

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

JOSIANE PETRY FARIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidade e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Silvana Beline Tavares; Fabrício Veiga Costa; Josiane Petry Faria. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-745-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

Sob a coordenação da professora doutora Silvana Beline Tavares (Universidade Federal de Goiás); professor doutor Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna –MG-); professora doutora Josiane Petry Faria (Universidade de Passo Fundo –RS), foi realizado no dia 15 de novembro de 2018 a apresentação dos resultados das pesquisas envolvendo a temática Gênero, Sexualidade e Direito. A criação do GRUPO DE PESQUISA GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO, no Conpedi de Curitiba no ano de 2016, foi um projeto inicialmente criado com o propósito de estimular o debate e a problematização científica de temas relacionados às minorias LGBTQI; violência de gênero contra mulheres; invisibilidade das mulheres e homens trans; criminalização das condutas sexuais consideradas desviantes, bem como estudos crítico-epistemológicos relacionados aos direitos humanos de gays, mulheres, trans e outras tantas manifestações livres e dignas da sexualidade, como um estar, não um ser.

Fabrício Veiga Costa, professor do programa de pós-graduação stricto sensu em proteção dos direitos fundamentais da Universidade de Itaúna e Flávio Marcos de Oliveira Vaz, mestrando em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, apresentaram artigo científico intitulado “Dano moral e homofobia: uma análise da natureza jurídica do dano e dos critérios de quantificação”. Na referida pesquisa discute-se a prática da homofobia como fundamento e referência para a responsabilidade civil objetiva, delimitando-se o objeto de análise no estudo do dano moral individual e coletivo, além de discutir os critérios jurídicos e objetivos para a quantificação do dano moral.

Natália de Jesus Silva Reis, da Universidade Federal do Maranhão, trouxe a pesquisa intitulada “Abertura cognitiva do sistema jurídico e a trajetória pela criminalização da homofobia e da transfobia”, momento em que problematizou, na perspectiva crítica, o debate da criminalização da homofobia e transfobia, como forma de reprodução da naturalização da violência simbólica contra a população de gays, lésbicas, transexuais e travestis, ressaltando-se que o direito continua sendo um espaço de exclusão e invisibilidade da população LGBTQI.

.Heloisa Helena Silva Pancotti, mestranda da Universidade de Marília, trouxe artigo científico intitulado “A construção da cidadania das pessoas trans: uma tentativa de

reinserção”, oportunidade em que debateu políticas públicas como medida hábil a viabilizar o exercício efetivo da cidadania e dos direitos fundamentais à população trans. Destacou-se, na respectiva pesquisa, a ineficiência das políticas públicas pouco existentes no Brasil, motivo esse que mantém a naturalização da condição de exclusão e marginalidade.

Letícia Nascimbem Colovati, mestrande da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, apresentou trabalho intitulado “A possibilidade de alteração de prenome e gênero sem mudança de sexo pelos transeñeros: uma análise constitucional da ADI 4.275/DF”. Na referida pesquisa problematizou-se o debate da inclusão jurídica e direito de igualdade dos transexuais quanto ao direito de alteração do registro civil de nascimento no que atine ao nome civil e gênero, como mecanismo hábil a legitimar a efetividade da dignidade humana da pessoa trans, reconhecendo e legitimando juridicamente sua condição humana sob a ótica da constitucionalidade democrática.

Marina Luz Martinez da Cunha, advogada trabalhista e especialista em Direito do Trabalho da PUC do Rio Grande do Sul, apresentou artigo científico intitulado “Questões de gênero: transexualidade e o processo transexualizador ofertado pelo sistema único de saúde no Brasil”. Na referida pesquisa científica problematizou-se a ineficiência da política pública de saúde coletiva a mulheres e homens trans, oferecida pelo sistema único de saúde no Brasil, demonstrando-se que se trata de sistema estatal que reproduz a violência, exclusão e invisibilidade das pessoas em razão da construção autônoma e digna da sua identidade de gênero.

Caroline Lovison Dori, mestrande em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, propõe artigo científico intitulado “O registro civil da criança intersex como garantia do direito à identidade”, momento em que problematizou o debate acerca do registro civil da criança intersex, debatendo de forma sistemático-interdisciplinar o nome e o gênero atribuído à criança intersex, delimitando o debate sob a perspectiva do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança.

Janaína Machado Sturza, mestrande em Direito pela UNIJUI, apresentou artigo científico intitulado “É como esperar algo além da morte: uma abordagem sobre as implicações do direito à saúde na vida dos transexuais”. Na referida pesquisa foi abordado o desafio individual e coletivo enfrentado por homens e mulheres trans no que atine ao direito fundamental à saúde, delimitando-se o objeto de análise na inexistência e ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e cuidados com a saúde de pessoas trans.

Cecília Cabalero Lois, professora do programa de pós-graduação stricto sensu em direito pela UFRJ e Isadora de Oliveira Silva, mestranda em direito pela UFRJ, apresentaram pesquisa intitulada “Um teto todo seu: questionando a neutralidade do direito a partir da perspectiva da mulher enquanto sujeito sublaternizado”. Problematizou-se a utilização da ciência do direito como locus de exclusão, marginalidade e manutenção da desigualdade estrutural que marca sociologicamente homens e mulheres.

Aline Fernandes Marques, mestranda em direito pela Unesc, apresentou trabalho intitulado “A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir da categoria de gênero”. Problematizou-se o debate do encarceramento, suas razões e consequências, bem como o diálogo com as questões relacionadas à violência de gênero.

Camyla Galeão de Azevedo, mestranda em direito e políticas públicas da Unicesupa, trouxe artigo científico intitulado “A influência da mídia na instrumentalização e coisificação da mulher: uma violação de direitos humanos”. Delimitou-se o objeto da pesquisa no estudo da convenção de direitos humanos de Belém do Pará, como meio de demonstrar que a mídia é um instrumento utilizado como parâmetro para a coisificação, exclusão e marginalidade das mulheres, ditando um perfil de mulher para estampar as campanhas publicitárias: “mulher branca, magra e bem sucedida”, referencial esse que exclui as demais mulheres que não se enquadram no padrão e modelo reproduzido ideologicamente pelos meios de comunicação.

Paula Pinhal de Carlos, professora universitária da Unilassale, expôs o artigo científico intitulado “A mulher e sua representação constitucional”. Na respectiva pesquisa discutiu-se a participação feminina na Assembleia Nacional Constituinte, por meio do “lobby do batom”, composto por 26 deputadas federais e movimentos feministas, que apresentaram propostas contempladas pelo texto constitucional, tendo sido 80% das reivindicações acolhidas pelo legislador constituinte, assegurando-se, assim, a legitimidade democrática na construção do texto constitucional.

Michele Ivair Cavalcanti de Oliveira, mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, apresentou artigo científico intitulado “Breves notas sobre a evolução do papel social da mulher na legislação civil brasileira”. Demonstrou-se que a legislação brasileira reproduziu matrizes patriarcais, ressaltando-se a condição da mulher casada como relativamente incapazes no Código Civil brasileiro de 1916; a condição do homem, que era visto como o chefe de família; o crime de adultério somente poderia ser imputado a mulher. Essa diferenciação jurídica colocou a mulher numa condição de

desigualdade, ressaltando o Estatuto da Mulher Casada e o advento do princípio da isonomia (igualdade), trazido pelo texto da constituição brasileira de 1988 e a lei do divórcio como importantes exemplos que ilustram a igualdade de gênero no direito brasileiro vigente.

Sandra Santos Rosa Scerch, pós-graduada em direito pela IDCC – Londrina -PR-, apresentou artigo científico intitulado “Considerações sobre a família como direito fundamental contemporâneo”. Na referida pesquisa, apresentou-se um conceito aberto, plural, democrático, sistemático e inclusivo sobre o que é entidade familiar, criticando-se terminologias como “família tradicional”, recortando-se o objeto apresentado sob a perspectiva do debate de gênero.

