grécia Antiga, as relações homossexuais supriam a necessidade de relações pessoais de uma intensidade não encontrada no casamento ou entre pais e filhos. As mulheres encaradas como intelectual, física e emocionalmente inferiores; os homens tendiam a se reunir em grupos onde se realizava a formação dos pares. Em alguns lugares (Creta), o homem era fisicamente segregado e, em outros (Tebas, Esparta), os casais de amantes homens eram incentivados como parte do treinamento e da disciplina militar, um reconhecimento ancestral dos estreitos laços entre Ares e Eros.⁶²

Igualmente em Roma, a preferência por práticas homossexuais não eram ocultadas, sendo considerada como de procedência natural, tendo a prostituição masculina florescido com a permissão do Estado. O que não se permitia apenas era que os papéis masculino e feminino fossem abalados, tendo gerado muita controvérsia as atitudes de imperadores como Calígula ou Nero, que se vestiam

⁶² É oportuno salientar que, ao contrário do que se divulga, a sociedade grega não era integralmente permissiva quanto à prática da homossexualidade. Richards (1993, p. 138) explica que a relação básica homossexual na grécia se dava entre um homem mais velho (*erastes*) e um jovem (*eromenos*). O mais jovem admirava o mais velho por sua experiência, sabedoria e comando; o mais velho admirava o mais jovem por suas qualidades masculinas, como velocidade, habilidade e resistência. Assim, instituíam-se uma relação em que o mais velho assumia o papel de professor-amante, esperando-se deste, também, que desempenhasse o papel de ativo da relação. Por outro lado, ambos deveriam se casar com mulheres e ter filhos, o que nos conduz à conclusão de que a sociedade grega era genuinamente bissexual. Além disso, relações entre homens da mesma idade também eram proibidas.

como mulheres e assumiam papel de passivo nas relações homossexuais. Por outro lado, o imperador Adriano, que desfrutou do estilo grego de caso amoroso professor-pupilo, tendo, inclusive, batizado cidades com o nome de seu amante, não sofreu críticas. (RICHARDS, op. cit., p. 138).⁶³

Percebe-se, portanto, que a autorização social diante de práticas homossexuais não se confundia, em ambas civilizações, com um ambiente completamente favorável ao exercício da sexualidade. Havia, sim, limitações para o seu exercício, que, em geral, estavam associadas a um entendimento de que, por abandonar um papel sexual ou social, o homem ou a mulher estaria se degenerando, sendo as relações homossexuais apenas condicionais. Valorizava-se, portanto, o masculino e o feminino, e não a heterossexualidade em si.

No início dos anos de 1930, a antropóloga Margaret Mead (2003) foi à Nova Guiné estudar o “condicionamento das personalidades sociais dos dois sexos”. Tinha por propósito descobrir em que proporção as diferenças entre os sexos eram inatas e de que maneira a cultura seria responsável por sua determinação.

Examinou, então, três diferentes tribos, verificando que todas, de forma diversa, enalteciam algumas características humanas, considerando-as relevantes para o seu grupo, enquanto outras foram desconsideradas. Na sociedade Arapesh (MEAD, 2003, p. 41) formada por indivíduos gentis, o casamento era a grande meta da sociedade, pois apenas dessa maneira seria possível o incremento dos seus laços afetivos. Por outro lado, entre os Mundugumor (MEAD, 2003, p. 221), que antes do colonialismo haviam sido canibais, havia uma grande rivalidade entre homens e mulheres, sendo que estas desafiavam seus maridos a lutar. Entre os

⁶³ Havia, na Roma Antiga, grande hostilidade em relação à prostituição de jovens de boa família (em relação ao *status*), à mulheres que adotavam papéis masculinos enquanto homossexuais, a que os homens praticassem sexo oral em outros homens (que, segundo entendiam, implicava a passividade *total*), à promiscuidade (falta de decoro) e em relação à afeminação (a qual era uma negação da virilidade). (RICHARDS, 1993, p. 138).

Tchambuli (MEAD, 2003, p. 240), observou-se que os homens realizavam atividades cerimoniais e voltadas para as artes, enquanto que as mulheres se responsabilizavam pela subsistência da comunidade.

Constatou-se que os indivíduos da tribo Arapesh teriam padrões de comportamento que, aos olhos ocidentais, seriam considerados femininos, ao tempo em que os homens e mulheres mundugmor seriam caracterizados como masculinos. Entre os Tchambuli, as mulheres, e não os homens, detinham a posição de poder na sociedade. Tratando especificamente sobre o tema da homossexualidade, Mead (2003, p. 25) esclarece:

Entre os Dakota das Planícies sustentava-se freneticamente que a aptidão de enfrentar qualquer grau de perigo ou dificuldade era característica masculina. Logo que um menino completava 5 ou 6 anos de idade, todo o esforço educacional consciente da família era dirigido no sentido de torná-lo um homem incontestável. Toda lágrima, toda timidez, todo apego a uma mão protetora, ou o desejo de continuar brincando com crianças mais jovens ou com meninas era obsessivamente interpretado como prova de que ele não se estava desenvolvendo como um verdadeiro homem. Em tal sociedade, não é surpreendente encontrar um *berdache*, o homem que de bom grado desistiu de lutar por conformar-se ao papel masculino e que usa roupas femininas e executa serviços de mulheres. A instituição do *berdache*, por sua vez, serviu de advertência a todo pai; o temor de que o filho se convertesse em *berdache* fornecia aos esforços paternos um desespero adicional, e a própria pressão que ajudava a orientar o menino nessa escolha é redobrada.⁶⁴

Outra questão liga-se ao fato de que, nessas culturas estudadas, bem como em todas as outras, não obstante o comportamento de seus membros ter sido padronizado, seja por meio da idealização do mesmo comportamento para todos, seja por meio do seu condicionamento a certos critérios agrupadores, tais como sexo, idade etc., o certo é que se encontram presentes indivíduos que não correspondem aos ditames culturais estabelecidos. Tais indivíduos não conseguem

⁶⁴ Tal concepção é bem próxima do entendimento popular acerca da influência da família como condicionante da sexualidade da prole, o que já se encontra, atualmente, superado.

ajustar-se aos padrões sociais e submeter-se às conseqüentes normatizações, recaindo sobre eles a pecha do desajuste.

De acordo com Lasso (1998, p. 32), a conduta humana não é independente e isolada, mas encontra-se diretamente associada em uma cultura, que, necessariamente, influencia o indivíduo de certa maneira. Em suas palavras, cultura pode ser definida como:

Um conjunto fechado de maneiras de pensa, de sentir e de trabalhar mais ou menos formalizadas, que, aprendidas e compartilhadas por uma pluralidade de pessoas, servem de um modo objetivo e simbólico à função de constituir essas pessoas em uma coletividade particular e distinta. (idem, ibidem).

Cultura, portanto, inclui a arte, as crenças, a moral, a lei, os costumes e qualquer outra coisa que o homem adquire como elemento da sociedade. A homossexualidade, por ter uma conduta humana, também pode ser considerada como um produto cultural, da mesma maneira que os demais ritos sociais, como o procedimento de eleição do par, signos de compromisso, permissões e proibições de alívio do desejo sexual, presença ou ausência de incesto, maturidade sexual etc. Assim, com toda a certeza a homossexualidade é um fenômeno com o qual os diferentes grupos sociais tiveram ou têm que enfrentar para dar-lhe um sentido, um enquadramento, uma explicação ou uma condenação, pois trata-se de prática não associada à procriação e destinada instintivamente para a resolução de impulsos sexuais.

Relatando alguns posicionamentos culturais acerca da homossexualidade, LASSO relata:

[...] os *chukchees* da Sibéria [...] consideram o travestido como um xamã (sacerdote, feiticeiro dotado de grande poder mágico). Estes xamãs homossexuais se casam com outros homens e nesses matrimônios o xamã comporta-se como uma mulher, com cópula

anal. Como o marido é, normalmente, heterossexual, deve ter, ademais, outra esposa, com a qual atua heterossexualmente e tem descendência. [...] Outra sociedade interessante a este respeito é constituída pelos *koniag*, que desde a mais tenra infância educam alguns meninos especialmente para desempenhar papéis de mulher. Esses meninos são vestidos como meninas e logo como mulheres; quando são maiores se casam com os homens mais importantes da sociedade, fazem as tarefas femininas da casa e desempenham o papel feminino dentro do matrimônio, que deve ser polígamo. [...] Os *lango* e os *tanala*, de Madagáscar, são polígamos, mas, entre as esposas, também aceitam homens vestidos de mulher, exercendo o papel feminino na casa e na relação sexual. [Entre os] *siwanos*, da África [todos] os homens e rapazes têm relações sexuais anais e são considerados como tipos raros e diferentes aqueles a quem não agrada exercer este tipo de práticas homossexuais. [...] Uma forma diferente de relações homossexuais é a realizada pelos solteiros da tribo *keraki* da Nova Guiné. Os *keraki* incluem práticas homossexuais nos ritos de iniciação à puberdade. Durante um ano copulam com varões maiores em idade, não-casados, enquanto eles desempenham o papel passivo no coito anal. Ao casarem-se abandonam as práticas homossexuais, para passar a heterossexuais. (LASSO, op. cit., pp. 37-38)⁶⁵.

Com base em tais dados, o paradigma da normalidade da heterossexualidade mostra-se incompatível com o comportamento sexual do ser humano, merecendo todas as expressões da sexualidade igual tratamento digno.

3.2 O RESPEITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO IMPERATIVO DA DIGNIDADE HUMANA.

As seções anteriores deste capítulo tiveram por finalidade demonstrar o caráter falacioso de se atribuir à homossexualidade a capacidade de degenerar o indivíduo, isto é, privá-lo de dignidade que lhe é intrínseca.

