

**PRECONCEITO E DANO MORAL.
SER CHAMADO DE *HOMOSSEXUAL*
NÃO CONFIGURA INJÚRIA,
DIFAMAÇÃO E/OU DANO MORAL**

*Paulo Roberto IOTTI VECCHIATTI*¹⁷²

Resumo

Este artigo visa demonstrar que o preconceito não é um parâmetro juridicamente válido para definição de um fato como crime de injúria e difamação ou como dano moral, analisando o caso de pessoas que se sentem “ofendidas” pelo fato de serem identificadas como “homossexuais”. A partir do art. 3º, inc. IV, da CF/88, que veda preconceitos de quaisquer espécies e, portanto, veda a utilização do preconceito na valoração jurídica e considerando que somente o puro preconceito pode concluir que a mera imputação de homossexualidade a uma pessoa heterossexual seria algo “ofensivo” à pessoa heterossexual, conclui-se pelo descabimento da condenação de alguém por injúria, difamação ou dano moral por tal circunstância, inclusive mediante análise crítica de três decisões judiciais.

Palavras-chave: dano moral; valoração jurídica; preconceito; inconstitucional.

Abstract

This article aims to demonstrate that prejudice is not a legal standard to define a fact as a crime of injury and defamation or as a moral damage, analyzing the case of persons that feel themselves “offended” by the fact of being identified as “homosexuals”. Starting from

article 3rd, IV, of the Federal Constitution of 1988, which prohibits prejudices of any kind and, therefore, prohibits the use of prejudice in the juridical reasoning and considering that only pure prejudice can conclude that the mere imputation of homosexuality to a heterosexual person would be something “offensive” to the heterosexual person, we conclude that it is an error to condemn someone for injury, defamation or moral damage for this circumstance, inclusively by critically analyzing the judicial decisions.

Keywords: moral damage; juridical reasoning; prejudice; unconstitutional.

Introdução

O presente artigo visa demonstrar que o preconceito pessoal ou social não pode ser usado como fundamento para caracterizar determinada situação como dano moral, na medida em que o preconceito não é parâmetro juridicamente válido para valorações jurídicas, consoante, inclusive, expressa dicção constitucional (art. 3º, inc. IV, da CF/88).

Faremos a análise de dois casos concretos, relativos à homossexualidade: o famoso *caso Rycharlison*, que teve grande repercussão na mídia no ano de 2007, bem como o caso relatado em um julgamento do Superior Tribunal de Justiça relativo a um homem que foi fotografado em um contexto no qual se inferiu que ele seria homossexual. O intuito é realizar uma análise crítica para

¹⁷² *Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE/Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito da Diversidade Sexual e de*

Gênero e em Direito Homoafetivo. Bacharel em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie/SP. Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero.

demonstrar que somente o puro preconceito pode considerar referidos casos como “dano moral”, na medida em que *ser chamado de homossexual não constitui ofensa e, portanto, dano moral, injúria e/ou difamação.*

Conceitos Preliminares

Inicialmente, cumpre explicitarmos os conceitos fundamentais à compreensão do presente artigo, a saber: preconceito, discriminação, homossexualidade, homoafetividade, intimidade, privacidade, imagem, honra e dano moral.

*Preconceito e discriminação*¹⁷³: o *preconceito* é um juízo de valor dezarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe fundamente – não apenas um “pré-conceito”, uma compreensão de um tema por alguém que nunca o tenha visto ou estudado antes, mas uma *compreensão errônea, incorreta e/ou arbitrária* sobre determinado tema, qualquer que seja ele. A *discriminação*, por sua vez, é o tratamento diferenciado arbitrário que se impõe a determinada pessoa por força de seu

preconceito – ou seja, a discriminação é a exteriorização do preconceito.

*Homossexualidade e homoafetividade*¹⁷⁴: a homossexualidade é a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo. Refere-se à orientação sexual da pessoa, ou seja, ao sexo para o qual o desejo erótico-afetivo está direcionado. Já a homoafetividade refere-se à afetividade romântico-conjugal que se sente por pessoas do mesmo sexo – a potencialidade de se sentir atração romântico-conjugal por pessoas do mesmo sexo. No mesmo sentido, heterossexualidade é a atração erótico-afetiva por pessoas do sexo oposto, e heteroafetividade é a afetividade romântico-conjugal que se sente por pessoas do sexo oposto – a potencialidade de se sentir atração romântico-conjugal por pessoas do sexo oposto.

Intimidade e vida privada: não há que se confundir intimidade e vida privada, especialmente porque o art. 5º, inc. X, da CF/88 denota que a Constituição as considera como conceitos distintos por se referir a ambas de forma isolada. A doutrina bem define a diferença: para René Ariel Dotti, a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo na qual

¹⁷³ Cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006)*. In: *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo* (org.: Maria Berenice Dias), 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011e, pp. 511-528.

¹⁷⁴ Para maiores desenvolvimentos: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método: Grupo GEN, 2008, pp. 75-85. No Prelo: *Op. Cit.*, 2ª Edição (revista e ampliada), 2012, capítulo 1, itens 1 e 1.1.

este tem o poder legal de evitar os demais¹⁷⁵, ao passo que André Ramos Tavares anota que a vida privada refere-se ao modo de ser, de agir e viver de cada pessoa sem ser atingido pela bisbilhotice alheia, o que implica a proibição, dirigida tanto à sociedade quanto ao Poder Público, de se imiscuírem na vida privada da pessoa ou de divulgá-la ao público¹⁷⁶. Assim, na feliz síntese de Paulo Gustavo Gonet Branco, o direito à privacidade tem por objeto os relacionamentos pessoais em geral e as relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público, ao passo que o direito à intimidade refere-se a conversações e episódios ainda mais íntimos/pessoais, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas, sendo proclamado como resultado da exigência de o indivíduo ‘encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna’ [Paulo José da Costa Júnior]¹⁷⁷. Em suma, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o direito à privacidade consiste na faculdade de constringer os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe

dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular¹⁷⁸.

Sobre o *dano moral*, em lição referendada por Carlos Roberto Gonçalves, como forma de evitar excessos e abusos, Sérgio Cavalieri anota que só se deve reputar 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, ao passo que mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo¹⁷⁹.

Segundo André Ramos Tavares, a *honra* constitui-se do somatório das qualidades que individualizam o cidadão, gerando seu respeito pela sociedade, o bom nome e a identidade pessoal que o diferencia no meio social, tendo o cidadão o direito de resguardar sua honra pessoal contra tudo o que depõe contra ela¹⁸⁰, sendo que José Afonso da Silva anota que

¹⁷⁵ DOTTI apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 587.

¹⁷⁶ TAVARES, Op. Cit., pp. 598-599.

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 367-368.