Jéssica Cristianetti e Amanda Netto Brum, doutorandas em direito pela Unisinos, trouxeram à reflexão do tema “Democracia deliberativa e o movimento feminista: contrapúblicos subalternos”. Utilizaram a obra de Nancy Fraser como referencial teórico para criticar o conceito de democracia proposto por Habermas, destacando-se a importância do movimento feminista na democratização dos provimentos estatais, que dialogam direta ou indiretamente com os direitos das mulheres. Os desafios da participação da mulher na política evidenciam o déficit de participação direta das mulheres na democracia deliberativa no Brasil. A composição do parlamento brasileiro, na atualidade, demonstra a exclusão e marginalidade feminina, mesmo sabendo-se que as mulheres sejam maioria em termos quantitativos no país.

Tamires de Oliveira Garcia, mestranda em direito e sociedade da Universidade Lassale, apresentou o tema “Ecofeminismo e os direitos da pachamama na Constituição Equatoriana (2008)”. A constituição do Equador reconhece o direito do bem viver, referencial esse utilizado na abordagem do ecofeminismo como um dos desdobramentos interpretativos do texto constitucional supramencionado. Destacou-se a participação direta do movimento feminista no Equador na proteção do meio ambiente, já que o movimento ecofeminista equatoriano foi utilizado como referencial para o rompimento com a concepção antropocêntrica na forma de ver, compreender e ler o meio ambiente.

Priscila Kavamura Guimarães de Moura Truran, mestranda em direito agrário da Universidade Federal de Goiás, trouxe a discussão da “FAO, Mulheres Rurais e a Fome”. Demonstrou-se que a população rural na América Latina é de 129 milhões de pessoas, sendo 50% mulheres, motivo esse que justifica a escolha do tema. A mulher rural é importante no cuidado da família, na redução da fome no campo, problematizando a referida pesquisa a violência de gênero como um meio de universalizar a exclusão, a desigualdade feminina e a

naturalização da dominação masculina sobre a mulher no campo. Evidenciou-se que o discurso da FAO é claramente colonizador, pois homogeneiza as mulheres rurais, tornando-as invisíveis e excluídas, fortalecendo a opressão e o distanciamento entre homens e mulheres.

Bianca Strücker, mestre em direitos humanos pela Unijui e doutoranda pela URI Santo Angelo, destacou o tema “Nem tão doce lar: família patriarcal contemporânea e influências no feminicídio”. Critica conceitos como “família tradicional brasileira” e “família patriarcal colonizadora”, pois essas formas de famílias reproduzem a dominação masculina, causando reflexos diretos na violência praticada por homens contra mulheres, além de retroalimentar o sistema de naturalização da opressão vivenciada pelas mulheres. O recorte do tema se deu a partir do estudo do feminicídio, visto como reflexo desse sistema que não acolhe, mas, sim, exclui pessoas do sexo feminino. A pesquisa traz dados quantitativos que demonstram claramente que a cada duas horas no Brasil uma mulher é morta vítima do feminicídio.

Elinay Almeida Ferreira de Melo, mestranda em direitos e políticas públicas do Cesupa –PA- e juíza do trabalho no Estado do Pará, propôs o estudo do “Caso de Lilly Maxwell e o pensamento jurídico contemporâneo de Ronald Dworkin”. O debate e a conquista do direito ao voto feminino ilustra a luta do movimento feminismo no mundo, destacando-se o caso de Lilly Maxwell, mulher que nasceu em 1800, de origem pobre, tendo adquirido em 1867, na Grã Bretanha, o direito ao voto. Na leitura construída pela ótica liberal, o voto de Lilly Maxwell foi considerado pelo judiciário da época como nulo, fato esse que levou a pesquisadora a construir uma releitura jurídica do respectivo fato histórico na perspectiva de Ronald Dworkin, enaltecendo o direito à igualdade e dignidade das mulheres.

Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes, juíza criminal em Brasília e pesquisadora e Adriano Mendes Shulc, trouxeram à baila o debate do “Crime de estupro e as decisões judiciais: valores morais e comportamento da vítima como critérios orientadores na valoração da prova e formação da convicção do intérprete”. Problematiza o debate de casos de estupro julgados pelo judiciário do Distrito Federal sob a perspectiva da violência de gênero, propondo um estudo transdisciplinar que enriquece o estudo do tema proposto, além de ultrapassar o debate ideológico e dogmático. Criticam o discurso de criminalização da mulher vítima de estupro, desconstruindo clássicas concepções voltadas a construir a culpa da mulher pela prática do estupro.

Os debates realizados foram suficientes para o despertar da curiosidade epistemológica, além de demonstrar a existência de aporias e da insuficiência da ciência do Direito para responder a todas as indagações que permeiam o debate da violência de gênero.

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – UIT

Profa. Dra. Josiane Petry Faria

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DANO MORAL E HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DANO E DOS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO

MORAL DAMAGE AND HOMOPHOBIA: AN ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF DAMAGE AND QUANTIFICATION CRITERIA

Fabício Veiga Costa ¹
Flávio Marcos De Oliveira Vaz ²

Resumo

Objetiva-se investigar o fenômeno social da homofobia e seus desdobramentos no campo da responsabilidade civil por danos morais. A escolha do tema decorre de sua relevância teórica, prática e atualidade, pois o ódio aos homossexuais decorre de condutas individuais e coletivas, com desdobramentos jurídicos relevantes. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, verificou-se que o caráter pedagógico-compensatório do dano moral em caso de homofobia é insuficiente para o enfrentamento do tema, propondo-se adotar o critério punitivo na quantificação do dano moral, visando o caráter retributivo da conduta homofóbica do agente.

Palavras-chave: Homofobia, Dano moral, Quantificação, Ódio, Homossexuais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective is to investigate the social phenomenon of homophobia and its consequences in the field of civil liability for moral damages. The choice of theme stems from its theoretical, practical and current relevance, since hatred of homosexuals arises from individual and collective conduct, with relevant legal developments. Through the bibliographical and documentary research, it was verified that the pedagogical-compensatory character of the moral damage in case of homophobia is insufficient to face the subject, proposing to adopt the punitive criterion in the quantification of moral damage, aiming at the retributive character of the homophobic behavior of the agent.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homophobia, Moral damage, Quantification, Hate, Homosexuals

¹ Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-doutor em Educação (UFMG). Doutor e Mestre em Direito Processual (PUCMINAS).

² Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras Divinópolis – MG. Advogado. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Direito Civil. Professor Universitário. Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna.

1. Introdução

Objetiva-se com a presente pesquisa a investigação do fenômeno social da prática da homofobia no Brasil, delimitando-se seu foco de análise nos reflexos de tais condutas ilícitas no campo da responsabilidade civil por danos morais, especialmente no que tange aos critérios jurídicos de quantificação. A escolha do tema justifica-se em razão da sua relevância prática, teórica e atualidade, considerando-se o alto número de casos envolvendo homossexuais vítimas de violência decorrente do ódio relacionado a sua orientação sexual.

Desenvolveu-se um estudo teórico com o propósito de esclarecer cientificamente os fundamentos da homofobia, as formas comumente utilizadas de praticá-la, seus efeitos e conseqüências sociais, além dos reflexos causados na vida da vítima. A prática da homofobia constitui ato ilícito, com desdobramentos tanto na esfera cível quanto penal. A violência advinda do ódio e repulsa à orientação sexual poderá ocasionar no âmbito penal a prática de crimes, como a injúria, difamação, lesão corporal e homicídio. Já na esfera cível, objetiva-se a reparação e compensação pecuniária como medida hábil a amenizar o sofrimento moral e psicológico causado pela reprodução de condutas marginalizantes e excludentes em virtude da homossexualidade.