Essa evidência aparece com dupla face. Inicialmente, verifica-se que as tentativas de estabelecer a “anormalidade” da homossexualidade esbarram na verificação de sua normalidade estatística, consoante o Relatório Kinsey e estudos

⁶⁵ Outros relatos podem ser conferidos no artigo do citado autor.

posteriores, e na dificuldade de se encontrarem padrões objetivos que lhes valessem a classificação de “anormal” pelo critério nomológico, seja do ponto de vista do pecado (que submetido ao exercício subjetivo da crença, não é mais suscetível de objetivação), seja do ponto de vista da doença (hoje expressamente recusada a pecha de anormal pela autoridade da medicina), seja do ponto de vista da moralidade (comprovando-se a diversidade de tratamentos da matéria nas diferentes culturas e, ao longo do tempo, na nossa cultura).

Além disso, ainda que houvesse prosperado alguma dessas tentativas da desqualificação, o caráter intrínseco da dignidade humana – a própria fundamentação moderna da condição humana – torna o indivíduo insuscetível de ser privado de dignidade por atos seus ou de terceiros.

De acordo com Espínola (p. 324 *apud* BORGES, 2005, p. 103), “a liberdade é, com efeito, requisito essencial da personalidade”. Ferri (215-216, *apud* BORGES, p. 103) complementa: “a liberdade humana é a própria personalidade da pessoa e o direito existe para garantir o respeito à personalidade humana, a tutela de cada individualidade”.

De acordo ainda com Roxana Borges (2005, p. 104), quando o exercício dos direitos da personalidade não se constituir numa lesão a direito de terceiros, seja um outro indivíduo, seja a coletividade, o direito deverá a) simplesmente tolerá-la ou não proibí-la ou b) regulamentá-la, instrumentalizando os interesses individuais do ser humano. Argumenta ainda que é prejudicial a intromissão indevida de terceiros ou do próprio Estado da liberdade privada de alguém, não se admitindo qualquer validade de normas jurídicas em que não se demonstre justificada a proteção contra terceiros, sendo que a expressão de que o direito deve proteger o indivíduo contra si mesmo pode encontrar sentido em fundamentos religiosos ou

morais, mas não pode ganhar espaço em terreno jurídico, porque, do contrário, utilizar-se-ia o direito como forma de opressão. Assim afirma (BORGES, 2005, p. 106):

O simples argumento moral não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato jurídico ou judiciário na esfera privada de alguém, em sua intimidade, em sua privacidade, em suas **opções de vida**⁶⁶, assim como os importantes argumentos da solidariedade e da sociabilidade não justificam a funcionalização de tais direitos. [...] Assim, o indivíduo deve ter liberdade em sua atuação privada, principalmente se sua atuação não atingir direitos de terceiros. E, se é uma máxima do direito que a liberdade de uma pessoa encontra seus limites na liberdade de outra, enquanto esses limites não forem atingidos, deve-se permitir que o indivíduo realize a sua dignidade, sua personalidade e sua identidade sem a intervenção alheia, principalmente sem a intervenção da autoridade política, judicial ou policial, mesmo através do direito, com justificativas em teorias jurídicas. (grifos nossos).

O exercício da liberdade humana está diretamente ligado à materialização do mínimo existencial de direitos da pessoa, a cuja função se prestam os direitos da personalidade. Como já assinalado⁶⁷, há diversas classificações dos direitos da personalidade, mas a tudo se deve a decorrências do próprio valor de ser humano. Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito é obrigado a dar resposta para as agressões decorrentes de discriminação ao exercício da sexualidade, porque são agressões contra a pessoa, verdadeiros crimes⁶⁸ contra a humanidade. Em razão disso, políticas públicas que objetivem o fim da homofobia se fazem mais do que necessárias.

Felizmente, em 2004 a Frente Parlamentar Mista pela Livre Expressão Sexual lançou o programa “Brasil sem Homofobia”, visando o combate à violência e

⁶⁶ Embora não seja correto afirmar que a orientação sexual se trata de uma “opção de vida”, mas pode ser uma forma de enfrentar a problemática, se, com isso, for-lhe conferida proteção jurídica.

⁶⁷ Vide capítulo 1.

⁶⁸ Neste caso, no sentido vulgar.

à discriminação contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros, bem como a promoção da Cidadania Homossexual (BRASIL, 2004).

O referido programa tem como objetivos.

1 – Inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal;

2 – Produção de conhecimento necessário para o subsídio da elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas ao combate à violência e discriminação por orientação sexual.

3 – Reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que o combate à violação dos direitos humanos dos homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.

Dentre as ações mais significativas do programa, estão previstas, dentre outras:

1 – Apoio às proposições do Poder Legislativo a fim de criar atos normativos que combatam a discriminação;

2 – A promoção de debates e articulações na Organização dos Estados Americanos e no Mercosul;

3 – Fomentar a formação de professores e produção de livros didáticos que tratem do tema da sexualidade;

4 – Apoiar a criação de instrumentos técnicos que visem a proteção da integridade física dos homossexuais;

5 – Fornecer propostas para a melhoria do sistema de saúde;

6 – Promoção, por meio da cultura, da divulgação da diversidade humana.

Junto a essa proposta, destacam-se alguns instrumentos legislativos já consagradores do combate à discriminação por orientação sexual.

No município de Salvador (BA) a Lei n.º 5.275/97 estabelece penalidades contra a prática de discriminação pela opção (sic) sexual em estabelecimentos comerciais, industriais e repartições públicas, tipificando como atos discriminatórios o contrangimento; a proibição de ingresso ou permanência; atendimento selecionado; preterimento de ocupação ou imposição de pagamento de mais de uma unidade de hotéis e similares; preterimento quanto a aluguéis ou aquisição de imóveis residenciais, comerciais ou de lazer. As sanções são de advertência, multa que varia de 1.000 a 3.000 UFIR's, suspensão do funcionamento do estabelecimento e cassação do alvará de licença e funcionamento. Adicionalmente, adverte a lei que haverá aplicação de penalidades disciplinares para os servidores que agirem com discriminação.

Lei semelhante (n.º 14.170/2002) encontra-se em vigor no Estado de Minas Gerais. Além das punições previstas na normativa do município de Salvador, acresce-se a aplicação de multas de R\$ 1.000,00 a R\$ 50.000,00 para os atos discriminatórios já assinalados, além da demissão, punição ou impedimento de acesso nas relações de emprego e no exercício da atividade profissional, sendo os recursos destinados ao Fundo Estadual de Proteção aos Direitos Humanos.

Outras leis semelhantes têm sido aprovadas em diversos municípios e Estados brasileiros, mas todas respeitando a estrutura já assinalada. Uma vez que tais leis apenas têm por propósito reparar as vítimas homossexuais de agressões à sua dignidade, tal medida ocorre de maneira indireta, em razão das competência legislativas municipal e estadual serem limitadas constitucionalmente, impossibilitando a edição de uma cláusula geral.

Assim, a consideração do princípio da dignidade humana é o principal instrumento de que dispõem as pessoas repararem os danos sofridos por meio da discriminação, o que já tem sido utilizado no Brasil, como se analisará no próximo capítulo.

4 A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL: SEU ENFRENTAMENTO POLÍTICO E JURÍDICO.

4.1 DISCRIMINAÇÃO E LESÃO À DIGNIDADE.

De acordo com Krüger (2004, pp. 37-39), o estereótipo social é definido como uma crença coletivamente compartilhada que versa sobre alguma característica ou traço psicológico, moral ou físico atribuído extensivamente a um certo agrupamento humano, como idade, sexo, orientação sexual, inteligência, moralidade, profissão, estado civil, escolaridade etc. Quando associados a sentimentos, estereótipos sociais passam a constituir estruturas psicológicas de maior complexidade, a exemplo de atitudes e preconceitos sociais.

A impossibilidade ou a inapetência para o ajustamento a esses padrões estereotipados acarreta a aparição ao “diferente” de um estigma, conforme analisado por Goffman (1982).

Como efeito imediato, tem-se a discriminação que é uma forma de relacionamento manifestada de forma injusta para com indivíduos ou grupos que são objetos de preconceitos sociais. O tratamento injusto, a depender da situação, pode assumir formatos diversos, ocorrendo na contratação de empregados, na seleção de alunos, na escolha de colegas ou parceiros.

Assmar e Ferreira (2004, p. 91) entendem, por sua vez, que entre os psicológicos contemporâneos prevalece a visão de que os estereótipos constituem a base cognitiva do preconceito.

MOTT (2003, p. 82), após levantar dados acerca da discriminação por orientação sexual no Brasil, constatou que esta ocorre em, basicamente, nove tipos de ações: a) agressões e tortura; b) ameaças; c) discriminação em órgãos, por autoridades governamentais e políticos; d) discriminação contra a liberdade de ir e vir, privacidade e trabalho; e) discriminação religiosa, familiar, escolar e científica; f) difamação e discriminação na mídia; g) insultos; h) violência contra lésbicas; i) violência contra travestis.

Respeitada a classificação adotada pelo antropólogo e professor da Faculdade de Ciências Sociais e Filosofia da Universidade Federal da Bahia, para que o presente estudo seja mais bem clarificado, convêm reagrupar as categorias em cinco diferentes classes, dadas as semelhanças para aplicação de uma fórmula jurídica comum. Adverte-se, contudo, algumas dessas categorias ultrapassam o objeto deste estudo, por envolverem outros aspectos teóricos não abordados nos capítulos iniciais, merecendo, contudo, análise num momento posterior.

4.1.1 Os casos mais comuns de discriminação.

4.1.1.1 Declarações homofóbicas – colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana.

A liberdade de expressão ou, na linguagem do texto constitucional brasileiro, “liberdade de manifestação do pensamento”, tem sido utilizada de maneira abusiva, porque muitos indivíduos, incluindo pessoas de imagem pública, proferem, correntemente, declarações de cunho eminentemente homofóbico, visando, em regra, ofender a orientação dos homossexuais e/ou negar-lhe acesso a direitos.

Na ocasião em que os bens da cantora Cássia Eller, após sua morte, foram destinados à sua companheira, Maria Eugênia Vieira, deputados federais ligados a grupos religiosos manifestaram-se contra a regulamentação da parceria civil entre homossexuais. O então primeiro-secretário da casa disse:

Não posso aceitar uma aberração como esta, de homem com homem, de mulher com mulher. Isso é contra as leis de Deus, contra os princípios éticos e morais. Não concordarei. Estarei na linha de frente para combater, como sempre fiz aqui na Câmara dos Deputados. (Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, RJ, 10-01-2002 apud MOTT, p. 100).