¹⁷⁸ FERRAZ JR apud BRANCO, Op. Cit. p. 374,

¹⁷⁹ CAVALIERI apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pp. 360-361.

¹⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 599-600.

isso vale inclusive contra ataques baseados na verdade, sob o fundamento de que aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria¹⁸¹.

Para Antonio Jeová Santos, a *imagem* diz respeito àquela representação em que a pessoa se reconhece e é reconhecida por outras, ao passo que o Direito ampara a imagem da pessoa quando a difusão prejudica a sua honra, ocorrendo a proteção contra a publicidade injuriosa¹⁸², muito embora haja forte jurisprudência no sentido de que o mero uso indevido da imagem, mesmo que de forma não ofensiva/não injuriosa à honra, geraria dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano moral *na*

própria coisa, na própria conduta de usar a imagem sem autorização¹⁸³. Discordamos desse posicionamento, por entendermos que o dano moral no uso indevido da imagem está inerentemente vinculado ao menosprezo à honra e/ou à moral da pessoa exposta, já que inerente ao dano moral é a ofensa à pessoa (à sua honra, imagem e/ou à dignidade), sendo que o uso não autorizado da imagem deve gerar indenização por dano *material in re ipsa*, para que a pessoa prejudicada receba honorários pelo uso de sua imagem e seja, assim, devidamente remunerada pelo uso de sua imagem, só cabendo falar em dano *moral* se a representação não autorizada da imagem

¹⁸¹ SILVA apud TAVARES, *Op. Cit.*, p. 600.

¹⁸² SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**, 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 363 e 365.

¹⁸³ Cf., v.g., STF, RE n.º 215.984/RJ, DJ de 28/06/2002, p. 143, e STJ, EREsp n.º 230.268/SP, DJ de 04/08/2003, p. 216, e REsp n.º 267.529/RJ, DJ de 18/12/2000, p. 208. Não cabe aqui analisar cada um destes julgados, mas vale anotar que referido julgamento do STF é altamente criticável por afirmar que gera dano moral qualquer “desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento”, já que consolidada a jurisprudência no sentido de que não é qualquer dissabor cotidiano ou mero percalço rotineiro que gera o dano moral, devendo ser algo que transcenda a normalidade para tanto, já que a hipersensibilidade não configura “dano moral”. Já o EREsp n.º 230.268/SP teve voto do ex-Ministro Salvo de Figueiredo no sentido de que “o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - seu interior”, donde “Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão que

o uso indevido da imagem, por si só, gera direito à indenização por dano moral, sendo dispensável a prova do prejuízo para caracterização do dano moral”, o que é criticável na medida em que, sem comprovação da lesão à imagem, ao nome, à honra e/ou à dignidade da vítima (por testemunhas, pelo seu depoimento pessoal etc.), não cabe falar em “dano moral”. Dano moral in re ipsa supõe (ou deve supor) situações que, por si só, trazem ofensa à honra subjetiva e/ou objetiva da vítima, como a negativação indevida em cadastros de proteção ao crédito, caso no qual é notório que há um abalo à honra subjetiva e objetiva da pessoa pela aposição indevida de seu nome em cadastro de devedores. Só se pode falar em dano moral in re ipsa se houver ofensa à imagem, ao nome, à honra e/ou à dignidade da pessoa, ao passo que a violação ao seu decoro ou autoestima supõe necessariamente um caráter ofensivo na representação feita sem autorização, sob pena de isto caracterizar mero dissabor não caracterizador de “dano moral”. Essas são colocações que consideramos altamente relevantes sobre o tema, muito embora o amplo enfrentamento do mesmo não possa ser feito nesta oportunidade.

da pessoa for pejorativa ou lhe trazer, comprovadamente, prejuízos ou repercussões sociais negativas. Logo, concordamos com Yussef Said Cahali, para quem da prática pura e simples de ato ilícito representado pelo uso de fotografia em matéria publicitária, sem autorização, *não se pode presumir a existência de dano moral*, donde, relativamente ao uso da imagem para fins publicitários, sem autorização, que não faz a exposição de forma vexatória, de modo ridículo ou ofensivo ao decoro da pessoa retratada, não há como admitir a existência de dano moral, que não decorre pura e simplesmente da prática de ato ilícito¹⁸⁴, consoante, inclusive, já reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸⁵ e pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁶. Assim, entendemos que o mero aborrecimento da pessoa de ter sua imagem usada indevidamente constitui *mero dissabor* não caracterizador de *dano moral*, só cabendo falar neste se houver representação injuriosa ou a representação trazer, comprovadamente, repercussões sociais negativas à pessoa em questão.

Esclareça-se que não estamos discordando do entendimento de que termos pejorativos efetivam uma inversão do ônus da prova, no sentido de que, ao invés da pessoa que se sentiu ofendida ter que provar que a

pessoa processada teve o intuito de ofender, cabe a este provar a ausência da referida intenção de ofender¹⁸⁷. O que estamos a afirmar é que a definição de algo como “dano moral” supõe, *necessariamente*, a presença de uma *ofensa à pessoa* (por exemplo, à sua imagem, honra, nome e/ou dignidade), razão pela qual entendemos que, inexistente algo “ofensivo” naquilo que foi imputado à pessoa, não há que se falar em dano moral *in re ipsa*, por este supor *necessariamente* que o fato respectivo seja efetivamente *ofensivo* à pessoa que se considera “ofendida”, donde ela assim se considerar por algo que não constitui “ofensa” não pode gerar a condenação da outra pessoa por “dano moral”, por não ter ocorrido *dano/ofensa* a ela, na medida em que o *preconceito* da pessoa que se considera “ofendida” não pode ter a si reconhecida qualquer significação pelo Direito, ao menos para definição de algo como “crime” de “injúria/difamação” ou como “dano moral”. O reconhecimento de “dano moral”, neste caso, deve depender de comprovação de que a representação não autorizada trouxe repercussões sociais negativas à pessoa (não se tratando, portanto, de dano moral *in re ipsa*, mas decorrente de comprovação dos prejuízos à pessoa, por exemplo, à imagem, honra, ao nome e/ou dignidade da pessoa).

¹⁸⁴ CAHALI apud STJ, REsp n.º 230.268/SP, DJ de 18/06/2001, p. 148.

¹⁸⁵ Cf., v.g., TJ/SP, Apelação n.º 278.622.4/7-00.

¹⁸⁶ Cf. STJ, REsp n.º 803.129/RS, DJe de 13/10/2009.

¹⁸⁷ Cf., v.g., RT n.º 624/334, TacrimSP, apud DELMANTO, Código Penal Comentado.

Dano moral e a inconstitucionalidade do reconhecimento de dano moral pelo preconceito social. Art. 3º, inc. IV, da CF/88.