O recorte do tema-problema proposto se deu no contexto da responsabilidade civil, especialmente no que atine aos critérios de quantificação e a natureza jurídica do dano moral, mediante uma pesquisa teórico-documental. O caráter pedagógico-compensatório é o referencial clássico utilizado para o estudo e compreensão do dano moral no Brasil, pois objetiva-se a fixação de um valor para compensar a dor moral e o sofrimento da vítima, na proporção dos efeitos da conduta do agente. Em contrapartida, tem-se o debate da natureza punitiva do dano moral, mediante a fixação de valor utilizado para punir o agente, não desencadeando o enriquecimento sem causa da vítima.

A pergunta problema que rege o debate proposto é a seguinte: a análise da natureza jurídica do dano moral decorrente da homofobia reflete significativamente na quantificação do respectivo dano? Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, foram construídas análises comparativas, interpretativas e temáticas de julgados sobre homofobia e, assim, apresentadas algumas proposições críticas para entender como o judiciário brasileiro vem se posicionando, especialmente no que se refere à natureza punitiva, compensatória ou pedagógica do dano moral decorrente da homofobia.

2. Desmitificando e compreendendo a homofobia como prática de ódio contra os homossexuais

A homofobia tem sua raiz na imposição social de classificação de corpos trazida pela modernidade, que se encarregou de segregar as pessoas pela genitália, dividindo-as em homens e mulheres, além da categorização dos desejos dos indivíduos, mediante a implementação da doutrina da heterossexualização compulsória responsável por alimentar o preconceito. “Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções” (RIOS, 2007, p. 113).

A partir das proposições científicas apresentadas, verifica-se que a sexualidade sempre foi um tema utilizado como referencial para alimentar a exclusão e discriminação entre as pessoas, principalmente quando as manifestações no âmbito do gênero e da sexualidade são distintas dos padrões morais e religiosos que disseminam o ideário heterossexualizante. Nesse sentido, verifica-se que a “LGBTfobia é o sentimento, a convicção ou a atitude dirigida contra lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e travestis que inferioriza, hostiliza, discrimina ou violenta esses grupos em razão da sexualidade e/ou identidade de gênero” (RAMOS; NICOLI, 2016, p. 183). A identidade e orientação sexual são construções que se dão a partir da subjetividade, escolhas e desejos de cada indivíduo, haja vista que “as singularidades de cada indivíduo, de acordo com suas interações com o mundo, suas expectativas e exigências culturais, desempenham também um papel relevante na construção da identidade sexual” (TAQUETTE, 2015, p. 51).

"Homofobia é um conceito ambíguo, geralmente associado à homossexualidade, uma postura de rejeição, de medo de contato, que teria aparecido inicialmente nos estudos de Weinberg [...], que o definia como medo da homossexualidade" (SMIGAY, 2002, p. 34). "A homofobia pode ser caracterizada como um medo das homossexualidades e o desprezo pelos gays e lésbicas, ou para aqueles que presumem em sê-los" (NASCIMENTO, 2010, p. 229). Investigar cientificamente o tema homofobia constitui oportunidade de construção de debate crítico-epistemológico hábil a problematizar o dogma do binarismo. A padronização de condutas sexuais pautada na ideologia da homogeneização é uma forma de excluir pessoas, reproduzir a violência e tratar desigualmente todos aqueles que destoam dos padrões dogmatically construídos para categorizar pessoas, coisas, corpos e desejos. O ódio aos homossexuais advém da ditadura da heterossexualização e heteronormatividade vigente, já que a prática homossexual destoa desse padrão classificatório criado a partir de padrões morais e religiosos de que o relacionamento entre pessoas de sexos opostos não oportuniza a procriação, como se a prática sexual se limitasse ao ato de procriar.

“Não existe um *locus* único, mapeável, em que os discursos e as práticas homofóbicas se efetivam: elas se espalham de forma descontrolada pela sociedade”. Assim, “a escola, o mercado de trabalho, as famílias, a política de Estado são campos sociais saturados de homofobia”, razão essa que justifica a “necessidade de se pensar políticas públicas que também tenham a transversalidade como princípio de atuação, como se pode observar no programa Brasil sem Homofobia” (BENTO, 2017, p. 226).

A reconstrução do processo histórico através da investigação científica e implementação de políticas públicas constitui um meio legítimo de incluir os homossexuais e resistir às práticas homofóbicas. “Trabalhar no encontro entre educação e sexualidades é trabalhar com a perspectiva da problematização”, considerando-se que a “educação, neste sentido, diz de algo mais abrangente que os processos ensino-aprendizagem, o cotidiano escolar, os conteúdos, a formação docente, os currículos”. Tais proposições justificam-se porque a “educação diz da constituição dos sujeitos e suas formas de pensar e agir, diz da relação entre a construção dos sujeitos e a história do pensamento” (FERRARI, 2016, p. 110).

Nesse sentido, verifica-se que "o paradigma naturalista de dominação masculina divide homens e mulheres em grupos hierárquicos", concedendo "privilégios aos homens à custa das mulheres". Ressalta-se que "em relação aos homens tentados, por diferentes razões, de não reproduzir esta divisão (ou, o que é pior, de recusá-la para si próprios), a dominação masculina produz homofobia para que, com ameaças, os homens se calquem sobre os esquemas ditos normais de virilidade" (WELZER-LANG, 2001, p. 465). O ódio, a intolerância e o preconceito são reflexos da incapacidade de o homem conseguir se colocar no lugar do outro, uma vez que olha os fatos sociais a partir da sua vertente axiológica e, assim, fica impossibilitado de compreender as escolhas individuais e coletivas que destoam da sua cognominada "régua moral". Nesse contexto propositivo, a homofobia é vista como "o ato de se evitarem homossexuais e situações associáveis ao universo homossexual, bem como a repulsa às relações afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo", já que "essa repulsa, por sua vez, poderia se traduzir em um ódio generalizado (e, de novo patológico) às pessoas homossexuais ou vistas como homossexuais" (JUNQUEIRA 2012, p. 4).

A exclusão, marginalidade e desigualdade são reflexos diretos das práticas homofóbicas, que começam muito cedo, pois "na escola a homofobia se expressa por meio de agressões verbais [...] físicas a que estão sujeitos estudantes que resistem a se adequar à heteronormatividade" (DINIS, 2011 p. 42). Assim, pode-se afirmar que a "homofobia revela-se como contra-face do sexismo e da superioridade masculina, na medida em que a homossexualidade põe em perigo a estabilidade do binarismo das identidades sexuais e de

gênero, estruturadas pela polaridade masculino-feminino" (RIOS, 2007, p. 34). Segundo a UNESCO, "o termo homofobia refere-se ao tratamento preconceituoso e às discriminações sofridas por jovens tidos como homossexuais, sendo inúmeras as formas de desvalia das sexualidades ditas não-hegemônicas, ferindo a dignidade alheia e gerando sofrimentos e revolta" (BORGES; MEYER, 2008, p. 60).

O medo de rejeição, a insegurança da aceitação da família, o desafio de ser tratado igualmente pelas pessoas, o drama de ter que reproduzir padrões masculinos e não poder ser afeminado são alguns dos exemplos que exteriorizam o sofrimento decorrente da violência moral e psicológica vivenciada pelos homossexuais, estigmatizados por uma sociedade e por grupos que destilam o ódio e a inaceitação de sua orientação sexual, justamente por destoar do padrão hegemônico decorrente da doutrina da heterossexualidade reinante. O primeiro grande desafio para o homossexual é compreender sua condição e orientação sexual, enxergando-se como igual aos demais para, assim, conseguir se aceitar. Em seguida, enfrenta o drama das diversas instituições que o excluem, começando com a família e a escola, que reproduzem quase que vegetativamente a ideológica concepção binário-sexista-heterossexual. O ódio, a repulsa, a exclusão e o tratamento desigual dado aos homossexuais é construído, reconstruído e reproduzido por todas essas instituições supramencionadas, que contribuem significativamente para a marginalidade, sofrimento e sentimento de inferioridade vivenciado pelos homossexuais ao sentir diretamente os efeitos da homofobia em suas relações sociais.