O mesmo deputado disse, em outra ocasião, que o “casamento gay” agride a consciência nacional e seria “desimportante”, pois tal proposta “demonstra a decadência moral que vai minando todos os valores de nossa sociedade”. (MOTT, p. 99). No Rio Grande do Sul, o vereador da cidade de Caxias do Sul, Jonas Pedó, do PDT, afirmou numa sessão da câmara municipal que “ser homossexual não é ser digno”, aproveitando para criticar a prefeitura por apoiar atividades desenvolvidas por gays e lésbicas (idem, p. 107). Ainda sob o tema da parceria civil registrada (PCR), o deputado Philemon Rodrigues, do PL de Minas Gerais, proferiu o seguinte discurso na sessão plenária da Câmara:

Cogita-se colocar em pauta para votação nesta Casa de Leis o Projeto de Lei n.º 1.151/95, instituindo o casamento de gays e lésbicas [...]. Estamos desperdiçando tempo com assuntos que deveríamos ignorar, pois ainda não chegamos ao Primeiro Mundo. Quando não houver mais assuntos de caráter social para discussão,

aí sim, creio que será o momento para debatermos matérias dessa natureza. Os evangélicos, os católicos apostólicos romanos, espíritas e todos os homens de bem deste País não podem aceitar em silêncio que projetos de lei contrários à Bíblia e aos padrões morais da nossa sociedade venham atolar ainda mais a sociedade brasileira, que sobrevive em meio a tantas mazelas. [...] A autora está desrespeitando as mulheres, querendo tirar o direito e o prazer que Deus deu às mulheres de fazer sexo conforme Deus permite à criatura. Passar esse privilégio para os homossexuais é um desrespeito às mulheres.

Podem ser encontrados diversos casos de discriminação nos meios de comunicação, dentre eles a TV. O programa Superpop, transmitido pela RedeTV!, exibiu um quadro sobre artistas mirins, no qual as crianças assistiam a pegadinhas que tinham por propósito de irritar pessoas que passavam nas ruas ao chamá-las com palavras desrespeitosas em relação à orientação sexual, como “delicado”, “bicha” e “frutinha”. Todos riam e se divertiam diante da cena preconceituosa. (Jornal O Globo, 2-07-02, Rio de Janeiro apud MOTT, p. 135). Na Rede Globo, o apresentador Jô Soares, ao visitar os integrantes de uma das edições do programa *Big Brother Brasil*, resolveu “brincar” com o participante André (supostamente homossexual), falando: “fiquei sabendo que aqui tem viado”. (Correio Brasiliense – 5-3-2002 apud MOTT p. 138). Na publicidade, destaca-se o comercial realizado pela empresa Volkswagen sobre o veículo Gol. Nele, mostrava-se um homem que parecia paquerar uma mulher no bar, mas que termina a conversa pedindo informações sobre o batom que ela estava usando, deixando claro que era gay. O slogan da campanha era: “o Gol nunca te decepciona”. (MOTT, 2002, 148).

A dignidade da pessoa humana ocupa a posição de princípio fundamental da República Democrática Brasileira, inserindo-se logo no art. 1º do texto constitucional, outorgando-lhe, assim, precedência em face mesmo de outros princípios constitucionais. Em razão de ser o epicentro axiológico da ordem constitucional, em ocorrendo colisão de princípios, o princípio da dignidade da

pessoa humana não estará sujeito a ceder em face de outros princípios constitucionais.

Por outro lado, admitindo-se que não exista hierarquia entre princípios constitucionais, o que nos conduz, em caso de colisão destes, a uma necessidade de ponderação, é necessária a sua harmonização aos casos concretos.

Nas situações acima narradas, existe o conflito entre a liberdade de expressão e a honra dos homossexuais, analisadas sob o ponto de vista objetivo e subjetivo, sendo todas manifestações da personalidade humana e, assim, de sua dignidade. É preciso, contudo, conceituar os referidos institutos.

De acordo com Silva (1999, p. 244), a manifestação do pensamento é liberdade é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense ciência, religião, arte ou o que for, fazendo participar aos outros suas crenças, conhecimentos, concepção de mundo, opiniões políticas ou religiosas. Por sua vez, Mônica Aguiar (CASTRO, 2002, p. 5), entende que “a honra é um bem jurídico imaterial, representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido”, estabelecendo que enquanto a honra subjetiva é determinada pela estima que cada pessoa tem de si mesmo, a objetiva é o juízo de valor outras pessoas fazem sobre alguém (CASTRO, 2002, p. 6).

Adicionalmente, uma pessoa que profere manifestações públicas encontra-se sujeita à aplicação direta dos direitos fundamentais sobre suas condutas, em razão de suas opiniões serem coletivamente lesivas. Mais diretamente, discrimina-se por uma tentativa de se tentar convencer um público de que um certo grupo é “menos igual” (em dignidade) que outro, em franco ataque ao direito de igualdade. Assim, há franca violação ao preceito do artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O comando normativo do dano injusto decorre, portanto, da soma das locuções “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”⁶⁹ *mais* “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”⁷⁰ *mais* “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁷¹ *mais* “A República Federativa do Brasil [...]tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”⁷²

Numa perspectiva atomística, pela ponderação, afasta-se o princípio da liberdade de expressão e se considera a proteção da honra, sendo aplicável a norma do art. 5º, inciso X da Constituição Federal: “são 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”.

Assim, houve um abuso da sua liberdade de expressão, porque tinha como propósito não apenas manifestar um pensamento, mas pelo desejo de se *convencer* pessoas, por meio de argumentos, de que os homossexuais seriam menos dignos que os heterossexuais, incentivando, por consequência, práticas discriminatórias motivadas por um robustecimento da intolerância entre os dois grupos.

4.1.1.2 *Repressão aos homossexuais na escola, em estabelecimentos comerciais e no trabalho.*

⁶⁹ Artigo 5º, inciso IV da Constituição Brasileira.

⁷⁰ Artigo 5º, caput da Constituição Brasileira.

⁷¹ *Caput* e inciso IV do artigo 3º da Constituição Brasileira.

⁷² *Caput* (parcial) e inciso III da Constituição Brasileira.

Nos casos a seguir descritos, os homossexuais pela consideração de que seu comportamento, mesmo que os heterossexuais adotem condutas idênticas, é imoral ou desrespeitoso.

Em Campinas (SP), no dia 09 de agosto de 2002, dois homens foram repreendidos pelo gerente do *City Bar* em razão de terem se beijado no local (MOTT, 2002, p. 115). Fato semelhante ocorreu na capital paulista, no dia 10 de abril de 2002, na qual um casal de namoradas foi repreendido por um garçom do bar *Drosophyla*, em razão de estarem se beijando. Segundo a gerente, Ângela Uchôa, as clientes estavam adotando um comportamento inadequado (MOTT, 2002, p. 116).

Em Fortaleza (CE), a boate *Órbita* recebeu protestos da comunidade GLBT, no dia 27 de maio de 2002, em razão dos atos discriminatórios que os homossexuais sofriam no estabelecimento. Como anota Mott (2002, p. 117), uma cliente chamada Fernanda foi convidada a se retirar por ter beijado a namorada na boate, enquanto, ao seu lado, um casal heterossexual fazia o mesmo. Ainda em Fortaleza, o professor Darlan Paiva foi impedido de entrar na boate *Mystical* por acrem que ele fosse homossexual.

Percebe-se a insuficiência da concepção atomística dos direitos de personalidade para resolver tais controvérsias. Poder-se-ia dizer que há lesão à honra subjetiva quando um preposto do estabelecimento impede uma manifestação de afeto, ou violação à honra objetiva quando não se permite que um homossexual adentre ou permaneça em suas instalações. Isso poderia dar margem a situações lacunosas, porque há diversas maneiras discretas de repreensão, mas todas lesivas e humilhantes. Melhor, portanto, é a aplicação direta da igual dignidade em tais ocorrências.

Como assinalado anteriormente⁷³, os estabelecimentos comerciais e demais organizações são abertas ao *público* e, por isso, deve tratá-lo com igual respeito. É indiscutível, portanto, o reconhecimento de que devam respeitar os direitos fundamentais.

Dessa maneira, o que se objetiva é tão-somente que a igualdade formal seja aplicada em todas as situações: se um casal heterossexual pode andar de mãos dadas, o mesmo poderá fazer um casal homossexual; se um homem e uma mulher se beijam em público, o beijo entre dois homens ou entre duas mulheres não poderá ser repreendido; se uma mulher pode usar brincos, maquiagem e roupas chamativas, o homem também poderá se assim o desejar, da mesma maneira que, se uma mulher desejar vestir-se de maneira socialmente considerada como masculina, não poderá ser agredida em sua autonomia privada.

A repreensão a tais condutas é atitude discriminatória, configurando-se dano injusto e, portanto, moralmente reparável.

4.1.1.3 Insultos pessoais e agressões físicas.

São os tipos mais corriqueiros de discriminação aos homossexuais. Ocorrem por meio de ofensas, uso de palavras de baixo calão, tratamento descortês, sempre dirigidas diretamente a alguém, para ofender a sua orientação sexual.

Em Osasco (SP), um militante do movimento gay e seu amigo foram agredidos verbal e fisicamente ao pedirem informações a seguranças de uma galeria localizada no centro da cidade. Os seguranças os chamaram de “viados”,

⁷³ Vide p. 48.

empurrando as vítimas com força e deferindo-lhes golpes na face (MOTT, 2002, p. 85). No Rio de Janeiro (RJ), populares armados com paus e pedras e rapazes da classe média autodenominados “exterminadores de gays” armados com socos ingleses agrediram homossexuais sem qualquer justificativa (MOTT, 2002, p. 86). Em 13 de fevereiro de 2002, em Florianópolis (SC), um homossexual foi agredido fisicamente na praia de Galheta. Segundo denúncias, integrantes de academias de lutas desejam expulsar os homossexuais da praia, por serem freqüentadores assíduos há anos (MOTT, 2002, p. 88). Em janeiro de 2002, em Salvador (BA), um homem fora agredido por sua orientação sexual e religiosidade, tendo sido chamado de “veado macumbeiro, safado, descarado”. Além disso, foi agredido fisicamente, tendo seu nariz fraturado, pés, pernas e mãos machucados (MOTT, 2002, p. 93). Em novembro de 2002, em Uberaba (MG), um advogado, gay assumido, foi agredido verbal e fisicamente por seu irmão, seu pai e mais três pessoas, que invadiram o seu quarto e o expulsaram de casa (MOTT, 2002, p. 119).