Como visto, caracteriza-se o dano moral quando ocorre uma ofensa à honra, à imagem, ao nome e/ou à dignidade da pessoa, ao passo que não é qualquer dissabor cotidiano ou mero percalço rotineiro que gera indenização, por ser inerente à vida em sociedade o enfrentamento de dissabores e irritações pelo fato de não termos todas as nossas vontades e desejos imediatamente atendidos.

Nesse sentido, cumpre indagar: ser identificado como *homossexual* sem nenhum tom pejorativo nessa identificação pode constituir *dano moral in re ipsa*?

Em que pese aparentemente prevalecer entendimento contrário, a resposta deve ser negativa. Com efeito, a consideração da homossexualidade como uma característica “negativa” da pessoa decorre de puro e simples *preconceito*, ou seja, de juízo de valor

desarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe sustente¹⁸⁸. O homossexual não é “inferior” ao heterossexual: homossexualidade, bissexualidade e heterossexualidade são manifestações igualmente legítimas da sexualidade humana, sendo profundamente preconceituoso afirmar-se que a heterossexualidade seria superior às demais.

Com efeito, orientação sexual, que se refere ao sexo que atrai a pessoa de maneira erótico-afetiva, não tem nenhuma relação com promiscuidade ou pedofilia, por exemplo: inúmeros casos de heterossexuais promíscuos e/ou pedófilos comprovam que a heterossexualidade não é sinônimo de “moralidade sexual”, ao passo que a história do adultério no casamento heteroafetivo comprova que heterossexualidade não é sinônimo de fidelidade sexual ou de monogamia. Com essas considerações não queremos menosprezar a heterossexualidade, mas apenas derrubar noções preconceituosas de muitos que descabidamente vinculam homossexualidade a promiscuidade, pedofilia e/ou infidelidade. Por outro lado, vale

¹⁸⁸ Para estudos sobre a forma como a homossexualidade foi tratada ao longo da história, vide SPENCER, Colin. **Homossexualidade: Uma história**. 2ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo, Editora Record, Tradução de Rubem Mauro Machado. Título Original: *Homosexuality: A History*, 1999. Para o foco especificamente no Brasil, vide TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**, 6ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004, autor este que, em outra obra, mostra como o medo de ser qualificado como homossexual por conta do preconceito social contra a

homossexualidade aterroriza muitos homens, a saber: TREVISAN, João Silvério. Seis balas num buraco só: a crise do masculino, 1ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 1998. Explicitamos resumidamente o tema de tais obras em nosso VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Método: Grupo GEN, 2008, capítulo 1. No prelo: 2ª edição (revista e ampliada), 2012, capítulo 1.

lembrar que a Organização Mundial de Saúde reconheceu, na última revisão da Classificação Internacional de Doenças, em 1993, não haver nada de “patológico” na homossexualidade, (CID n.º 10/1993)¹⁸⁹, posição referendada pelo nosso Conselho Federal de Psicologia, que afirmou, em 1999, que a homossexualidade não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero, razão pela qual proibiu psicólogos de proporem terapias de “cura” da homossexualidade (Resolução CPF n.º 01/99), já que, não sendo patologia nem desvio, não há nada a “curar”, ao passo que essas pseudo “terapias de cura” somente servem para incutir preconceito internalizado na pessoa homossexual e causam-lhe extremo sofrimento subjetivo quando constata que seu desejo erótico-afetivo por pessoas do mesmo sexo não desaparece com essas pseudo “terapias”, mas apenas restam reprimidos e latentes. Ademais, considerar a homossexualidade uma “inversão sexual”, como se entendia no passado, decorre de puro heterossexismo social, ou seja, da ideologia que prega a heterossexualidade como única sexualidade “aceitável” por se considerar que somente seria “natural” o desejo erótico-afetivo por pessoa de sexo oposto, o que é preconceituoso, por não haver nada de errado

no fato de se amar romanticamente pessoas do mesmo sexo. Logo, constitui puro e simples preconceito considerar a mera homossexualidade ou bissexualidade da pessoa uma *ofensa* e/ou algo *indignificante* à pessoa.

Nesse sentido, *o preconceito não é critério juridicamente válido para valorações jurídicas*. A uma por afronta ao art. 3º, inc. IV, da CF/88, que veda preconceitos e discriminações de qualquer espécie e, portanto, também o preconceito por orientação sexual na valoração jurídica necessária à aferição se determinada imputação configura ou não “dano moral”. A outra porque a isonomia e a razoabilidade exigem motivação lógico-racional que justifique a decisão a ser tomada, ao passo que o preconceito é, em si, pautado pela arbitrariedade e não pela lógica e pela racionalidade. A invocação da isonomia justifica-se em razão de a consideração da homossexualidade como algo “ofensivo” à pessoa (à honra, ao nome e/ou à dignidade) de um heterossexual configurar uma clara *discriminação* contra homossexuais, por considerá-los como “inferiores” a heterossexuais, já que, do contrário, não seria considerado como “ofensivo” a estes serem identificados como “homossexuais”; a

¹⁸⁹ Quando ocorreu, assim, a “despatologização” da homossexualidade – valendo ressaltar as aspas pelo fato de ela nunca ter sido uma “patologia”, já que não causa danos físicos nem psicológicos à pessoa, já que o sofrimento subjetivo que o

homossexual e o bissexual experimentam decorre do preconceito social contra a sexualidade homoafetiva, não da homossexualidade nem da bissexualidade propriamente ditas.

invocação da razoabilidade decorre do fato de que uma decisão jurídica que não envolva diferenciações deve ser pautada por fundamento lógico-racional para que seja considerada juridicamente válida.

Assim, *ser chamado de “homossexual” ou ser assim identificado não gera, por si só, dano moral (ou seja, dano moral in re ipsa)*, já que não há nada na homossexualidade que seja indignificante, visto que somente o preconceito pessoal ou social pode entender que a homossexualidade seria algo “indigno” a uma pessoa. Logo, não há dano moral *in re ipsa* na mera identificação de uma pessoa como homossexual ou bissexual – bem como na mera identificação de uma pessoa como travesti, transexual ou intersexual, que são pessoas igualmente merecedoras de igual respeito e consideração relativamente àquele devido a pessoas heterossexuais.

Análise de casos

Analiseemos dois casos concretos.