"As especificidades e dimensões da homofobia familiar são amplas", considerando-se que elas "podem variar desde pequenos desrespeitos a graus variados de exclusão, chegando a ataques brutais que deformam a vida da pessoa gay, ou até a crueldades diretas e indiretas que literalmente acabam com a existência daquela pessoa" (SCHULMAN; FERNANDES, 2010, p. 70). Muitas vezes o ambiente escolar contribui significativamente para a prática da homofobia, no momento em que proíbe o debate das questões de gênero ou quando reproduz, quase que de forma automática, os dogmas perpetrados pela doutrina da heteronormatividade. É "importante pensar a discriminação homofóbica na escola, espaço público de frequência obrigatória onde crianças, jovens e adolescentes começam a construir suas identidades sociais e a estabelecer relações com o mundo dos afetos". Por isso, "regras limites, permissões e proibições, depois da família, em grande medida, são transmitidos para os jovens através da escola" (BORGES; PASSAMANI; OHLWEILER; BULSING, 2011, p. 22).

A "homofobia apresenta-se como um complexo assunto para os pesquisadores que estudam as violências na escola, pois envolve inclusão/exclusão, educação para a sexualidade,

orientação sexual, identidade sexual, estudos sobre gênero e homossexualidade” (KOEHLER, 2009, p. 590). Compreender as razões do ódio aos homossexuais constitui meio de perceber que todas as vezes que o ser humano trata pessoas de forma desigual, em razão de suas escolhas que se dão no âmbito da subjetividade, surge o preconceito, discriminação, exclusão e marginalidade. Em razão disso, as pessoas são coisificadas, mas procuram resistir a todos os efeitos dessa violência, que objetiva tão somente manter as imposições de padrões tradicionalmente construídos por uma sociedade que ainda resiste tratar seu semelhante como igual em direitos, deveres e escolhas de vida. É nesse contexto que se torna relevante o estudo dos reflexos jurídicos que a prática da homofobia causa aos seus agentes, de modo a apurar suas responsabilidades no âmbito civil e criminal, conforme a seguir exposto.

3. Os reflexos jurídicos decorrentes da prática da homofobia.

A prática da homofobia acarreta ofensa à honra subjetiva e/ou objetiva da vítima e, por isso, enseja responsabilidades do agente tanto no âmbito civil quanto criminal. Tal afirmação decorre do fato de que a “homofobia impõe uma experiência de solidão ao sujeito vítima da opressão, pois alguns dos mais importantes espaços de cuidado são também os de maior expressão das injúrias homofóbicas” (LIONÇO; DINIZ, 2008, p. 316). “Os verbetes dos dicionários tomados como exemplos indicam o quanto a injúria homofóbica está presente nas relações sociais e naturalizada nos atos de linguagem”, considerando-se que “em um dos dicionários, a definição veado, homossexual, pederasta é adotada para o verbete gay, assim como sapatão, para lésbica” (LIONÇO; DINIZ, 2008, p. 317).

O artigo 3., inciso IV, da constituição brasileira de 1988 estabelece que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 2016, p. 11). O artigo 140 do código penal brasileiro estabelece o crime de injúria, ressaltando-se que “injuriar alguém, de acordo com a conduta típica, é ofender a honra subjetiva do sujeito passivo, atingindo seus atributos morais (dignidade) ou físicos, intelectuais e sociais (decoro)”. “Atinge-se a dignidade de alguém ao se dizer que é ladrão, estelionatário, homossexual [...] e o decoro ao se afirmar que é estúpido, ignorante, grosseiro” (MIRABETE, 1998, p. 166).

O dolo do crime de injúria deve exteriorizar o *animus injuriandi*, ou seja, deve estar evidente a intenção do agente em atentar contra a honra subjetiva do sujeito passivo. Nos termos dispostos no artigo 140 do código penal brasileiro, a prática do crime de injúria acarretará a aplicabilidade da pena de detenção de um a seis meses, ou multa.

No mesmo sentido, a homofobia poderá acarretar a prática do crime de difamação, previsto no artigo 139 do código penal brasileiro, com pena de detenção de três meses a um ano, esclarecendo-se que “a difamação é a imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação” (MIRABETE, 1998, p. 160), e o “dolo é a vontade de imputar, atribuir fato desonroso a alguém, seja verdadeiro ou não” (MIRABETE, 1998, p. 163), afastando-se a possibilidade de consumação do crime quando o agente atua com *animus jocandi* (intenção de brincar, não de ofender a honra objetiva da vítima).

“O reconhecimento da injúria depende sempre de um julgamento, de uma avaliação ou, mais especificamente, de uma interpretação posterior”, pois “os limites para a interpretação do que foi dito envolvem fatores históricos, políticos, ideológicos, bem como posicionamentos éticos e relações de poder, porque a discussão sobre o ato expande a sua temporalidade” (SANTOS, 2012, p. 5).

A previsão legal do crime de injúria decorrente de práticas homofóbicas evidencia a existência da discriminação social e o enraizamento histórico do preconceito em razão da orientação sexual. “A injúria reforça a norma heterossexual na medida em que segrega linguagens, reclusa desejos e gera sofrimento”, ou seja, “inviabiliza sexualidades por meio do bloqueio a uma política de expressão sexual, o que afeta diretamente as demandas de uma sociedade no que diz respeito à equivalência de direitos” (GIVIGI; DORNELLES, 2012, p. 82). A prática do crime de injúria demonstra a intenção do agente de reproduzir a violência simbólica da exclusão de pessoas, pois nos dizeres de Didier Eribon: “A injúria não é apenas uma fala que descreve. Ela não se contenta em me anunciar o que sou. Se alguém me xinga de “viado nojento” (ou “negro nojento” ou “judeu nojento”), ou até, simplesmente de “viado” (“negro” ou “judeu”), ele não procura me comunicar uma informação sobre mim mesmo”. Ou seja “aquele que lança a injúria me faz saber que tem domínio sobre mim, que estou em poder dele. E esse poder é primeiramente o de me ferir. De marcar a minha consciência com essa ferida ao inscrever a vergonha no mais fundo da minha mente” (ERIBON, 2008, p. 28-29).

Além dos crimes contra a honra (injúria e difamação), práticas homofóbicas desencadeiam também o cometimento de outros crimes, como a lesão corporal e homicídio. O Brasil é um dos países que mais violenta, mata e agride homossexuais no mundo. “Em 2017, 445 lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais foram mortos em crimes motivados por homofobia”; “o número representa uma vítima a cada 19 horas”. Importante destacar, ainda, que “os dados de 2017 representam um aumento de 30% em relação a 2016, quando foram registrados 343 casos”; “em 2015 foram 319 LGBTs assassinados, contra 320 em 2014 e 304

em 2013”. “O saldo de crimes violento contra essa população em 2017 é três vezes maior do que observado há dez anos, quando foram identificados 142 casos” (BRASIL, *Agência Brasil*, 2018).

Face a esses dados, cresce substancialmente o movimento de luta pela criminalização da homofobia no Brasil, certamente baseado na ideológica concepção de que a lei é um instrumento efetivo de prevenção e repressão de práticas homofóbicas. Entende-se que a lei é um importante instrumento no combate à homofobia, porém, deve-se reconhecer que a superação do preconceito e discriminação em razão da orientação sexual ultrapassa a esfera da ciência do direito, haja vista que a dignidade humana da população LGBTQI passa diretamente pelo reconhecimento histórico-social de suas conquistas, além da solidariedade e respeito com as escolhas de cada um no âmbito de sua orientação sexual.

“A homofobia a todo o momento monta guarda na cancela para vigiar, controlar e disciplinar as fronteiras de uma hierarquia sexual na qual a heterossexualidade lidera soberana, bem como para punir as homossexualidades, devido ao medo e a angústia de dissolução do modelo heteronormativo (SANTIAGO, 2012, p. 130). Ou seja, “diante do medo gerado pela homofobia e de suas implicações, vale a luta pelos direitos e a tipificação desse preconceito como crime no Brasil”. Nesse sentido, “com a criminalização da homofobia poder-se-á delegar ao Estado o poder do “uso legal da força”, e, “quem sabe assim o Brasil não poderá deixar no campo da memória (para não esquecer) e da história (porque passado) a frase de Michael Moore, que diz que “Os direitos dos homossexuais se constituem na última fronteira dos direitos civis” (SANTIAGO, 2012, p. 134).