Tais situações são particularmente danosas à dignidade humana, pois visa-se à eliminação de um grupo de indivíduos, simplesmente pela intolerância à sua sexualidade.

Nestes casos, não há uma violação necessariamente à igualdade ou às decorrências dos direitos de personalidade, mas, sim, diretamente à dignidade humana, devendo serem levados em consideração a potencialidade lesiva desta conduta para aplicação de uma indenização mais severa, por meio da responsabilidade civil exemplar, admitida pela doutrina nacional em razão de sua eficácia social.⁷⁴

⁷⁴ Vide capítulo dois.

4.2 O ENFRENTAMENTO POLÍTICO DA DISCRIMINAÇÃO.

A homossexualidade aparece como movimento político decorrendo das mudanças sociais e econômicas que possibilitaram a formação de uma consciência coletiva por parte dos homossexuais enquanto específico grupo social.

Para tanto, colaboraram inúmeros fatores, simultaneamente gestados pelas transformações advindas da ascensão do capitalismo industrial e do surgimento das grandes cidades, no final do século XIX. Dentre esses, são enumerados: 1) a formação de “comunidades homossexuais”; 2) a organização de movimentos sociais lutando pelo reconhecimento de direitos de homossexuais; 3) O impacto do movimento feminista na estrutura social urbana (principalmente pelo desafio à divisão de papéis entre os gêneros na sociedade ocidental); 4) A crise do modelo familiar até então determinante dos padrões de moralidade; 5) as diversas manifestações de protesto reivindicatório de liberdade da década de 1960 (principalmente o movimento estudantil) e 6) a revisão de conceitos médicos e psicológicos, que até então rotulavam a homossexualidade como doença.

Tudo isto gerou a concepção de que a homossexualidade é critério, desimportante para o estabelecimento de tratamentos diferenciados, incapaz de justificar as desigualdades existentes.

A partir da década de 1960, ganham destacada expressão os movimentos sociais por direitos de homossexuais nos Estados Unidos, época considerada como do nascimento do movimento *gay* contemporâneo. Os grupos empenhados nestas lutas sustentavam basicamente duas perspectivas distintas para a compreensão de suas estratégias: 1) perspectiva revolucionária e 2) perspectiva reformista. A primeira almeja a superação das discriminações pela instauração de um novo modelo de sociedade e Estado, em que sejam abolidas as diferenciações sexuais

intrínsecas às categorias hetero/homossexual, bem como a dominação de um sexo pelo outro e a imposição de quais padrões morais ante as diversas formas de expressão sexual. Essa corrente foi inicialmente articulada pelo Grupo “New York Gay Liberation Front”, em 1969). A perspectiva reformista, por sua vez, objetiva a integração dos homossexuais nas estruturas sociais vigentes, mediante a descriminalização do reconhecimento de direitos civis e políticos. Enquanto que a primeira defende a ruptura do sistema vigente, a segunda aposta na extensão dos direitos reconhecidos a outros grupos e minorias aos homossexuais.

A data-símbolo deste movimento originou-se da resistência física de clientes do bar homossexual *Stonewall*, no bairro nova-iorquino Greenwich Village, em 28 de junho de 1969, diante da violência empregada numa batida policial. A partir de então, solidificou-se o movimento homossexual norte-americano, com a criação de inúmeras associações por todo o país, promotores de protestos, demonstrações, foi cunhada a expressão “gay” para designar uma atitude de auto-estima e ativismo diante do preconceito e da discriminação, objetos de combate destes grupos.

Segundo Ana Sá (2005), o Movimento em Defesa dos Direitos dos Homossexuais surgiu na Europa, no final do século XIX. A sua principal bandeira era a descriminalização da homossexualidade e o reconhecimento dos direitos civis dos homossexuais. Entretanto, apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial é que movimento pôde se estrutura na Europa e nos Estados Unidos.

De acordo com a autora:

Na noite de sexta-feira 27 de Junho de 1969 uma força policial invadiu um bar da cidade de Nova Iorque. Essas rusgas não eram incomuns em 1969; de fato elas eram feitas frequentemente e ocorriam sem muita resistência. A base legal dessas visitas regulares, era a falta de licença para a venda de álcool. De fato, os

homossexuais eram considerados doentes e, por isso, não podiam consumir bebidas alcoólicas. Contudo, naquela noite, em vez de permanecerem escondidos e calados, a rua entrou em erupção com violentos protestos enquanto no bar os clientes lutavam e ofereciam resistência à ação policial.

A polícia já tinha tido dificuldade em prender os suspeitos, mas, depois de alguns carros de patrulha terem abandonado o local, o ponto de reviravolta sucedeu quando, por três vezes uma lésbica foi colocada dentro do carro e por três vezes saiu e tentou a fuga. Na última vez um policial imobilizou-a por literalmente montar em cima dela. Na rua, além dos 200 clientes do bar, cerca de 1000 jovens enlouqueceram e, ao som de "Brutalidade policial" e "Porcos" fizeram recuar os restantes policias para dentro do bar com uma chuva de garrafas, latas e objetos incendiados e que provocaram pequenos incêndios na rua e dentro do bar. Depois do reforço policial e, algumas horas depois, a revolta foi controlada. Quatro polícias feridos e 13 prisões efetuadas foram os acontecimentos objeto do relatório policial. Mas o motim recomeçou nas noites seguintes. O dia 28 de Junho, também conhecido como "Dia da Libertação da Rua Christopher", foi a primeira de várias noites em que a Rua Christopher se transformou num verdadeiro campo de batalha. Com cada vez mais pessoas dispostas a enfrentar os policiais, usando palavras de ordem como "Poder Gay", " Eu sou gay e tenho orgulho nisso" e " Eu gosto de rapazes", gays e lésbicas saíram do seu espaço habitual, juntaram-se às "drag queens" e aos "queer street kids" que encabeçaram a revolta, marcham orgulhosamente e fizeram questão de fazer parte do movimento.

No Brasil, a história do movimento gay iniciou-se alguns anos mais tarde.

Luiz Mott (2003) considera que o marco se deu em 1977, explicando:

1977 pode ser considerado como a data inicial do Movimento Homossexual Brasileiro: nesta no, a convite do advogado gaúcho-carioca, João Antônio Mascarenhas, o editor do *Gay Sunshine*, Winston Leyland, faz uma visita ao Brasil, sendo cancelada na última hora sua conferência na Universidade Cândido Mendes, mas recebendo tal visita enorme divulgação na imprensa nacional. Estimulados por este evento, alguns intelectuais gays do Rio de Janeiro e São Paulo fundam em abril de 1978 o primeiro e até hoje principal jornal homossexual brasileiro, "O Lampião", o qual serve de veículo e reforço para a fundação em São Paulo, no ano seguinte – fevereiro de 1979 – do primeiro grupo brasileiro de militância gay – o SOMOS, que adotou o mesmo nome da pioneira revista homossexual publicada na América do Sul pela Frente de Libertação Homossexual da Argentina.

A dimensão desta mudança pode ser aquilatada, inclusive, pelo advento do conceito de “homofobia”, designando o distúrbio psíquico revelado por aqueles que experimentam medo ou ódio irracionais diante da homossexualidade.

Como dito, o ambiente forjado por estes fenômenos teve como consequência o enfraquecimento de preconceitos acerca da homossexualidade. Disto resultou a desconsideração da orientação sexual enquanto critério capaz de legitimar tratamentos desiguais, em raciocínio extremamente importante para a concretização do princípio jurídico da igualdade.

4.3 O ENFRENTAMENTO JURÍDICO DA DISCRIMINAÇÃO.

Ao passo em que as denúncias sobre discriminação por orientação sexual são fatos rotineiramente anunciados nos meios de comunicação e sabidos pela sociedade, parece que raríssimas se transformam efetivamente em processos judiciais, concluindo-se que, em consequência disso, a reparação por danos morais ainda não tem sido um instrumento muito adotado pelos homossexuais, talvez pelo medo da própria repreensão social decorrente da exposição em público num enfrentamento litigioso.

Dessa maneira, após a realização de pesquisa em todos os tribunais não-trabalhistas dos Estados, poucas decisões versando sobre a discriminação aos homossexuais foram encontradas⁷⁵, ao contrário do expressivo número de acórdãos que versam acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Por esse motivo, a aplicação dos danos morais por discriminação à orientação sexual ainda é tema novo no Brasil – praticamente inédito – merecendo que os Juízes, Advogados,

⁷⁵ Dentre as poucas decisões, a maioria versa sobre a improcedência da reparação de danos morais, normalmente motivada por ausência de provas. Sobre isto, conferir, e. g., (...)

agentes do Ministério Público e sociedade civil se sensibilizem com a problemática, pois o ordenamento pátrio é perfeitamente capaz de resolver tais controvérsias.

4.3.1 Jurisprudência: temas diversos.

4.3.1.1 Ministério Público Federal contra RedeTV: discriminação por ofensas diretas a homossexuais.

Conforme noticiado por Fuhrmann (2005), o Ministério Público Federal de São Paulo ingressou, no dia 24 de outubro de 2005, com uma ação civil pública, perante a União, requerendo a cassação da concessão da emissora RedeTV, em razão do conteúdo discriminatório contra homossexuais contido em programas de sua grade de transmissão, todos apresentados, dirigidos e produzidos por João Kléber.