¹⁹⁰ *Processo n.º 936/07, que tramitou inicialmente perante a 09ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, posteriormente redistribuído ao Juizado Especial Criminal da mesma comarca, processo n.º 5520/07.*

¹⁹¹ *Processo n.º 583.00.2007.212366-7 (1754/07), que tramitou perante a 25ª Vara Cível do Fórum Central de São Paulo/SP.*

¹⁹² *Na contestação ao referido processo civil, ele alegou que estava preparado para responder a uma pergunta sobre o motivo de Rycharlison não ter assinado com o Palmeiras. Informa que, nos intervalos desse programa*

No caso *Rycharlison*, ocorreu o seguinte: no ano de 2007, em programa esportivo de televisão, um apresentador indagou a um diretor do Palmeiras se era do Palmeiras o jogador que iria se assumir homossexual no programa *Fantástico*, da Rede Globo de Televisão, consoante divulgado pela imprensa ao longo daquela semana. Em resposta, o referido diretor informou: “Não, o Rycharlison quase foi do Palmeiras...” (sic). Ou seja, o que ele fez foi pura e simplesmente, de maneira indireta, afirmar que Rycharlison seria “homossexual”, indiretamente identificando-o como tal pela comparação objetiva de sua resposta à pergunta que lhe foi formulada, sem absolutamente nenhum tom pejorativo em sua fala, o que sempre foi incontroverso. Contudo, o referido jogador ingressou com ação penal por *injúria*¹⁹⁰ e ação civil por *danos morais*¹⁹¹ contra o referido diretor, a despeito dos esclarecimentos dele de que não teria tido a intenção de dizer que o referido atleta seria homossexual¹⁹², por entender que sua *honra*

(*que era ao vivo*), “*quase a totalidade dos participantes do programa, nos intervalos, tinha como certa a tese de que o jogador em questão, outro não era, senão o Rycharlison*” (sic – fls. 65) e que o apresentador teria mudado a pergunta anteriormente acordada, de sorte a confundir-lo, por ter entendido que teria que responder sobre a quase contratação de Rycharlison pelo Palmeiras (fls. 65-66). In verbis: [após a sua resposta] “*as pessoas riram, bem como o apresentador também fez um comentário sobre a resposta do réu, e este, por sua vez, não percebendo o desencontro que*

teria sido abalada por tal afirmação sob o fundamento de que seu nome estaria sendo vinculado de forma preconceituosa à homossexualidade e que estaria sofrendo uma série de constrangimentos por tal declaração, afirmando que teve de se mudar para o Centro de Treinamento de seu time para fugir do assédio que estava sofrendo. O jogador firmou *acordo judicial* com o referido diretor, que se comprometeu a pagar dez cestas básicas, no valor de R\$70,00 (setenta reais) cada uma, a serem entregues a uma instituição beneficente de escolha de Rycharlison, bem como a prestar esclarecimentos escritos ou por entrevista à imprensa, ressaltando não ter ofendido nem ter tido a intenção de ofender o autor, a pagar as custas processuais e honorários advocatícios de seus patronos¹⁹³.

Que fique claro: não estamos de forma alguma duvidando aqui da afirmação do referido jogador de que ele não é homossexual, pois a questão não é essa. Se ele diz não ser homossexual, não somos nós que iremos duvidar. A questão é que ele considerou essa imputação algo suficiente para processar criminalmente e civilmente o referido diretor do Palmeiras pelo simples fato de ter sido

chamado de “homossexual”, o que só pode significar que considerou que sua *imagem*, seu *nome*, sua *honra* e/ou sua *dignidade* teriam sido abalados por tal declaração (afinal, a *injúria* supõe ofensa à *honra subjetiva*, que é *aquilo que a pessoa pensa sobre ela mesma*), com o que não se pode concordar, já que, como visto, o preconceito não é juridicamente válido para a definição de algo como *dano moral*, já que é puro preconceito considerar a homossexualidade como algo ofensivo à pessoa.

Outro esclarecimento deve ser feito: estamos a defender que não há que se falar em dano moral *in re ipsa* na mera identificação de uma pessoa como homossexual, não que a imputação dessa característica da pessoa não possa gerar uma repercussão que venha a causar constrangimentos que superem o grau de mero dissabor, de sorte a caracterizar o chamado *dano moral indenizável*. No caso do referido jogador, é notório que parte considerável da torcida de seu time parou de gritar seu nome durante os jogos (gritava o nome de todos os outros), bem como que passou a ser hostilizado por parte da torcida de seu time por sua suposta homossexualidade

havia ocorrido, mexeu seus ombros para cima e para baixo, e continuou a discorrer sobre a ‘quase’ contratação do autor pelo Palmeiras, pois achava que havia respondido a pergunta que fora previamente formulada, não encontrando nada de errado ou comprometedor em sua resposta, e tampouco imaginava a confusão que havia ocorrido”, anotando ainda, a fls. 68, que “não foi a intenção do réu dizer

que o jogador que iria ao programa ‘Fantástico’ assumir a sua condição de homossexual seria o autor, mas sim dizer o porquê deste atleta não ter jogado pelo Palmeiras” (grifo nosso).

¹⁹³ Cf. fls. 145 do citado processo n.º 583.00.2007.212366-7 (1754/07).

(ou seja, por a torcida assim considerá-lo), por ele negada a todo momento. Nesse caso, a imputação de homossexualidade ao jogador fez com que ele fosse hostilizado pela torcida de seu time e sofresse uma série de constrangimentos, inclusive com oposição de torcidas de outros times a sua contratação, o que justificaria a concessão de indenização por danos morais por tais fundamentos – não pelo fato de a homossexualidade ser algo supostamente “indignificante” ou pelo mero preconceito dos torcedores em questão, mas por essa imputação ter feito com que o jogador sofresse diversos constrangimentos em sua vida profissional por conta de uma declaração indevida do referido diretor do Palmeiras. A diferença parece fundamental: enquanto em um caso a mera imputação de homossexualidade “justificaria” a indenização, neste outro afirmamos que são necessários efetivos constrangimentos (que transcendam o *mero dissabor*) e, em suma, consequências negativas à vida da pessoa decorrentes da imputação (com nexo causal, portanto), para caracterizar o dano moral e, portanto, a pertinência da indenização.

Esse caso foi marcado, ainda, por decisão absurdamente preconceituosa do juiz Manoel Maximiliano Junqueira Filho, o qual,

entre outros impropérios, afirmou que o futebol seria um jogo “não homossexual” pelo fato de ser “viril e varonil”, sugerindo que atletas homossexuais deveriam “abandonar a carreira” ou fundar uma “federação própria” para continuar atuando, já que considerou inconcebível a existência de ídolos homossexuais e que seria “constrangedor” a torcedores (especialmente se acompanhados de seus filhos) irem a estádios torcer por atletas homossexuais, que considera pessoas com problemas existenciais ou de personalidade¹⁹⁴. Diante da profunda repercussão negativa, o referido juiz, por não ser o juiz responsável pelo caso (proferiu a referida decisão em substituição ao magistrado efetivamente responsável pelo caso), acabou por “cancelar” a decisão e remeter o caso ao juiz titular do caso – sendo que ele acabou sofrendo a pena de censura do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo por conta da *impropriedade absoluta da linguagem* por ele utilizada em sua decisão¹⁹⁵. De qualquer forma, essa decisão profundamente segregacionista e afrontosa à dignidade humana de homossexuais, por considerá-los “inaptos” a jogar futebol, ao menos ao lado de heterossexuais (do contrário, não teria pregado que fundassem uma “federação própria” para

¹⁹⁴

Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317411.shtml> (último acesso: 15/01/12), que traz um link para a íntegra desta absurda sentença, a saber: http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf (último acesso: 15/01/12).