Embora a criminalização da homofobia não seja vista como a solução imediata para o enfrentamento da homofobia no Brasil, verifica-se que sua tipificação penal constitui um primeiro passo hábil à resistência e tentativa de transformação de uma triste realidade que coisifica os homossexuais em razão de sua orientação sexual. Além disso, a responsabilização jurídica no campo da esfera cível constitui outro meio legítimo compensatório-pedagógico, ou até mesmo punitivo, de exigir dos sujeitos homofóbicos uma responsabilização pelas suas condutas. A condenação do agressor a indenizar individualmente a vítima de homofobia por danos morais constitui meio hábil a demonstrar que por meio da aplicabilidade do direito é possível delimitar espaços de inclusão, além de resistir na luta pela igualdade e dignidade humana.

Ademais, além da intervenção judicial no que atine à condenação de agentes por condutas ensejadoras de dano moral no âmbito individual decorrente da homofobia, não se pode ignorar a importância da atuação do Ministério Público na propositura de ações coletivas

de cunho indenizatório por práticas coletivas de homofobia, quando, por exemplo, são divulgadas campanhas publicitárias que coisificam, excluem e marginalizam os homossexuais em razão de sua orientação sexual. O presente artigo científico pretende problematizar o debate do dano moral decorrente de práticas de condutas homofóbicas, seja no âmbito individual ou coletivo, conforme a seguir exposto.

3.1. Homofobia e dano moral: requisitos jurídico-legais para a configuração da obrigação de indenizar

A prática da homofobia constitui ato ilícito que contraria a dignidade humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade e, em razão disso, constitui hipótese hábil a ensejar o pleito indenizatório. A indenização por danos morais é medida jurídica utilizada como parâmetro para viabilizar a compensação da dor moral sofrida pela vítima, considerando-se que “se o dano for moral, para que se indenize, certamente, no direito brasileiro, é preciso que agrida direitos da personalidade, com ou sem reflexos na perda patrimonial” (AZEVEDO, 2011, p. 69). “O dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade”, haja vista que “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 83). “O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade [...] ou nos atributos da pessoa”, enquanto que “o dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vida” (DINIZ, 2008, p. 91).

A construção teórica do dano moral na ciência do Direito coincide com o entendimento de que a proteção jurídica ultrapassa a esfera dos bens patrimoniais e com valor econômico-monetário. O direito proposto e debatido pela sociedade contemporânea evidencia a necessidade de voltar o olhar para a proteção dos bens imateriais, como a dignidade humana e os direitos fundamentais, demonstrando-se que o meio encontrado na esfera cível de legitimar tal proteção decorre da utilização de estratégias de compensação do respectivo dano como medida pedagógica, e muitas vezes punitiva.

Nesse contexto propositivo, “o dano consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”, ou, “em outras palavras, podemos

afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa [...], violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 55). No que diz respeito especificamente ao tema objeto da presente pesquisa, verifica-se que o dano moral decorrente da homofobia se torna juridicamente viável em razão da comprovação da ilicitude, que tem como consequência a ofensa á honra objetiva e/ou subjetiva da vítima. O agente atua no sentido de desqualificar, desmoralizar, inferiorizar, marginalizar, excluir e agredir (fisicamente, moralmente, psicologicamente) a vítima em razão de sua orientação sexual. Há ofensa direta ao direito fundamental à honra, dignidade humana, integridade física, moral e psicológica, além da violação do direito da personalidade ao nome.

Uma vez comprovada a conduta ilícita, torna-se relevante a demonstração do nexo de causalidade com o dano moral, ou seja, é indispensável que a vítima demonstre que o dano por ela sofrido adveio diretamente do ato ou conduta ilícita praticada pelo agente. Entende-se que nos casos de homofobia o dano moral é *in reipsa*, ou seja, trata-se de dano presumido, haja vista que a simples comprovação da ofensa ao direito da personalidade, direito fundamental e dignidade humana já enseja o direito a reparação. A extensão dos efeitos da conduta do agente na vida da vítima é fundamental para a quantificação do dano moral, ou seja, a análise de como a prática da homofobia atingiu a vítima em sua esfera privada, bem como a análise de como esse ato ilícito repercutiu socialmente, são elementos fundamentais e de extrema relevância na quantificação do dano moral. Ressalta-se, ainda, que a natureza jurídica do dano moral se relaciona diretamente com sua natureza jurídica, ou seja, se a finalidade for meramente pedagógica e compensatória, o valor da indenização buscará evidenciar tão somente a finalidade de compensar monetariamente a dor moral sofrida pela vítima. Em contrapartida, caso o dano moral seja visto na perspectiva punitiva, além de compensar o prejuízo sofrido pela vítima, o valor da condenação deve ser fixado de forma também a punir pecuniariamente o agente pela conduta ilícita por ele praticada.

Outro debate que se trava no presente contexto é se a responsabilidade civil decorrente da prática da homofobia é objetiva ou subjetiva. Ou seja, deve-se ou não comprovar a conduta ilícita dolosa ou culposa do agente? O entendimento adotado na presente pesquisa é que em se tratando de prática homofóbica quando o agente é uma pessoa física é essencial a comprovação do dolo, ou seja, do *animus injuriandi* ou do *animus difamandi*, haja vista que o *animus jocandi* (a intenção de brincar e não ofender) afasta a ilicitude e, também, a possibilidade de pleito indenizatório. É por essa razão que quando se analisa o pedido indenizatório de danos morais quando o agente é uma pessoa física, deve-se aplicar as regras

da responsabilidade civil subjetiva, cujos requisitos legais de sua comprovação são: conduta ilícita (ofensa à honra), dano moral, nexos de causalidade e conduta do agente (dolo ou culpa). Em contrapartida, quando a homofobia é praticada por uma pessoa jurídica, quando por exemplo uma empresa lança uma campanha publicitária de cunho homofóbico ou um funcionário de determinada empresa agride homofobicamente um consumidor, torna-se dispensável a comprovação do dolo ou culpa do agente, bastando a demonstração da ilicitude, haja vista que no presente caso temos a responsabilidade civil objetiva decorrente da aplicabilidade da teoria maximalista, que define o consumidor de forma ampla e extensiva para fins indenizatórios, além da aplicabilidade de todas as prerrogativas legais previstas no Código de Defesa do Consumidor.

3.2. Dano moral individual e dano moral coletivo decorrente da homofobia: análise da natureza jurídica do dano moral.

Objetiva-se, nesse momento, analisar a natureza jurídica do dano moral coletivo e individual decorrente da homofobia, haja vista que seu caráter pedagógico, compensatório ou punitivo reflete de forma direta na quantificação do valor indenizatório. Verifica-se que reside como centro de gravidade do dano moral a prática do ato ilícito, pois a inexistência de tal ato implica na inexistência do dano. No que tange à esfera moral, análises criteriosas devem ser praticadas, com vistas a evitar que se incida em subjetivismos no momento da decisão, haja vista que a sentença proferida pelo magistrado, quando da condenação de um cidadão ou pessoa jurídica a um pagamento de indenização por danos morais é vista, muitas vezes, como punitiva para o ofensor e pedagógica para a vítima.

Nesse cenário propositivo, a indenização por dano moral tem sua previsão legal no texto constitucional, em dispositivos como o artigo 5º, incisos V e X, sobretudo neste último que postula sobre a violação da intimidade, da vida privada, honra e a imagem das pessoas. Noutro artigo, 114, inciso VI, lê-se acerca do dano moral nas relações de trabalho, nas quais, considerando o panorama jurídico contemporâneo, se concentra o maior número de indenizações individuais pela prática da homofobia no ambiente laboral. Inicialmente, pontua-se que, de acordo com Theodoro Junior, considera-se ato ilícito “todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima, ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 2). Tomando então como ponto de partida da constatação do ato ilícito é que se discute a extensão do dano e sua natureza jurídica para fins de quantificação.