As práticas discriminatórias ocorriam basicamente em quadros pseudo-humorísticos, mediante encenações com uso de atores que abordavam pessoas desconhecidas nas ruas da capital paulistana e lhes envolvia em alguma situação ficta. Cada quadro possuía um nome de chamada e consistia na repetição da história por diversas vezes – método conhecido popularmente como “pegadinha”, como nos exemplos abaixo, todos contidos na referida ação:

“Machão à paisana tira sarro e apanha de pedestre.” Resumo: “Machão” assusta mulheres, dizendo ser policial, revista bolsas, joga as coisas no chão, e depois usa batom. Em seguida se faz passar por homossexual, dando gritos. Diz que “vai encontrar com seu bofe”. Chama algumas mulheres de “trouxa”.[...] **“Acha que vai se dar bem com gostosa e bate em folgado.”** Resumo: Jovem loira oferece a passantes “test-drive de camisinhas”, mas depois chega ator do sexo masculino, e agarra o participante à força, enquanto lhe pergunta se

é “ativo ou passivo”. [...] **“Bicha atrevida faz pedestre se passar por gay e apanha.”** Resumo: Ator pede que passante leia bilhete em que está escrito “eu sou gay”. Quando passante lê, ator passa a assediá-lo, fingindo ser estereótipo de homossexual. Para um participante diz: “você chupa bastante, não chupa?” Vários participantes batem no ator. [...] **“Bichas fazem festa no banheiro, irritam as pessoas e apanham”**. Resumo: Atores travestidos dizem para participante que está em “inauguração de banheiro gay”. Em seguida o assediam e o agarram. [...] **“Cliente pede rabada... mas quando vai comer, a rabada é outra”** Resumo: Participante pede, em um restaurante, uma “rabada”, e em seguida é assediado por estereótipo de homossexual.[...] **“Vai comprar engate e é ‘engatado’ por machão”**. Resumo: Participante vai a uma oficina para comprar um “engate” (peça de automóvel) e é agarrado por trás por estereótipo de homossexual.

Os procuradores Sérgio Gardenghi e Adriana da Silva Fernandes, subscritores da ação, fundamentaram o pedido de cancelamento da transmissão da emissora com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito de igualdade. Citando Robert Alexy, afirmam:

Como se sabe, o artigo 5º, caput, da Constituição declara o direito geral de igualdade nos seguintes termos: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A redação do artigo é manifestamente hiperbólica, pois é evidente que não há o dever de assegurar a igualdade de todos com relação a todas as situações jurídicas [...] O que é preciso perquirir, na verdade, é se há alguma justificativa legítima que autorize a diferenciação. Pois, na precisa formulação de Robert Alexy “se não há nenhuma razão para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado o tratamento igual”. [...] Resta, então, indagar se há alguma “razão suficiente” para que a orientação sexual de milhões de brasileiros seja cotidianamente aviltada pelo programa TARDE QUENTE, de responsabilidade dos réus João Kléber e Rede TV. É evidente que não há.

O processo acabou se encerrando num acordo judicial, em que a emissora retirou o programa de João Kléber do ar e teve que produzir atrações educativas que combatessem a discriminação por orientação sexual.

4.3.1.2 Paulo Xavier e Rodrigo Rocha contra Shopping Frei Caneca: *discriminação por manifestação pública de afeto.*

No shopping Frei Caneca, Paulo Xavier e Rodrigo Rocha foram severamente repreendidos pelo segurança por terem trocado um beijo (NANCI, 2005). Pela discriminação, decidiram processar o estabelecimento por danos morais, tendo obtido cem salários mínimos de indenização. O juiz, em sua fundamentação, asseverou:

Vivemos num Estado Democrático de Direito, laico, fundado na dignidade da pessoa humana, e com o objetivo de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...] Logo, é forçoso concluir que a atitude do réu foi abusiva, contravindo a valores do sistema jurídico-legal e por isso mesmo configurando ilícito civil. O conseqüente dano moral é inegável. Decorre do fato em si, prescindíveis maiores indagações. É compreensível a indignação padecida pelos autores. Censurados na expressão de sentimento mútuo, sofreram ofensa à honra subjetiva.

4.3.2 Antônio Ferreira contra Bradesco: um estudo de caso exemplificativo sobre discriminação no trabalho.

4.3.2.1 Sujeitos envolvidos.

Antônio Ferreira fora funcionário do Banco Bradesco S/A durante quase vinte anos, tendo ingressado na empresa em abril de 1985 e afastado em fevereiro de 2004, despedido por justa causa, em razão de supostos envolvimento com empréstimos bancários não autorizados, tese esta superada em juízo, pois se comprovou que, na verdade, o autor sofrera discriminação por sua orientação sexual.

Os principais adversários de Ferreira no Banco Bradesco eram Fernando Tenório, seu superior imediato, Aécio (sobrenome não revelado) e Renan Mascarenhas, estes funcionários do Banco na mesma hierarquia de Ferreira.

4.3.2.2 A controvérsia.

Em seu depoimento, colhido na audiência do dia 27 de abril de 2005, Ferreira conta que seus colegas da agência não apresentavam qualquer conduta discriminatória, ocorrendo o primeiro fato desta natureza quando recebera os prêmios “Performance da agência” e “Profissional que faz a diferença”. Na referida solenidade, realizada em São Paulo, perante a diretoria executiva do Banco. Quando anunciado, Ferreira manifestou um suposto “excesso de alegria e euforia”, tendo o próprio até brincado, falando para os colegas: “Vamos nos aquecer para as próximas olimpíadas”. Presente ao evento, Fernando Tenório, na época ocupando o cargo de superintendente, assistiu a tudo e, em razão da presença da diretoria, nada fez.

No primeiro dia útil após o evento, Tenório compareceu à agência Itaipara, onde Ferreira trabalhava no cargo máximo, de gerente-geral. e o advertiu, na presença de todos os demais funcionários, de que sua manifestação de alegria era um ato de um afeminado e, portanto, desrespeitoso para o Banco, dizendo-lhe ainda que se aquele fato ocorresse novamente, seria despedido. Após o ocorrido, além de Tenório não cumprimentar mais Ferreira, apesar de fazer o mesmo com todos os demais funcionários.

A discriminação se acentuou no momento em que Aécio fora trabalhar na mesma agência que Ferreira, na função de seu substituto imediato. Antes de

ingressar na nova agência, Aécio havia sido advertido por Tenório de que iria trabalhar com Ferreira, um homossexual, fato este confirmado numa reunião com toda a equipe do banco. Apesar de, inicialmente, Ferreira e Aécio não terem revelado diferenças, o último logo demonstrou seu hábito de telefonar com frequência para Tenório para relatar o comportamento de Ferreira, sendo este o motivo pelo qual a relação entre este e Aécio ganhou contornos de inimizade.

Em certo momento, Ferreira apresentou um problema digestivo, de modo a necessitar usar o banheiro com urgência. Numa dessas vezes, o banheiro masculino encontrava-se fechado, e, em razão da necessidade, Ferreira acabou por fazer uso do banheiro feminino, não antes sem pedir autorização às demais funcionárias. No fim da tarde daquele dia, Tenório o repreendeu pelo telefone, porque uma funcionária, Rita Castro, havia lhe informado que Ferreira fazia uso do banheiro feminino com frequência. Marcou uma reunião com Ferreira e, nesta ocasião, agrediu-lhe verbalmente, dizendo que ele era “uma puta [...] o banco era lugar de homem, e que não estaria sendo demitido porque o Sr. Ademir Cosiello não permitiu diante da qualificação profissional [de Ferreira]”. Renan Mascarenhas, presente à reunião, endossou as palavras de Tenório.

No dia dezoito de julho de 2005 realizou-se a segunda audiência, na qual foram ouvidas as testemunhas do processo. A primeira, o Sr. Amândio Souza Eça, convocada por Ferreira, contou que o Banco Bradesco promovera um evento no Estacionamento São Raimundo para venda de veículos. Na ocasião, ao verificar que o espaço estava decorado com bolas de soprar coloridas, Tenório afirmou, em tom alto: “isso é viadagem de Ferreira”, ouvida a frase pelas pessoas do local. Em outro momento, num evento denominado CONVIVA, realizado fora da agência, Ferreira teria se comportado de “maneira festiva”, tendo o fato sido observado por Tenório

falando a Ferreira, no dia seguinte: “você de novo com essas frescuras, com essas viadagens lá”, tendo-o ameaçado novamente de demissão. Em um terceiro momento, Ferreira, visando promover produtos da empresa, decorou a agência com bolas coloridas, *banners* e bandeirolas, sendo repreendido por Tenório, que lhe disse para tirar aquelas “frescuras e viadagens lá de dentro”. Em razão disso, foi convocado pela Diretoria do banco e lá humilhado, de forma que Ferreira chegou no dia seguinte ao trabalho chorando muito.

A segunda testemunha de Ferreira, Maria da Candeias Ribeiro Tavares, confirmou os fatos narrados por Amândio e acrescentou que presenciou Tenório advertir Aécio sobre “as coisas de boiola” de Ferreira. A terceira testemunha de Ferreira, Angélica Maria de Assis, presenciou algumas vezes Tenório reclamar da maneira como Ferreira decorava a agência, falando sempre que “as bolas eram coisa de boiola”.

O banco convocou duas testemunhas para a audiência, ambas negando qualquer discriminação a Ferreira. A segunda foi o próprio Aécio, cujo compromisso fora impugnado pela juíza, acabou sendo ouvido na condição de informante, não trazendo qualquer elucidação ao caso e apenas se atendo a negar o que fora dito sobre sua pessoa.