¹⁹⁵ Cf.

<http://direito-desportivo.jusbrasil.com.br/noticias/2137536/juiz-do-caso-richarlysson-e-punido> (último acesso: 15/01/12).

jogarem), mediante ideologia claramente análoga à doutrina do *separados, mas iguais* que tanto assolou a convivência entre brancos e negros no passado nos EUA e na África do Sul, bem como por patologizar a homossexualidade quando a ciência médica mundial já não mais o faz, demonstra cabalmente o profundo preconceito que muitos ainda têm contra a homossexualidade nos dias de hoje...

Para finalizar a análise deste caso, vale citar trecho da sentença que extinguiu a queixa-crime, proferida pelo juiz competente¹⁹⁶:

Por fim, não se pode deixar de observar que é altamente questionável até mesmo que tenha sido imputado ao querelante um fato ofensivo à sua dignidade ou decoro. *Ao querelante teria sido atribuída apenas a condição de homossexual.* Ora, nos tempos de hoje, em que é tão difundida a ideia de que a homossexualidade é apenas uma opção da pessoa [sic], *chega mesmo a ser preconceituoso o entendimento de Rycharlison de que tal imputação caracterizaria injúria*, já que é o querelante quem, com tal entendimento, afirma que o homossexualismo é indigno ou indecoroso. Prefiro acompanhar os pensamentos mais modernos e igualitários, no sentido de que a opção sexual da pessoa nada a desmerece nem

a favorece, e considerar que tal imputação não caracteriza crime, *por não ser ofensiva.* [...] (grifos nossos)

Ressalvando que não há que se falar em “opção sexual”, na medida em que ninguém escolhe ser homossexual, heterossexual ou bissexual, simplesmente se descobrindo de uma forma ou de outra, precisas referidas colocações, aqui referendadas no sentido da ausência de algo injurioso na mera imputação de homossexualidade a uma pessoa.

Cabe anotar que, na petição inicial, Rycharlison afirmou, após aduzir que “não foi a primeira vez que um dirigente palmeirense atingiu a honra e tentou, de modo pejorativo, de menosprezar a carreira do atleta Requerente”, que “*Não que o fato de ser ou não homossexual o desabone como pessoa*, a verdade é que o Requerente sentiu que a sua intimidade foi ultrajada e ainda, pelo fato de ter colocado da forma ‘insensata’, jocosa e irresponsável, com nítida intensão de menosprezo e prejuízo à carreira profissional, como foi feito pelo Requerido [...]” (fls. 04), que, de sua parte, “houve um sentimento de revolta e angústia pelo Requerente, e ser perguntado sobre o por quê de *tamanha agressão* do Requerido em ter feito tal declaração, chegou-se a única conclusão: ‘*O declarante foi leviano em suas declarações*’,

¹⁹⁶ Cf. o referido processo n.º 583.00.2007.212366-7, fls. 69 e 97-98.

sendo esta a sua resposta aos inúmeros jornalistas”, que “a partir da declaração do Requerido, o *Requerente teve a sua imagem associada à forma preconceituosa, estando estampada e configurada a violação à sua vida íntima, à sua honra e à sua imagem*. Sob este mesmo prisma, o Requerente viu questionada a sua opção sexual como se no ‘viril’ futebol não importasse seu potencial atlético”, que “ao ter que dar explicações sobre a sua intimidade, noticiada por toda a imprensa, tornou sua vida ‘um inferno’”, que “repórteres entrevistaram vizinhos, porteiro, zelador, todos persuadidos a opinarem sobre a sexualidade do Requerente. Sendo ainda que o Requerente foi aconselhado por seu clube empregador a ‘isolar-se’ no Centro de Treinamento, ficando ali como se ‘confinado’ fosse [...]”, donde “não se questiona a intenção da injúria praticada, mas sim *as suas consequências e os danos decorrentes da violação da vida privada, intimidade, honra e imagem do Requerente*” (fls. 06). Anotou que “Evidentemente, *ser ou não homossexual não é situação que se amolda, de per si, a qualquer dano moral*, importando apenas a ‘lesão’ sofrida, ou violação de direitos protegidos. Porém, o fato é que a declaração do dirigente do Palmeiras teve sim nítida intenção de causar um incômodo e um prejuízo à carreira do Requerente”, sob o fundamento de que “Buscou o Requerido menosprezar ou excluir o Requerente do futebol, causando-lhe constrangimentos, mal estar e aborrecimentos

frente aos inevitáveis juízos sobre a sua opção sexual, feitas ao arrepio da proteção que se confere ao direito à imagem e à intimidade e à vida privada do atleta” (fls. 08). Grifos nossos.

A nosso ver, não é possível inferir, da mera declaração do referido diretor do Palmeiras, uma “intenção de ofender”. Parece-nos, realmente, ter sido um *ato falho*, seja ou não decorrente de suposta mudança de pergunta por parte do apresentador, como afirmado na contestação. Sobre as alegações do atleta, parece que a tese do mesmo foi a de que pleiteou indenização por danos morais por conta dos *constrangimentos* que teve em sua vida por conta de tal declaração, até porque, como visto, sua própria petição aponta que é evidente que “*ser ou não homossexual não é situação que se amolda, de per si, a qualquer dano moral*” por isso não ser algo desabonador (embora não se compreenda, por conta desta afirmação de não haver dano moral na mera imputação de homossexualidade, porque ele afirmou, ao mesmo tempo, que a imputação a ele de homossexualidade seria uma “tamanho agressão” contra ele, merecendo, assim, críticas por se considerar “agredido” por ser identificado como homossexual, já que agressão isto não é justamente por não haver nada de desabonador na singela imputação de homossexualidade a alguém). Sobre referida tese da petição inicial, comprovados os constrangimentos decorrentes do ato do dirigente do Palmeiras, caracterizar-se-ia tal situação como *dano*

moral – não por haver algo “indignificante” na imputação de homossexualidade, mas nos constrangimentos comprovadamente decorrentes de tal imputação, por ter sido feita sem concordância do jogador. Algo que precisaria ficar expresso para evitar mal-entendidos.

Analisemos agora outro caso.