A ilicitude é pressuposto jurídico da condenação à indenização por dano moral, uma vez que atinge o sujeito no seu íntimo ou a moral coletiva de um grupo determinado, de modo que o ato cause aborrecimentos, exclusão, marginalidade ou constrangimentos, interna ou externamente. Aproximando a temática ao âmbito do dano moral coletivo, este, por sua vez, é caracterizado quando se observa ato ilícito cometido que atente contra a dignidade e atinja determinado grupo. Theodoro Junior, ao discorrer sobre os requisitos que caracterizem ato ilícito passível de indenização por dano moral, expõe que “o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral”, considerando-se que “atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 3).

É importante pontuar que, a partir da irreversibilidade do ato e dos danos à honra, se observa ainda a aplicabilidade da matéria não somente a um único indivíduo, como à coletividade a que pertence. Destarte, tomando a comunidade LGBTQI como um grupo amplo e com traços psicossociais específicos, observa-se que a indenização por dano moral coletivo para atos que envolvam alguma ilicitude contra tal coletividade ainda é pouco debatida. Apesar de se ver relatadas com frequência, especialmente na mídia, notícias de descumprimento de garantias de direitos fundamentais da comunidade LGBTQI, nota-se um despreparo jurisdicional na tratativa de tais direitos. Em relação aos direitos coletivos, nota-se a sua aplicabilidade e efetividade muito fortemente na esfera dos direitos do trabalho. Tratam-se de direitos que versam sobre mais de um sujeito. A ação civil pública e a atuação efetiva do Ministério Público constituem meio legítimo ao pleito indenizatório de natureza coletiva em razão da prática da homofobia quando, por exemplo, empresas divulgam campanhas publicitárias de cunho homofóbico ou empresas adotam posturas homofóbicas no ambiente de trabalho, coisificando e marginalizando pessoas em razão da sua orientação sexual. Nesse sentido, a natureza punitiva do dano moral objetiva a fixação do valor indenizatório num patamar suficiente a punir e reprimir novas condutas ofensivas no mesmo sentido.

As ações coletivas indenizatórias visam a proteção de interesses de determinadas coletividades e envolvem diversos aspectos da vida humana, tais como saúde, educação, segurança, intimidade, direitos consumeiristas e trabalhistas da coletividade no sentido *lato sensu*, dentre outros. Lado outro, o dano moral individual se diferencia do dano moral coletivo, uma vez que o primeiro é pautado normalmente pela subjetividade dos agentes, enquanto o segundo se trata de uma norma de caráter objetivo. Santos acentua a

dispensabilidade subjetiva na configuração do dano coletivo, por se tratar de responsabilidade civil objetiva que dispensa a análise da conduta dolosa ou culposa do agente: “portanto, para a efetiva constatação do dano moral coletivo não é necessária a ocorrência de efeitos subjetivos, como o constrangimento, a angústia, a humilhação ou eventual dor moral”, uma vez que “se estas vierem a ocorrer e a se manifestar no grupo ou comunidade atingida caracterizar-se-ão apenas como efeitos do ato lesivo perpetrado pelo infrator. (SANTOS, 2017).

Não é inédito frisar que a prática de homofobia fere gravemente o direito fundamental do cidadão. Há princípios que garantem a liberdade, a locomoção, a dignidade do indivíduo homossexual e, quando um cidadão é atacado, seja física ou moralmente em razão da sua condição sexual, concretiza-se nisto uma grave a ofensa aos princípios constitucionais. Vê-se, a despeito disso, que há a profusão de propostas que negam a tratativa de defesa do assunto, reflexos de um conservadorismo exacerbado e, por esta razão, não se tem ainda uma lei que de criminalização da homofobia, conforme anteriormente mencionado. Demonstra-se a necessidade de dispositivos legais específicos para o tema, trazendo-se à baila o fato de as vítimas de agressão física e moral em razão da sua condição sexual terem de recorrer ao judiciário para que sejam reparadas.

Pensar a natureza jurídica do dano moral individual e coletivo apenas na perspectiva pedagógico-compensatória é uma forma delegitimar a manutenção do sistema de exclusão, marginalidade, discriminação e coisificação vivenciado pelos homossexuais no Brasil. Uma indenização que objetiva apenas compensar monetariamente o prejuízo moral sofrido pela vítima, privilegiando o caráter pedagógico da medida, é insuficiente para problematizar e enfrentar o tema homofobia. Por isso, propõe-se a revisitação do conceito de enriquecimento sem causa, critério esse utilizado para justificar o valor pedagógico das indenizações fixadas a título de danos morais. No que atine ao dano moral individual decorrente de prática homofóbicas, deve-se levar em consideração a capacidade econômica do agente e os reflexos de sua conduta ilícita na vida da vítima, como critérios regentes da quantificação do dano. A análise dos reflexos do valor da condenação na vida do agente é de fundamental importância para se buscar o caráter retributivo, demonstrando-se que o valor da indenização é reflexo da dimensão e da relevância jurídica de sua conduta para a ciência do Direito. Por isso, o valor da indenização não pode se limitar apenas ao aspecto meramente compensatório, face à finalidade retributivista da condenação na vida do agente.

No mesmo sentido, o dano moral coletivo em razão da prática homofóbica deve ter natureza essencialmente punitiva, considerando-se que os efeitos jurídicos da conduta ilícita atingem toda a comunidade LGBTQI. A empresa, instituição pública ou privada que age no

sentido de estigmatizar, marginalizar e excluir pessoas em razão da orientação sexual, reproduzindo o ódio, deve ser condenada num valor suficientemente hábil a desestimulá-la a praticar novamente a mesma conduta, além de ser civilmente punida.

3.3. Um estudo doutrinário-jurisprudencial dos critérios jurídicos de quantificação do dano.

Objetiva-se analisar como o poder judiciário brasileiro tem tratado o tema homofobia no seu aspecto indenizatório, seja no âmbito individual ou coletivo. Verifica-se que muitas ações judiciais que versam sobre o direito de indenização por dano moral, tem desfechos insatisfatórios para as vítimas. Especificamente no que concerne aos casos de homofobia que chegam ao poder judiciário, tem-se uma contradição, pois não há muitos casos indenizatórios, mas em contrapartida, no Brasil tem-se, ainda, uma crescente estatística de casos de assassinatos e todos os tipos de agressões contra os homossexuais, fato esse que evidencia a insuficiência dessas demandas e condenações por danos morais em reprimir socialmente a diminuição de casos de discriminações em razão da orientação sexual.

Uma das prováveis razões para a baixa proporcionalidade das ações por dano moral em função de homofobia talvez seja, além da ausência de legislação específica para tal, o fato de a vítima se sentir constrangida em recorrer ao judiciário para garantir seus direitos, temendo que mesmo na esfera judicial ainda possa sofrer preconceitos. Em muitos casos os pedidos indenizatórios são julgados improcedentes sob o argumento de que não houve a comprovação do ato ilícito em se tratando da prática de homofobia. Pesquisas jurisprudenciais atestam que na esfera da justiça do trabalho, a homofobia se faz mais presente em termos processuais dos que nas ações que tramitam pela justiça comum. A princípio, percebe-se um crescente número de casos e de sentenças em que magistrados condenam os patrões em indenizar seus empregados por dano moral, pela prática de homofobia quando devidamente comprovada. Num dos casos, a 5ª Turma do TRT-MG, julgou uma ação em que o empregado sofreu assédio moral: o empregador tratou de forma discriminatória seu funcionário, com brincadeiras relacionadas à sua orientação sexual, elucidando frases como "mais um minuto na barriga da mãe e nasceria menina" ou cunhando-o como "veado", o que era constante na vida deste funcionário, que obteve êxito na indenização no importe de cinco mil reais. (BRASIL, TRT MG, 2013).