4.3.2.3 *A sentença.*

A MM. Juíza da vigésima quarta vara do trabalho, Margareth Rodrigues Costa, entendeu que não restou comprovada a alegação, por parte da empresa, de que Ferreira teria sido despedido por justa causa, em razão de ter operado com linhas de crédito não-autorizadas, por total falta de provas sobre o fato. O que ficou

claro foi, de fato, a discriminação, verificada à luz dos depoimentos, das provas e, também, do próprio silêncio por parte das testemunhas e preposto da reclamada acerca de alguma outra causa motivadora da despedida. Assim se posicionando sobre o fato, diz a MM. Juíza que Ferreira:

[...] foi ofendido em sua honra e dignidade pessoais, não só pela pecha da justa causa na dispensa, o que teria sido feito de modo insidioso, com motivação velada; era a discriminação sexual que estava por trás; [...] Não deixa margem de dúvida que as atitudes perpetradas pela empresa, na pessoa de Fernando Tenório, precipuamente, causaram desconforto emocional, lesão ao decoro, à honra, intimidade, auto-imagem e reputação, refletindo no ambiente de trabalho, com colegas de trabalho e seus subordinados, dentre outras pessoas, em virtude das ofensas injustas praticadas, das humilhações, da despedida de modo injurioso e difamatório, desde antes com ameaças perpetradas, causando-lhe descrédito, com ânimo específico de falsidade na acusação, particularmente quem assim age com o intuito de discriminar a quem não lhe é igual, ou não se iguala pela média, nem na conduta pessoal, resultando em danos de ordem moral que requerem reparação.

Sobre a aceitação contemporânea de tal modalidade discriminatória, acrescenta:

A violação por meio da atitude da reclamada, por um de seus prepostos, em particular, extrapola o limite do que se é legalmente permitido, notadamente, nos atos de discriminação velados que redundaram em dispensa com pecha de desonestidade, quando agiu de modo degradante, sem ter em vista as conseqüências que daí poderiam advir, inadmissível assim atue qualquer empregador, sob qualquer denominação. Foi colocado em prática um ato típico de inquisição, em moldes de que a História já conhece e abomina, arcando agora a empresa com as conseqüências dos atos praticados.

Embora evoque alguns direitos da personalidade, a magistrada adere à interpretação de que o dano moral é conseqüência de um sofrimento, não adotando as mais atuais teorias que tratam da ocorrência de dano moral em razão de lesão a direito da personalidade ou pela pretensão de se ofender a dignidade humana. Embora tivesse dado ganho de causa a Ferreira – como se verá adiante – a MM.

Juíza poderia tê-lo deixado desamparado se aquele tivesse demonstrado, ao invés de abalo psicológico frente à discriminação, uma atitude de indiferença. É justamente neste ponto que reside a fragilidade da concepção tradicional da responsabilidade civil por danos morais, porque, se não houver sofrimento, não há dano.

Sobre a quantificação da indenização, a magistrada toma por base a remuneração de Ferreira, chegando, por isso, à quantia de R\$ 916.250,00. Tal linha interpretativa, *data maxima venia*, poderia conduzir a sentença a uma tremenda injustiça e desnivelamento frente a outras situações. Se Ferreira, por exemplo, tivesse recebido sempre salário mínimo, isso quer dizer que sua indenização também seria de um valor inferior àquela. Segundo Bodin de Moraes (2003, p. 306):

A mudança de perspectiva em direção à adoção do conceito de dignidade humana como fundamento do dano moral influencia ainda o critério de reparação integral, em razão do peso atribuído às próprias condições pessoais da vítima. Se foi *sua* dignidade lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob essa ótica, ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetros as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo de reparação.

No momento de estabelecer a aplicação do valor, assim a magistrada calcula:

É de lamentar que assim tivesse ocorrido [a discriminação], mas, em contrapartida, o Direito está em uso para que tais atitudes venham ser coibidas e, verificado o dano moral, bem como, o patrimonial (chamado por último e normalmente de material), por conseguinte, embora requeridas indenizações diferenciadas, *restam fixadas agora de modo unitário, tomando por base que o autor trabalhou por cerca de dezenove anos, tinha remuneração mensal em importe elevado*, bem como, fatores outros aqui considerados, subjetivos, adstritos ao bom senso do julgador, inclusive, no importe de R\$916.250,00 (novecentos e dezesseis mil, duzentos e cinquenta reais), deferidos pedidos correlatos.

Apesar de calcular a indenização com base na remuneração do autor, a Exma. Magistrada faz uso da indenização punitiva, verificada pela expressão, acima destacada, de que “o Direito está em uso para que tais atitudes venham ser coibidas”, desejando, com isso, impedir que outras empresas incorram em práticas semelhantes.

4.3.2.4 *A decisão de segunda instância*

Irresignado quanto ao valor em que fora condenado a título de danos morais, o Banco Bradesco recorreu ao Tribunal do Trabalho objetivando reformar a sentença *a quo*, tendo como relatora a MM. Juíza Léa Reis Nunes. Embora tivesse o réu tentado argüir a legitimidade da despedida por justa causa, a Exma. Relatora entendeu que esta não restou devidamente consubstanciada, concordando com a tese de que houvera discriminação pela orientação sexual de Ferreira. Entende ainda que não ficou provado ter havido “excessos” na conduta supostamente eufórica do autor no recebimento do seu prêmio, bem como inexistia clareza quanto à maneira de ser possível decorar (ou não decorar) as agências do Banco. Sobre as situações, diz que:

Não tenho dúvida que o Reclamante passou a ser discriminado no trabalho por ser homossexual e seu comportamento, obviamente, ser coerente com sua opção sexual. Por este motivo jamais poderia ser discriminado. Caso tenha cometido excessos, a exemplo de decoração da agência bancária, caberia ao Reclamado tomar providências que o faria com qualquer outro empregado: advertência verbal com respeito e até mesmo suspensão disciplinar. Mas até os supostos excessos não foram provados, seja porque daquela forma sempre procedia, há anos, sem qualquer interferência da Diretoria superior do Banco, seja porque não provadas as regras no que diz respeito à decoração do ambiente, até mesmo porque não comprovado a existência de marketing geral do Reclamado neste sentido. Por outro lado, pude perceber que as idéias de decorações

da agência pelo Reclamante eram bem aceitas pelos colegas e, especialmente, pelos clientes, que elogiavam e aumentava seu número naquele estabelecimento. Não vislumbro prejuízo da imagem do Réu.

A alegria com que recebeu um dos prêmios é também coerente com o estado de espírito do Reclamante, não podendo ter sido repreendido da forma que o foi, com humilhação e rótulos. Ora, se fugiu do padrão de comportamento dos homens executivos poderia ter sido conversado e se chegado a um denominador comum. Mas, a ninguém cabe julgar e condenar o outro no seu comportamento, se não há violação de lei editada pelo homem. O respeito deve reinar nas relações humanas. Tanto o Reclamante ser respeitado por seus colegas, como ele os respeitar.

Quanto ao uso do sanitário feminino, Ferreira comprovou sua necessidade, demonstrando ter sido maliciosa a maneira como foi tratado o caso na agência, gerando-lhe grave constrangimento.

Quanto ao uso do sanitário feminino pelo Reclamante ficou evidenciado que naquele dia estava com problema de saúde (cisto no rim esquerdo, documento de folhas 88) e que o sanitário masculino estava ocupado na exata hora em que precisava utilizar. Isto pode acontecer com qualquer um. A necessidade humana prevalece. Restou evidenciado que não houve desafio ou deboche do Reclamante em tomar tal atitude. Não quis ele agredir qualquer pessoa do Reclamado com esta ação. E, se assim não procedeu, não vejo razão para tal alarde e vexame.

Adota a magistrada o posicionamento de que o dano moral decorre da lesão a direito da personalidade, especialmente no que tange à honra. Também demonstra um posicionamento diverso da MM. Juíza da primeira instância, por reconhecer a pretensão violadora à dignidade humana do autor, motivada pelo preconceito descontrolado no ambiente de trabalho. Embora reconheça existir uma “dor da alma”, parece ter decidido pela procedência dos danos morais em decorrência da violação daquelas classes de direitos. Assim, expõe:

Mas, uma vez provada a discriminação por opção sexual, que teve repercussão até mesmo após a extinção do contrato de trabalho do Reclamante, o **dano moral** está provado. É a dor da alma, como destacou o Autor em suas contra-razões. Não há como sair emocionalmente ileso de perseguição e humilhação perante colegas

de trabalho, com pechas de “bicha”, “boiola” e “viado”. Houve violação do direito da personalidade, no caso a integridade psicológica do Reclamante. A dignidade humana do Reclamante foi arrebatada nos últimos anos de seu trabalho pelo o Reclamado. O preconceito prevaleceu sobre o respeito e bom senso. Tudo praticado por um dos Superintendentes do Reclamado e, como tal, responde civilmente. Aqui a responsabilidade é, sem dúvida, do empregador.

No que tange ao valor da indenização, enfrenta a mesma dificuldade do Juízo *a quo*, motivada pela inexistência de parâmetros legais sobre o valor a ser pago a título de indenização por danos morais. Diversamente do expresso na sentença, a MM. Relatora prefere adotar a tese da indenização compensatória (ou reparatória), revelada por entender que o valor cominado anteriormente fora “exorbitante, sem dúvida”, entendendo que “a indenização deve reparar o prejuízo de forma módica, analisando o bem jurídico lesado”. Assim, rechaça a proposta do Réu (de R\$ 10.000,00) e condena-o ao pagamento de R\$ 200.000,00; reduzindo, portanto, o valor obtido na primeira instância em praticamente cinco vezes.

O valor que foi fixado na sentença corresponde a quase 200 (duzentas) vezes a remuneração do Reclamante (salário + gratificação de função + verba de representação + adicional por tempo de serviço + comissões integradas + bonificação de férias integrada), conforme definido no item anterior deste voto. E a 3.000 (três mil) vezes o salário mínimo. E não pára por aí. Seria esta média (200 remunerações) durante 16 (dezesesseis) anos de vida do Autor. É exorbitante, sem dúvida. Até porque a perseguição e humilhação sofrida pelo Reclamante não o foi durante os 19 anos de trabalho. Certo é que não se conta o tempo, mas a gravidade do ato. Mas, o ressalvo apenas para reflexão. Ainda, a repercussão do ato ilícito se deu apenas perante alguns colegas de trabalho (não todos da agência), não abrangendo clientes, amigos e familiares. A fixação da indenização deve reparar o prejuízo de forma módica, analisando o bem jurídico lesado, levando em conta todo o contexto anterior e posterior ao evento, sendo justos os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. [...] O valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), apresentado pelo Reclamado neste recurso é ínfimo, diante da gravidade do fato. Devemos ter cautela e bom senso. E isto me leva à conclusão que o valor razoável no presente caso é de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Verifica-se que, nas duas instâncias, a indenização foi pautada exclusivamente com base na remuneração da vítima, tanto para aumentá-la, quanto para diminuí-la. Conforme já asseverado no capítulo dois, esse tipo de cálculo é incompatível com o atual paradigma da proteção da pessoa humana, sendo completamente incorreta tal metodologia, visto que os danos morais são independentes dos danos patrimoniais.