No *REsp n.º 1.063.304/SP*, o Superior Tribunal de Justiça, não contente em ratificar o entendimento de que a mera identificação de uma pessoa como “homossexual” geraria “dano moral”, considerou “irrisória” a indenização fixada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$60.000,00 (sessenta mil reais), e a aumentou para R\$250.000,00 – *duzentos e cinquenta mil reais*, um valor extremamente vultoso, bem maior, inclusive, do que o Tribunal concedia na época a *morte de parente próximo*, que ficava entre R\$124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais) e R\$207.500,00 (duzentos e sete mil e quinhentos reais)¹⁹⁷, donde, ainda que consideradas divergências quanto a

valores, temos que a *morte de parente próximo* era indenizada em montante inferior pelo STJ na época em que proferida a decisão aqui criticada, que concedeu *duzentos e cinquenta mil reais* a uma pessoa pelo simples fato de ter sido identificada como homossexual e pelos constrangimentos que o acórdão relatou que ele teria sofrido por seus “valores pessoais” e pelas “chacotas” e questionamentos de sua sexualidade por terceiros... Explicitemos o histórico e os fundamentos do julgado.

O histórico do caso foi assim resumido por notícia do site Consultor Jurídico¹⁹⁸: “Numa de suas edições de domingo, em 2001, o jornal publicou reportagem intitulada ‘*Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual*’, na qual incluiu a foto de um advogado numa suposta insinuação de se tratar de público gay. O valor da indenização foi fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou irrisória a quantia arbitrada anteriormente. A foto foi publicada no caderno Cotidiano e fazia referência aos gays ‘de armário’ que agendavam encontros noturnos

¹⁹⁷ Este valor foi ratificado pelo STJ, v.g., no *AgRg no Ag n.º 1.413.118/RJ*, *DJe de 17/10/11 (morte de filho)*; no *AgRg no Ag n.º 1.306.964/PR*, manteve o valor de R\$ 200.000,00 para caso de morte de mãe. Para ficarmos no ano de 2008, quando proferido o acórdão aqui criticado, o *REsp n.º 703.194/SC*, *DJe de 16/09/2008*, invocou jurisprudência da Corte no sentido de que o dano moral por morte de um filho importava em trezentos salários-mínimos, o que, considerado o valor de R\$ 415,00 de cada salário-mínimo, importava na quantia de R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais). Considerando

que os citados *AgRg no Ag n.º 1.413.118/RJ* e *AgRg no Ag n.º 1.306.964/PR* mencionaram quinhentos salários-mínimos como parâmetro indenizatório por morte de parente próximo, aplicado este entendimento ao ano de 2008, teríamos a quantia de R\$ 207.500,00 (duzentos e sete mil e quinhentos reais), ou seja, valor ainda menor do que o concedido pela decisão aqui criticada...

¹⁹⁸ Cf. http://www.conjur.com.br/2008-ago-28/advogado_identificado_gay_indenizado (acesso: 15/01/12).

pela internet¹⁹⁹. A foto, segundo a defesa, foi tirada furtivamente, no momento em que o advogado abraçava um conhecido em frente a um café. Havia indicação de que o fotógrafo eliminou do enquadramento as respectivas mulheres, que também estavam no local. Apesar da imagem escura, era plenamente possível a identificação, alegou a defesa”. Ademais, segundo o referido informativo, “Para o ministro Ari Pargendler, relator do processo, *mesmo sem nenhum preconceito*, ser identificado como homossexual *pode*, em determinados setores, *ser extremamente negativo à imagem pública de um homem* [trecho este que, todavia, não consta do acórdão]. O advogado, que sustentou a defesa no STJ, ressaltou que até hoje responde a piadas em tom jocoso a respeito do assunto. A fotografia, aliada ao teor da reportagem, levava a crer, segundo o advogado, que ele pertencia ao público gay” (grifos nossos). Essa

¹⁹⁹ No resumo do relator: “Os autos dão conta de que B. S. S. ajuizou ação de indenização por danos morais contra Empresa Folha da Manhã - Ltda., responsável pelo Jornal Folha de São Paulo, alegando que no dia 27 de maio de 2001 foi publicada no Jornal Folha de São Paulo uma matéria com o título ‘Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual’ com fotografia do Autor cumprimentando um amigo na Rua Haddock Lobo, ao lado do Fran’s Café que, segundo a matéria, é local destinado a encontro do público GLS na cidade de São Paulo; a forma como foi tirada a fotografia demonstra claramente a maldosa intenção de insinuar um possível beijo entre dois homens; a atitude da Ré causou-lhe um profundo abalo de ordem emocional porque a sua imagem ficou vinculada ao público homossexual; além de constrangimentos diante de amigos e

afirmação, contudo, não constou do acórdão, que teve uma fundamentação lacônica para afirmar que “Sem dúvida, a publicação da fotografia desrespeitou os valores do Autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona” e que “Na espécie, a indenização fixada pelo tribunal *a quo* em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é irrisória à vista dos prejuízos morais sofridos pelo Recorrente, justificando a intervenção excepcional do Superior Tribunal de Justiça”, de sorte a aumentar o valor indenizatório para R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Na ementa, constou o seguinte trecho, não constante do voto do relator: “A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, *a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a*

familiares, a matéria trouxe-lhe inúmeros aborrecimentos na vida profissional, pois no exercício da advocacia passou a ser motivo de chacota por parte de advogados e servidores públicos do Poder Judiciário; além disso, o Autor passou a conviver com a desconfiança dos amigos, familiares e clientes do escritório de advocacia acerca de uma possível homossexualidade (fl. 18/33)”. Relatou, ainda, que a matéria, citando nomes fictícios sobre o autor da ação e outro homem, narrou que “‘A primeira parada para a noite é no Fran’s Café, na rua Haddock Lobo, quase esquina com a avenida Paulista. O café é o local preferido para os ‘blind dates’, ou encontro às escuras, marcados pela internet entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente’ (fl. 35)”.

imagem deste, causando-lhe dano moral". Para piorar, o voto vencido do Ministro Massami Uyeda pretendia dar integral provimento ao recurso para *aumentar ainda mais* o valor da indenização²⁰⁰...

Ou seja, segundo o acórdão, o “dano moral” restaria configurado pelo fato de *os valores* do autor terem sido desrespeitados, de sorte a violar sua vida íntima, familiar e profissional sob o “fundamento” de que identificar como homossexual quem não o é agrediria a imagem deste, sem explicar exatamente o porquê disso nem de que forma teria se caracterizado a ofensa à vida íntima, familiar e profissional do autor da ação. A inferência que se pode fazer é a de que o Tribunal considerou que o fato de ter *sido motivo de chacota* (sic) por parte de advogados e servidores e de ter tido sua sexualidade

questionada a partir de então justificaria tais afirmações.