Noutro processo, agora na justiça comum, uma síndica foi condenada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao pagamento de indenização por danos morais, por ter praticado atos homofóbicos em assembleia geral de condomínio. Segundo consta da decisão,

um morador, que vivia em união estável com outro homem, participou da reunião de condomínio como representante do seu companheiro. No ato, a síndica exigiu do morador que estava representando seu companheiro na assembleia a certidão de casamento dos mesmos. A solicitação da certidão de casamento ocorreu, de acordo com os dados da decisão, de forma vexatória e na frente de todos os outros moradores do prédio que participavam da reunião. Consta ainda que o “pedido” da certidão como forma de representar o companheiro ausente nunca aconteceu em relação a casais heterossexuais e nunca aconteceu em nenhuma outra assembleia. A vítima ainda comprovou nos autos que a síndica, quando soube que se tratava de um casal gay, começou a perturbá-los e persegui-los no edifício. No desfecho do caso, o Tribunal condenou a síndica ao pagamento de indenização no valor de vinte mil reais para a vítima em razão da prática de homofobia. (BRASIL, TJSP. APELAÇÃO Nº 0197076-09.2012.8.26.0100).

Ainda, em outra ação judicial, tem-se um cidadão que foi ofendido e chamado de “veado” em um posto de combustíveis, diante de todos os presentes. O caso teve repercussão não só no momento em que ocorreu, como foi notificado pela mídia local. O ofensor alegou que ninguém no posto escutou tais xingamentos proferidos à vítima, mas não conseguiu comprovar suas alegações no processo. O ofensor ainda foi condenado ao pagamento de indenização no importe de cinco salários mínimos como forma de amenizar o transtorno causado à vítima. Neste caso em específico, destaca-se um trecho da decisão, em que o relator da ação, quando do seu trâmite em segunda instância, expôs que “A homofobia é um problema muito atual e que está longe de ser superado. Deve ser, então, dentro do possível, combatida com alguma punição aos seus adeptos, que escarnecem as pessoas em público”(BRASIL, TJSP. APELAÇÃO Nº 0331441-14.2009.8.26.0000).

Voltando para os casos de homofobia praticados nas relações trabalhistas e que se encontram em trâmite na justiça do trabalho, insta salientar que a prática de demissão por motivo de orientação sexual também é crescente dentro de instituições financeiras e, conseqüentemente, cresce o pleito por indenização por danos morais. Em 2009, foi noticiado que um gerente geral de um banco, por ser homossexual, sofreu perseguição de seu gerente regional e foi demitido por justa causa. Segundo consta das informações, a vítima trabalhou por quase vinte anos na instituição bancária e conseguiu provar na ação trabalhista a prática homofóbica. A vítima obteve êxito na indenização por danos morais pela ação preconceituosa do outro funcionário do banco, além de conseguir o recebimento de outras verbas trabalhistas devidas.(BRASIL, TRT 5, 2009).

Já em 2017, também foi noticiado que outro gerente de banco foi demitido por ter postado em suas redes sociais um vídeo beijando o seu noivo no dia do casamento. Segundo consta, a empregadora considerou a postagem na rede social do funcionário como postura atentatória às regras instituídas pelo banco. Neste caso em específico, o gerente, vítima da prática de homofobia, era o mais premiado na agência em que prestava os seus serviços, batendo metas acima da média geral (BRASIL, FORUM, 2017). Comparando-se as decisões, nota-se a desproporção da quantificação do valor da indenização. Lado outro, é perceptível que não há um critério específico de quantificação da indenização na análise dos casos, tampouco uma análise mais aprofundada dos dispositivos legais, como por exemplo o Código Civil, no proferimento das decisões. Tendo em vista a aplicabilidade da legislação civilista juntamente com as normas trabalhistas, o que se vê é a discrepância na fundamentação para se chegar a um patamar numérico na sentença, ou seja, o valor da indenização por dano moral decorrente da prática de homofobia.

Critérios como a condição socioeconômica do ofensor são levados em consideração. Contudo, enquanto não houver uma legislação que trate especificamente dos atos ilícitos cometidos em decorrência da prática de atos homofóbicos, os detentores do poder de proferimento do provimento jurisdicional continuarão a patinar sobre os critérios jurídicos de quantificação, utilizando-se de critérios metajurídicos de quantificação, que muitas vezes reproduzem veladamente a homofobia no âmbito jurisdicional. Verifica-se um despreparo jurisdicional na tratativa das questões indenizatórias decorrentes da homofobia, pois não basta fundamentar a decisão rechaçando o preconceito e, ao final, dar um provimento que condene o agente ao pagamento de uma indenização em um valor que não mede a extensão do dano sofrido: urge a necessidade de se analisar com parcimônia os fatos dos autos, de modo a não incidir em erros que podem acarretar por trazer ainda mais prejuízos para as vítimas.

Em 24 de abril de 2018 o Carrefour Comércio e Indústria Ltda foi condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a indenizar um cliente por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) decorrente da prática de homofobia. A vítima foi ofendida por funcionárias da empresa, tendo sido chamado publicamente de “bicha, cego e surdo”, fato esse comprovado nos autos e utilizado como referencial à fundamentação da decisão indenizatória (BRASIL, *GI NOTÍCIAS*). Pelo estudo ora realizado, verifica-se que o número de demandas judiciais referentes à pretensão de indenização por danos morais decorrente da homofobia não reflete diretamente a realidade social que caracteriza o Brasil como um dos campeões mundiais de violência contra a população LGBTQI. Há demandas individuais isoladas e ainda poucas condenações judiciais referente á temática proposta, em razão da

dificuldade de comprovação dos fatos, haja vista que a homofobia muitas vezes decorre de condutas veladas, silenciosas e não explícitas. Ademais, o próprio poder judiciário é resistente ainda em reconhecer tais pretensões, exteriorizando em muito o posicionamento da sociedade brasileira que, de forma rotineira, reproduz a violência de gênero contra os homossexuais. Ressalta-se, ainda, a inexistência de demandas judiciais coletivas que tenham debatido a pretensão indenizatória decorrente da homofobia, fato esse que evidencia uma profunda omissão das instituições em debater o tema no âmbito judicial, especialmente o Ministério Público.

4. Conclusão

A prática reiterada e costumeira da homofobia na sociedade brasileira evidencia a intolerância das pessoas quanto ao respeito devido aos homossexuais em razão de sua orientação e condição sexual. Foi demonstrado nessa pesquisa que o Brasil lidera o ranking mundial de violência contra a população LGBTQI, atos de violência esses que se caracterizam em condutas ilícitas passíveis de legitimar a responsabilidade jurídica do agente. O ódio aos homossexuais poderá ser demonstrado a partir de condutas cujos reflexos são individuais ou coletivos. A homofobia se constitui como ato individual quando o agente se dirige a pessoa específica, enquanto sob o ponto de vista coletivo, práticas homofóbicas objetivam coisificar, marginalizar, excluir, segregar, desigualar e tornar invisível a classe de pessoas gays e lésbicas, tão somente em virtude de sua orientação sexual.

A homofobia se constitui em ato ilícito com desdobramentos na esfera cível e penal. A comprovação do *animus injuriandi* ou *difamandi* em razão de questões sexuais inerentes à pessoa humana configura a prática do crime de injúria ou difamação, destacando-se que a demonstração do *animus jocandi* é suficiente para afastar a responsabilidade penal do agente. Além dos crimes contra a honra, atos de homofobia também poderão acarretar outros crimes, como a lesão corporal, homicídio, tortura, latrocínio, dentre outros. No âmbito cível, a conduta ilícita do agente é demonstrada no ato de discriminar em razão da orientação sexual, sendo imprescindível a comprovação do nexo causal com o dano para viabilizar o direito a indenização. A obrigatoriedade da comprovação da conduta do agente (dolo), nem sempre será necessária para a configuração da responsabilidade civil. Quando um particular pratica a homofobia contra outro particular, torna-se essencial a comprovação do dolo do agente como meio de afastar o *animus jocandi*. Em contrapartida, quando a conduta homofóbica é praticada por uma pessoa jurídica, no âmbito de uma relação consumista, por exemplo, torna-se desnecessária evidenciar a conduta do agente, por se tratar de responsabilidade civil

objetiva em que o dano moral é *in re ipsa* (presumido), haja vista que o mesmo restará configurado com a demonstração de ofensa a um direito fundamental ou direito da personalidade.