4.3.3 Palavras finais.

Embora utilizando critérios ora controversos, ora superados, a concessão de indenizações por danos morais por tribunais brasileiros demonstram o preparo do ordenamento jurídico pátrio para o enfrentamento da discriminação por orientação sexual. Contudo, é preciso aprimorar os critérios de reparação, levando-se em conta a gravidade do dano e, também, que este ocorre independentemente de sofrimento, mas por meio de um desrespeito à dignidade humana.

Importante assinalar, por fim, que a discriminação por orientação sexual não atinge apenas a um indivíduo, mas a toda a sociedade, servindo tal constatação de parâmetro para que se indenize mais severamente tais danos, dado o seu interesse social.

5 CONCLUSÕES

A sociedade contemporânea requer solução emergencial para o combate de inúmeras questões envolvendo os homossexuais, sobretudo relacionadas ao combate à discriminação, dada a intensidade e a gravidade que ocorrem a cada dia, tendo sido imperiosa a abordagem jurídica acerca dos danos morais que tais pessoas sofrem em decorrência de tais ataques.

A partir do estudo da história e da filosofia kantiana, constatou-se que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano. Em razão disto, não se trata de um direito a ser pleiteado, nem de um bem que possa ser retirado do ser humano; trata-se, enfim, do próprio elemento diferenciador do homem em relação às coisas.

A incorporação da dignidade humana enquanto valor normativo e constitucional deveu-se a um lento processo evolutivo, encontrando seu pilar na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Neste documento, subscrito por mais de cem países, dentre os quais o Brasil, existe o reconhecimento implícito de que os seres humanos são diferentes, mas que, apesar disso, todos devem ser considerados iguais em dignidade.

Enquanto valor inserido no ordenamento jurídico brasileiro na categoria de princípio constitucional fez-se necessária a análise da aplicabilidade dos princípios jurídicos na ciência jurídica contemporânea. A partir do exame das obras, principalmente, de Dworkin e Alexy, verificou-se que os princípios têm grande

importância hermenêutica, servindo como integradores de toda a ordem jurídica. Em razão de sua dimensão de peso, constatou-se que os princípios nunca podem ser invalidados e, dessa maneira, devem ser utilizados no momento da aplicação das regras aos casos concretos, como orientadores da capacidade criativa do juiz.

Como decorrência do corolário da dignidade humana, inserem-se os direitos fundamentais como normas de proteção dos indivíduos frente atos arbitrários do Estado. Todavia, tal conceituação não se mostrou suficiente para essa pesquisa, sendo necessária à análise da teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares. Reconhecendo-se sua possibilidade, tornou-se possível a exigência da aplicação do direito de igualdade nas relações privadas, pois as lesões mais comuns contra pessoas de orientação não-heterossexual incidem num arbitrário não-reconhecimento do seu direito de expressar os traços característicos de sua sexualidade da mesma maneira que o fazem os heterossexuais.

Como segunda decorrência da dignidade humana, é reconhecido às pessoas um elenco de direitos da personalidade, estes inseridos no campo do direito civil. Superada a discussão acerca de sua lista atomística, considerada apenas como exemplificativa, hoje se entende que o direito brasileiro referendou a aplicação da cláusula geral de proteção à personalidade, em virtude da proteção à dignidade da pessoa humana.

O instituto da responsabilidade civil por dano moral insere-se no contexto da proteção à dignidade humana, em especial nos casos de discriminação em decorrência de orientação sexual. Verificou-se que, enquanto na doutrina tradicional o dano moral esteve vinculado a um sofrimento, contemporaneamente a pretensão lesiva a direitos da personalidade ou à cláusula geral de proteção à pessoa humana já são suficientes para a aplicação de indenização para a vítima.

Demonstrou-se que o dano moral apresenta duas maneiras genéricas de reparação: a compensatória e a punitiva. A reparação por via compensatória ainda se encontra enraizada na aceção do dano moral enquanto consequência de um sofrimento, de modo a ser utilizada para reparar tal estado anímico-psicológico. Os danos punitivos, por outro lado, objetivam não apenas a reparação de danos, mas a exemplificação, perante a sociedade, de que ataques à dignidade humana não são tolerados pela ordem jurídica. Embora seja controverso o entendimento que esta modalidade seja aplicável no Brasil, a doutrina compreende que pode ser útil para casos em que existam situações severas de violação à dignidade humana, dada a importância da exemplificação perante a sociedade.

A partir das distinções levantadas entre preconceito, discriminação e estigma, constatou-se que os homossexuais têm sido vítimas de intolerância em razão da ocorrência autoridades que justificaram a anormalidade de sua conduta. Dessa maneira, por meio da influência política da Igreja Católica na Idade Média, as práticas homossexuais eram consideradas pecaminosas, ao passo em que, com o declínio do seu poder, a partir do século XIX, e com o fortalecimento da burguesia, a orientação sexual tornou-se doença, passando os homossexuais à condição de vítimas de experimentos e tratamentos agressivos à sua dignidade, associados a uma discriminação generalizada. Por outro turno, verificou-se que a interpretação social que discrimina ou agasalha os indivíduos homossexuais decorrem de uma característica cultural, pois em comunidades no mundo contemporâneo e, também, em outros momentos históricos do mundo ocidental, práticas homossexuais não apenas eram permitidas, como, muitas vezes obrigatórias.

A partir do entendimento de que o exercício da sexualidade é um imperativo para a concretização da dignidade humana e seus direitos de

personalidade, o direito assumiu o papel de proibir a intromissão indevida das pessoas na vida de cada um, de modo a assegurar a sociedade plural, que é intrínseca ao modelo democrático contemporâneo.

Entretanto, tal conquista ainda não se encontra completamente sedimentada, pois há inúmeros casos de discriminação por orientação sexual no Brasil. Apesar disso, pouquíssimas vítimas de discriminação por orientação sexual recorrem à Justiça, o que pode ser concluído a partir da escassez de decisões judiciais a respeito do tema, ao contrário do que ocorre, por exemplo, em matéria de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, as poucas decisões sobre danos morais em decorrência de discriminação por orientação sexual têm demonstrado uma sensibilidade que progressivamente tende a se acentuar da Justiça Brasileira, pois se objetivou reparar os danos da maneira mais próxima da integralidade. Contudo, Não se pode ignorar a dificuldade dos juízes na uniformização dos parâmetros para fixação das indenizações, pois há grande oscilação quanto ao critério sobre a ocorrência do dano moral (se decorrente de um sofrimento ou, o mais atual, por lesão à dignidade humana), quanto ao cálculo das indenizações, merecendo censura os magistrados que ainda se utilizam de critérios patrimoniais para fixação de danos morais.

Com a proibição da discriminação por orientação sexual e o reconhecimento de sua reparação por meio do instituto dos danos morais, desrespeito, preconceito e intolerância não devem prevalecer numa sociedade democrática, sendo este o alicerce fundamental para o convívio social com base na elevação do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. (2005). **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ASSMAR, Eveline Maria Leal e FERREIRA, Maria Cristina. Estereótipos e preconceitos de gênero, liderança e justiça organizacional: controvérsias e sugestões para uma agenda de pesquisa. In: LIMA, Marcus Eugênio Oliveira e PEREIRA, Marcos Emanuel (orgs). **Esteriótipos, preconceitos e discriminação: perspectivas teóricas e metodológicas**. Salvador, Edufba, 2004, p. 89-118.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo (2004). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e de promoção da cidadania homossexual**. Brasília, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, 2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Recurso Ordinário n.º 01019-2004-024-05-00-8-RO. Apelantes: Antônio Ferreira dos Santos e Banco Bradesco S/A. Apelados: os mesmos. Relator: Juíza Léa Reis Nunes. Salvador, 14 mar. 2006. Disponível em: < <http://www4.trt05.gov.br/Acordao/V01019200402405008RO.htm>> Acesso em 13 abr. 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Ata de audiência do processo n.º 01019-2004-024-05. Reclamante: Antônio Ferreira dos Santos. Reclamado: Banco Bradesco S/A. Juiz: Margareth Rodrigues Costa. Salvador, 27 abr. 2005. Disponível em < <http://www4.trt05.gov.br/Sentenca/SSA/J24%5CS01019200402405008RT.htm>>. Acesso em 10 out. 2005.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5. Região). Processo n.º 01019-2004-024-05. Reclamante: Antônio Ferreira dos Santos. Reclamado: Banco Bradesco S/A. Juiz: Margareth Rodrigues Costa. Salvador, 26 de julho de 2005. Disponível em < <http://www4.trt05.gov.br/Sentenca/SSA/J24%5CS01019200402405008RT.htm>> . Acesso em 10 out. 2005.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo, Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. (2004). **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição [e] direito constitucional positivo.** Belo Horizonte, Del Rey, 2004. 782 p.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo.** São Paulo: Madras, 2005.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** São Paulo: Forense, 1995, 2 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003 (tradução Jefferson Luiz Camargo), 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo, Atlas, 2003.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais**. São Paulo, Ed. Método, 2004.

FERNANDEZ-MARTOS, José Maria; VIDAL, Marciano. Esclarecimentos fundamentais: nome, definição, tipo e normalidade. In: _____. **Homossexualidade: ciência e consciência**. São Paulo: Edições Loyola, 1998. cap.1, p.7-15.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: A vontade de saber (Vol I)**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FUHRMANN, Leonardo e ERDELYI, Maria Fernanda. Baixaria na TV: Ministério Público quer tirar do ar a Rede TV. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 24 out. 2005. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/38951,1>>. Acesso em 02 mar. 2006.