Ora, *data maxima venia*, referido acórdão é um exemplo cabal de *homofobia jurisprudencial*²⁰¹, pois é um verdadeiro absurdo o *Tribunal da Cidadania* considerar que a identificação de uma pessoa como “homossexual” seria algo “ofensivo” à pessoa heterossexual, de sorte a caracterizar “dano moral”, em postura que claramente menospreza a homossexualidade relativamente à heterossexualidade, absurdo este agravado pela decisão não se dignar a sequer afirmar o motivo pelo qual ser qualificado como homossexual seria algo “ofensivo” à honra, à imagem, ao nome e/ou à dignidade da pessoa humana que não seja homossexual...

Será que o Tribunal consideraria como “dano moral” e fixaria uma indenização

²⁰⁰ Referido ministro, no mesmo ano, havia proferido voto favorável no histórico REsp n.º 820.475/RJ, que pela primeira vez reconheceu o cabimento da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva (ou seja, da união homoafetiva como dentro do âmbito de proteção do regime jurídico da união estável) – logo, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mas afirmou, neste REsp n.º 1.063.304/SP, que a imputação de homossexualidade seria uma “ofensa” a um heterossexual...

²⁰¹ Segundo Daniel Borrillo, “A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico.

*Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências jurídicas” (BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 34), o que se aplica à decisão do STJ na medida em que claramente efetiva uma hierarquização da heterossexualidade acima da homossexualidade, pois, do contrário, não afirmaria que imputar homossexualidade a quem não seja homossexual seria uma “ofensa” caracterizadora de “dano moral”, bem como por ter sido praticada por uma instituição do Estado Brasileiro (o Poder Judiciário), donde se qualificar como homofobia institucional.*

milionária como esta se o advogado em questão tivesse sido identificado como *judeu*, *argentino* ou *baiano*, por exemplo, caso os valores de tal pessoa fizessem com que ela se sentisse “ofendida” com tal imputação? Troque-se o título da matéria (e adapte-se o conteúdo), de “Bairro de São Paulo atrai vizinhança homossexual” para “Bairro de São Paulo atrai vizinhança judaica/argentina/baiana” e imagine-se que a pessoa assim identificada pela foto tivesse sofrido “chacotas” pelo fato de a reportagem ter levado a crer “que ele pertencia ao público judeu/argentino/baiano”, contra os quais é notório que, incredivelmente, ainda existem pessoas que possuem profundos preconceitos antissemitas, xenófobos (especialmente, no Brasil, contra argentinos, ante a rivalidade futebolística entre os países) ou bairristas (no caso, contra pessoas da Bahia).

Ora, ser chamado de “homossexual” não pode configurar dano moral *in re ipsa* pela vedação constitucional de aceitação de preconceitos na valoração de um caso como *dano moral*, decorrente do art. 3º, inc. IV, da CF/88, bem como pela isonomia e pela razoabilidade exigirem motivações lógico-rationais para decisões judiciais, algo inexistente no preconceito justamente por ele se pautar na arbitrariedade. Logo, a menos que comprovado que referido advogado teria perdido clientes ou passado por *sérios constrangimentos* em sua vida pessoal, familiar ou profissional (no sentido de algo que

transcenda o *mero dissabor*), não poderia ser fixada indenização por danos morais – o acórdão só faz referência ao depoimento pessoal do autor da ação e mesmo assim sem transcrever seu teor, dando a entender que aceitou as declarações unilaterais do mesmo sobre os constrangimentos que teria sofrido, o que não podemos analisar já que não tivemos acesso aos autos. O absurdo deste acórdão é o trecho da ementa que afirma peremptoriamente que o singelo fato de ser identificado como homossexual alguém que não o é (logo, um heterossexual) seria algo caracterizador de “dano moral”...

Outrossim, a afirmação da ementa, não desenvolvida no acórdão, de que a imputação de homossexualidade seria ofensiva aos próprios homossexuais é absurda – nenhum homossexual se sente ofendido por ser identificado como homossexual, o que pode ocorrer é o homossexual não querer ter sua homossexualidade revelada para que não sofra discriminações homofóbicas por parte da sociedade. A diferença é brutal: não há que se falar que homossexuais neste contexto se sentiriam “ofendidos” por serem qualificados como “homossexuais”, mas que eles não querem ter essa sua característica revelada para não serem discriminados... Como o acórdão não se dignou sequer a explicitar o motivo pelo qual considera que homossexuais se sentiriam “ofendidos” por serem identificados como homossexuais, a afirmação é pura e simplesmente arbitrária, por não explicados

seus fundamentos... bem como a afirmação de que “a homossexualidade, como curiosidade, tem conotação discriminatória” – como homossexuais constituem uma minoria se comparados a heterossexuais, eventual “curiosidade” acerca da homossexualidade decorre de interesse em compreendê-la, não sendo qualquer “curiosidade” acerca da homossexualidade algo *em si* “discriminatório”. Embora evidentemente possa ocorrer tal intuito discriminatório na perquirição da homossexualidade alheia, a generalização feita pela ementa é absolutamente descabida e, novamente, arbitrária, por não explicitados seus fundamentos... especialmente porque uma matéria que destaque um local como de frequência predominante de homossexuais não tem necessariamente esse intuito, mas o de isto informar – se eventualmente a matéria em questão não se enquadrava nisso, o que não sabemos por não termos a ela tido acesso, isso não permite a generalização arbitrária feita pela ementa do acórdão, ainda mais sem este se dignar a explicitar os fundamentos de tal generalização...

Anote-se nada socorrer o referido julgado a afirmação de seu relator, fornecida pelo site Consultor Jurídico, no sentido de que esse entendimento teria sido formulado *sem nenhum preconceito* – provavelmente se referiu a nenhum preconceito de sua parte e da Turma julgadora no trato a pessoas homossexuais na vida cotidiana (não há como

saber ao certo, pois isso também não foi explicado), mas o fato é que o Tribunal admitiu como “válida” a utilização do preconceito social como parâmetro definidor de uma situação como “dano moral”, a despeito da vedação constitucional específica do art. 3º, inc. IV, da CF/88 e da exigência de lógica e de racionalidade da isonomia e da razoabilidade para decisões jurídicas... Logo, houve, no mínimo, *ratificação de preconceito social* por essa decisão do Superior Tribunal de Justiça, algo profundamente lamentável, já que o *Tribunal da Cidadania* afirmou, implicitamente, que a dignidade de um heterossexual não seria respeitada por sua identificação enquanto “homossexual”, algo extremamente indignificante à *cidadania* de homossexuais em geral, já que tal consideração inegavelmente aponta para uma suposta “superioridade” da heterossexualidade sobre a homossexualidade, o que só pode ser “afirmado” por puro e simples preconceito, ou seja, por juízo de valor desarrazoado, irracional, por desprovido de lógica e racionalidade que lhe sustente...