A doutrina e jurisprudência brasileira atuais consideram que o dano moral decorrente da homofobia tem natureza jurídica meramente compensatória e pedagógica, pois reconhece que os valores da indenização deverão ser proporcionais, levar em consideração a extensão do dano e não gerar o enriquecimento sem causa da vítima. Tal entendimento teórico adotado é insuficiente para o enfrentamento da problemática que existe quanto ao tema homofobia. Reconhecer o dano moral na perspectiva punitiva é legitimar a possibilidade de quantificação da indenização em valores mais vultuosos e suficientes para atender o caráter retributivista do ilícito civil, considerando-se que o agente, além de compensar o prejuízo da vítima, também deverá ser pecuniariamente punido em virtude da gravidade da conduta por ele praticada.

5. Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito.

RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA – Em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. Coordenação Otávio Luiz Rodrigues Júnior; Gladston Mamede; Maria Vital da Rocha. São Paulo: Atlas, 2011.

BENTO, Berenica. *TRANSVIADAS* – gênero, sexualidade e direitos humanos. Salvador: EDUFBA, 2017.

BORGES, Zulmira Newlands; MEYER, Dagmar Estermann. Limites e possibilidades de uma ação educativa na redução da vulnerabilidade à violência e à homofobia. *Política Pública em Educação*, Rio de Janeiro, v.16, n.58, p. 59-76, jan-mar., 2008. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/19888>. Acesso em 02 jul. 2018.

BORGES, Zulmira Newlands; PASSAMANI, Guilherme Rodrigues; OHLWEILER, Mariane Inês; BULSING, Muriel. Percepção de professoras de ensino médio e fundamental sobre homofobia na escola em Santa Maria (Rio Grande do Sul - Brasil). *Educar em Revista*, Curitiba, Brasil, n. 39, p. 21-38, jan.-abr., 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/er/n39/n39a03>. Acesso em 02 jul. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em 08 jul. 2018.

BRASIL. *Agência Brasil*. Levantamento aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>. Acesso em 08 jul. 2018.

BRASIL. *TRT MG*. 2013. Empregado vítima de homofobia será indenizado por dano moral. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2013-2014/empregado-vitima-de-homofobia-sera-indenizado-por-dano-moral-10-05-2013-06-05-acs>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. *TJSP*. Processo nº 0197076-09.2012.8.26.0100. Relator(a): Viviani Nicolau. Comarca: São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9788152&cdForo=0>. Acesso em 05 jul. 2018.

BRASIL. *TJSP*. Apelação nº 0331441-14.2009.8.26.0000. Julgador: Ramon Mateo Junior. Disponível em: <https://juristas.com.br/wpcontent/uploads/2018/02/20120000470251.pdf> Acesso em 05 jul. 2018.

BRASIL. *TRT5*. 2009. TST confirma condenação do Bradesco por homofobia. Disponível em: <https://trt5.jus.br/node/30782>. Acesso em 05 jul. 2018.

BRASIL. *FORUM*. 2017. Ivan longo. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/premiado-gerente-homossexual-do-itau-e-demitido-apos-postar-fotos-com-o-noivo/> Acesso em 29 jun. 2018.

BRASIL. *G1 NOTÍCIAS*. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/carrefour-e-condenado-a-indenizar-cliente-chamado-de-bicha-por-atendentes-em-bh.ghtml>. Acesso em 11 jul. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL*. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIS, Nilson Fernandes. Homofobia e educação: quando a omissão também é signo de violência. *Educar em Revista*, Curitiba, Brasil, n.39, p.39-50, jan.-abr., 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/er/n39/n39a04>. Acesso em 02 jul. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO – Responsabilidade Civil*. 22.ed. ver., amp. e atua. São Paulo: Saraiva, 2008.

ERIBON, Didier. *Reflexões sobre a questão gay*. Tradução de Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

FERRARI, Anderson. Homossexualidades como processo educativo e construção discursiva. *ENLAÇANDO SEXUALIDADES – uma tessitura interdisciplinar no reino das sexualidades e*

das relações de gênero. Organização Suely Messeder; Mary Garcia Castro; Laura Moutinho. Salvador: EDUFBA, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil*. 4.ed. ver., atua. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIVIGI, Ana Cristina Nascimento; DORNELLES, Priscila Gomes. A injúria e a heteronormalização na cidade de Amargosa (BA). *Textura*, n. 26, jul.-dez., 2012. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/txra/article/viewFile/978/762>. Acesso em 08 jul. 2018.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. *Bagoas*, v.1, n.1., 2012. Disponível em <https://periodicos.ufrr.br/bagoas/article/view/2256>. Acesso em 02 jul. 2018.

KOEHLER, Sonia Maria Ferreira. A representação social da homofobia na cidade de Lorena/SP. *Revista Diálogo Educacional*, v.9, n, 28, p. 587-604, set.-dez., 2009. Disponível em <https://periodicos.pucpr.br/index.php/dialogoeducacional/article/view/3340/3256>. Acesso em 06 jul. 2018.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. *Psicologia Política*, v.8, n.16, p. 307-324, jul-dez., 2008. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpp/v8n16/v8n16a09.pdf>. Acesso em 08 jul. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *MANUAL DE DIREITO PENAL Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, Márcio Alessandro Neman do. Homofobia e homofobia interiorizada: produções subjetivas de controle normativo. *Athena Digital*, numero 17, p. 227-239, mar., 2010. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3201244>. Acesso em 02 jul. 2018.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O QUE É LGBTFOBIA? *GÊNERO, SEXUALIDADE E DIREITO – UMA INTRODUÇÃO*. Organização Marcelo Maciel Ramos; Paula Rocha Gouvêa Brener; Pedro Augusto Gravatá Nicoli. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. *ROMPENDO O SILÊNCIO - Homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação*. Coordenação Fernando Pocahy. Porto Alegre: Nuances, 2007.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. *EM DEFESA DOS DIREITOS SEXUAIS*. Organizador Roger Raupp Rios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTIAGO, Maurílio. Tipificação da homofobia: uma reflexão ética. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 2012/2, n. 19. Disponível <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D19-13.pdf>. Acesso em 08 jul. 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro; *GEN Jurídico*. A natureza objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/10/05/dano-moral-coletivo-no-direito-trabalho/>. Acesso em 02 jul. 2018.

SANTOS, Karla Cristina dos. Injúria verbal e discriminação: a problemática da linguagem discriminatória no Brasil. *III Simpósio Nacional Discurso, Identidade e Sociedade (III SIDIS) DILEMAS E DESAFIOS NA CONTEMPORANEIDADE*. Disponível em http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SANTOS_KARLA_CRISTINA_DOS.pdf. Acesso em 08 jul. 2018.

SCHULMAN, Sarah; FERNANDES, Felipe Bruno Martins. Homofobia familiar: uma experiência em busca de reconhecimento. *Bagoas*, n.05, 2010, p. 67-78. Disponível em <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2312/1745>. Acesso em 02 jul. 2018.

SMIGAY, Karin Ellen von. Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.32-46, jun., 2002. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/136/130>. Acesso em 02 jul. 2018.

TAQUETTE, Stella R. *HOMOSSEXUALIDADE E ADOLESCÊNCIA SOB A ÓTICA DA SAÚDE*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Estudos Feministas*, ano 9, jul-dez, 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635>. Acesso em 02 jul. 2018