FUHRMANN, Leonardo. Orientação sexual: condomínio é punido por reclamar de festas gays. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 set. 2005. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37792,1>>. Acesso em 03 jan. 2006.

GAFO, Javier. Biologia da homossexualidade humana: transição ou salto? In: _____. **Homossexualidade: ciência e consciência**. São Paulo: Edições Loyola, 1998. cap.2, p.17-30.

GOFFMAN, E. **Estigma**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 1988.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAÑA, Roberto Barberena. É a homossexualidade um problema “clínico”? . In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Curitiba: Juruá, 2001. p.157-168.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo, Martins Fontes, 2004.

HELMINIAK, Daniel A. O que a bíblia realmente diz sobre a homossexualidade. São Paulo: Summus, 1998.

HESSE, Konrad. (1995). **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas.

KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo, Martin Claret, 2005.

KRÜGER, Helmut. Cognição, estereótipos e preconceitos sociais. In: LIMA, Marcus Eugênio Oliveira e PEREIRA, Marcos Emanuel (orgs). **Esteriótipos, preconceitos e discriminação: perspectivas teóricas e metodológicas**. Salvador, Edufba, 2004, p. 23-40.

LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade: variantes do comportamento sexual culturalmente aprovadas. In: _____. **Homossexualidade: ciência e consciência**. São Paulo: Edições Loyola, 1998. cap.3, p.31-43.

LUBISCO, Nídia M. L., VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: monografias dissertações e teses**. Salvador, Edufba, 2003.

MEAD, Margareth. **Sexo e Temperamento**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINAS GERAIS. Lei n.º 14.170, de 02 de junho de 2005. Contra a discriminação no Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.athosgls.com.br/index.php?page=comportamento_ver&id_art=639&mid=6&s=6>. Acesso em 09 abr. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo, ed. Atlas, 2006.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 1, jan./mar. 2000, p. 89.

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTT, Luiz. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**. São Paulo, n.º 49, p. 40-59, março/maio 2001.

_____. **Homossexualidade: Mitos e Verdades**. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2003.

_____. **Matei porque odeio gay**. Salvador, Editora Grupo Gay da Bahia, 2002.

NANCI, Luciana. O beijo é livre: shopping terá de reparar casal gay por discriminação. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 22 de abril de 2005. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34293,1>>. Acesso em: 05 fev. 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao Biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.) **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 129-140.

ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos do Homem dos Direitos Humanos. In: PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo, Ed. LTr, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.119-192.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, Desvio e Danação – As minorias na Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Ed. Mythos, 2004.

SÁ, Ana. **O Orgulho Gay: a história de um movimento**. Disponível em <<http://www.eusei.com/pessoal/OrgulhoGay.html>>. Acesso em 26 out. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre, Livraria Advogado Editora, 2006.

SALVADOR. Lei n.º 5.275, de 09 de setembro de 1997. Institui penalidade à prática de discriminação em razão de opção sexual e dá outras providências. Disponível em <http://www.athosgls.com.br/index.php?page=comportamento_ver&id_art=639&mid=6&s=6> . Acesso em 09 abr. 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193-285.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** São Paulo, 2005, Revista dos Tribunais.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva, 2003.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade.** Rio de Janeiro, Ed. Record, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004.

WIKIPEDIA. **Leis sobre homossexualidade.** Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Imagem:Laws_on_homosexuality.PNG> Acesso em 01.03.2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.

APÊNDICE – OS PAÍSES E A HOMOSSEXUALIDADE.

A seguinte lista (WIKIPEDIA, 2006) foi elaborada com o objetivo de verificar a maneira pela qual os diversos países do mundo entendem a conduta homossexual. Como resultado, concluiu-se que, dos duzentos e dez países do mundo, sessenta e nove penalizam as práticas homossexuais, vinte e nove expressamente protegem as pessoas contra discriminação por orientação sexual, trinta e três asseguram algum tipo de união homoafetiva (incluindo o casamento homossexual), enquanto que os setenta e nove restantes não se posicionam sobre o assunto.

Segundo a distribuição geográfica, a África é o continente⁷⁶ com maior número de países que criminalizam a homossexualidade (trinta e três), seguida pela Oceania (doze), Oriente Médio (onze) e Américas (oito, incluindo o Caribe). Nenhum país da Europa prescreve penas para os homossexuais.

No tocante à presença de leis que expressamente proíbem a discriminação por orientação sexual, numericamente a Europa é a primeira colocada (dezessete países), seguida pelas Américas (nove, no total, incluindo o Caribe), África (três) e Ásia (dois). Não há registros na Oceania, nem no Oriente Médio.

Finalmente, quanto ao reconhecimento de uniões homoafetivas, a Europa é, mais uma vez, a primeira colocada (vinte e um países), seguida pelas Américas

⁷⁶ Manteve-se pela classificação dos continentes conforme a fonte, na qual destacou-se a região caribenha da América Central e esta foi analisada em conjunto com a América do Norte.

(nove, incluindo o Caribe), Oceania (dois) e Oriente Médio (apenas um). Não há registros na África, nem na Ásia.

Cumpramos destacar o grande número de países que punem exclusivamente a homossexualidade masculina, corroborando as teorias ventiladas nesta pesquisa.

Assim, segue-se a lista:

PUNEM A HOMOSSEXUALIDADE.

ÁFRICA: Argélia, Angola, Benim, Botswana⁷⁷, Camarões, Cabo Verde, Djibouti, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Guiné, Lesoto, Libéria, Líbia, Malawi, Maurícia, Marrocos, Moçambique, Namíbia⁷⁸, Nigéria, Quênia, Senegal, Seychelles, Serra Leoa, Somália, Sudão, Suazilândia, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda⁷⁹, Zâmbia, Zimbábue. **AMÉRICAS DO NORTE E CENTRAL:** Nicarágua; **AMÉRICA DO SUL:** Guiana; **ÁSIA:** Afeganistão, Bangladesh, Brunei, Chechênia, Índia, Malásia, Myanmar, Paquistão⁸⁰, Singapura, Sri Lanka, Turquemenistão⁸¹; **CARIBE:** Barbados, Granada⁸², Jamaica⁸³, Santa Lúcia⁸⁴, Trindade e Tobago⁸⁵; **OCEANIA:** Ilhas Cook⁸⁶, Fiji⁸⁷, Kiribati⁸⁸, Maldivas⁸⁹, Ilhas Marshall⁹⁰, Niue⁹¹, Papua Nova Guiné⁹², Ilhas Salomão, Samoa, Tonga⁹³, Toquelau⁹⁴, Tuvalu⁹⁵; **ORIENTE MÉDIO:** Arábia Saudita, Bahrein⁹⁶, Emirados Árabes Unidos, Iémen, Irã, Iraque, Kuwait, Líbano, Omã, Qatar, Síria.

PROÍBEM EXPRESSAMENTE A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL.

ÁFRICA: África do Sul, Namíbia⁹⁷, Serra Leoa⁹⁸; **AMÉRICAS DO NORTE E CENTRAL:** Costa Rica⁹⁹, Guatemala, México; **AMÉRICA DO SUL:** Brasil¹⁰⁰, Equador, Uruguai, Venezuela; **ÁSIA:** Coreia do Sul, Japão; **CARIBE:** Aruba, Ilhas Caymans; **EUROPA:** Áustria, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Chipre, República Checa, Eslováquia, Estônia, Geórgia, Grécia, Irlanda, Letônia, Lituânia, Macedônia, Malta, Polônia, Romênia, Sérvia

REGULARAM ALGUM TIPO DE UNIÃO HOMOAFETIVA.¹⁰¹

⁷⁷ Pune apenas a homossexualidade masculina.

⁷⁸ idem.

⁷⁹ idem.

⁸⁰ idem.

⁸¹ idem.

⁸² idem.

⁸³ idem.

⁸⁴ idem.

⁸⁵ idem.

⁸⁶ idem.

⁸⁷ idem.

⁸⁸ idem.

⁸⁹ idem.

⁹⁰ idem.

⁹¹ idem.

⁹² idem.

⁹³ idem.

⁹⁴ idem.

⁹⁵ idem.

⁹⁶ idem.

⁹⁷ Apenas no trabalho, devido a alteração no Código do Trabalho em 1992.

⁹⁸ A Comissão anticorrupção local afirmou numa conferência ter objetivo de recrutar pessoas competentes para o país e, para isso, a discriminação por orientação sexual deverá ser proibida.

⁹⁹ O casamento homossexual, antes permitido, fora proibido.

¹⁰⁰ Não há proteção expressa no texto da carta constitucional, mas há leis municipais e estaduais que estabelecem medidas administrativas de proteção.

¹⁰¹ Por esse motivo, a proibição da discriminação está implícita ou explícita.

AMÉRICAS DO NORTE E CENTRAL: Canadá, Estados Unidos¹⁰², Groelândia¹⁰³,
AMÉRICA DO SUL: Argentina¹⁰⁴, Guiana Francesa, Ilhas Malvinas, **CARIBE:**
Antilhas Holandesas, Guadalupe, Martinica; **EUROPA:** Alemanha, Andorra, Bélgica,
Croácia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Islândia,
Itália¹⁰⁵, Liechtenstein, Luxemburgo, Mônaco, Noruega, Países Baixos, Portugal,
Suécia, Suíça, Reino Unido; **OCEANIA:** Austrália¹⁰⁶, Nova Zelândia; **ORIENTE
MÉDIO:** Israel.

¹⁰² Em alguns Estados, como Vermont, Connecticut, Califórnia, New Jersey, Maryland, Maine, Columbia, e Hawaii. O casamento homossexual apenas é regulado em Massachussets.

¹⁰³ Adotou a legislação da Dinamarca em 1994.

¹⁰⁴ Em Buenos Aires e na província do Rio Negro.

¹⁰⁵ Nas províncias de Toscana, Umbria e Emília Romagna.

¹⁰⁶ Em todos os Estados, menos na Austrália do Sul e em Victoria.