Já nos foi dito que como a *injúria* supõe afronta à *honra subjetiva* da pessoa, ou seja, *àquilo que a pessoa pensa de si mesma*, então o fato de a pessoa se sentir “ofendida” por ser identificada como “homossexual” faria incidir o tipo penal, pelo caráter *subjetivo* inerente à noção de honra *subjetiva*. Contudo, consideramos absurdo esse entendimento quando a pessoa se considere “ofendida” por

puro e simples *preconceito* de sua parte, já que preconceito não é paradigma juridicamente válido para valorações jurídicas (o que vale também para a *difamação*, que supõe afronta *àquilo que os outros pensam da pessoa* em questão: não pode ser considerada como “difamação” a atribuição de uma característica não ofensiva a uma pessoa, ainda que considerada como “ofensiva” por terceiros). Do contrário, ter-se-á de admitir que uma pessoa identificada, por exemplo, como “judia/argentina/baiana” possa processar criminalmente quem assim lhe identificou por *injúria*, se vier a se considerar “ofendida” por tal imputação e demonstre, em depoimento pessoal perante o juiz, as razões preconceituosas de considerar como “ofensiva” uma tal imputação a si...

A prevalecer o entendimento absurdo aqui criticado, então um homossexual que se considere “ofendido” por ser identificado como “heterossexual” deverá ser indenizado por “dano moral” por esta imputação de heterossexualidade a si caso isso viole seus *valores pessoais* (caso não goste desta imputação), em especial se começar a ser alvo de “chacotas” e de questionamentos sobre sua sexualidade no meio LGBT²⁰² no qual convive (por exemplo, a militância LGBT e/ou com seus amigos LGBT). Afinal, esses foram os fundamentos invocados pelo acórdão para justificar a indenização no caso aqui criticado... Logo, aceitos os “fundamentos” do

referido acórdão, então se um homossexual se sentir “ofendido” por ser identificado como heterossexual e, especialmente, demonstrar que foi *extremamente negativo* para sua imagem perante, digamos, a militância LGBT, a sua identificação como heterossexual, então a coerência argumentativa demandará que se reconheça essa situação como “dano moral” e, ainda, uma indenização de mesmo valor daquela fixada nesse precedente, sob pena de incoerência com os fundamentos do precedente aqui criticado...

Logo, percebe-se que a jurisprudência brasileira ainda tem muito a evoluir para garantir plena cidadania à população homossexual, já que esse entendimento esposado pelo STJ é, inegavelmente, uma afirmação da superioridade da heterossexualidade relativamente à homossexualidade por considerar como “ofensiva” a imputação de “homossexualidade” a uma pessoa que não é homossexual – afinal, do contrário, isso teria sido ressalvado no acórdão. Caso o dano moral tivesse sido concedido pelo entendimento de que a mera violação do direito à imagem configuraria dano moral *in re ipsa*, isso certamente teria sido ressalvado no acórdão. Não foi, todavia, o que aconteceu: o acórdão fundamentou a concessão de indenização por “dano moral” pelo fato de considerar a homossexualidade “ofensiva” à honra da pessoa em questão... Assim, profundamente

²⁰² Sigla destinada a designar “Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”.

lamentável essa decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão

O preconceito pessoal ou social não pode ser usado como fundamento para caracterizar determinada situação como dano moral, na medida em que o preconceito não é parâmetro juridicamente válido, consoante, inclusive, expressa dicção constitucional (art. 3º, inc. IV, da CF/88). Dessa forma, não se pode considerar que a mera identificação de uma pessoa como “homossexual” constituiria uma “ofensa” e, portanto, um crime de “injúria/difamação” e/ou um “dano moral” passível de indenização no âmbito cível, na medida em que a imputação de homossexualidade não é algo ofensivo à pessoa humana, pois somente por preconceito se pode considerá-la como algo “ofensivo”.

No *caso Rycharlison*, este ingressou com ação criminal de injúria e ação civil de indenização por danos morais sob o fundamento de que, a despeito de não haver nada de desonroso na identificação de alguém como “homossexual”, essa imputação feita a ele por um diretor do Palmeiras teria lhe causado constrangimentos que justificariam a indenização. De qualquer forma, a despeito da correta fala de que não haveria nada desonroso na homossexualidade, o referido jogador merece críticas por ter considerado como *ofensivo* (uma “tamanho agressão”) à sua

honra o simples fato de ter sido identificado como “homossexual”, já que não há nada de ofensivo nesta imputação, justamente por não haver nada de desabonador na singela imputação de homossexualidade a alguém.

No *REsp n.º 1.063.304/SP*, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão absurdo, no qual referendou que a identificação de um heterossexual como “homossexual” constituiria uma “ofensa” e, ainda por cima, considerou “irrisória” uma indenização de sessenta mil reais e aumentou-a para *duzentos e cinquenta mil reais*, valor superior ao que o Tribunal conferia a *morte de parente próximo* na mesma época... Referida decisão referendou preconceito social contra a homossexualidade, algo flagrantemente inconstitucional por conta da vedação de utilização de preconceitos em valorações jurídicas decorrente do art. 3º, inc. IV, da CF/88 e da exigência de lógica e de racionalidade da isonomia e da razoabilidade, donde merecedora de profundas críticas tal decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORRILLO, Daniel. Homofobia. História e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte: Ed. Autêntica, 2000.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

- FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 3ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- NETO, Xisto Tiago de Medeiros. *Dano moral coletivo*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. LTr, 2007.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, 4ª Ed., São Paulo: RT, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13ª Ed., Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2018.
- SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. 2ª Ed., RJ-SP, Record, Trad. de Rubem Mauro Machado. Título Original: *Homosexuality: A History*, 1999.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 5ª Ed., SP: Ed. Saraiva, 2007.
- TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*, 6ª Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004.
- TREVISAN, João Silvério. *Seis balas num buraco só: a crise do masculino*, RJ-SP: Ed. Record, 1998.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade das Decisões do STF, STJ e CNJ sobre as Uniões Homoafetivas*. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, RJ: Lumen Juris, 2017, pp. 11-109.
- _____. *Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo*. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 87-140.
- _____. *Da homossexualidade à homoafetividade. Dos gregos à contemporaneidade*. In: NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Antropologia Jurídica. Uma contribuição sob múltiplos olhares*, São Paulo: Editora Scortecci, 2017, pp. 146-171.
- _____. *Direito à autodeterminação de gênero das pessoas intersexo*. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, pp. 105-116.
- _____. *Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos*, 1ª Ed., SP: Spessoto, 2019.
- _____. *Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero*. In: GREEN, James N. QUINALHA, Renan. CAETANO, Márcio. FERNANDES, Marisa. *História do Movimento LGBT no Brasil*, SP: Alameda Casa Editorial, 2018, pp. 449-470.
- _____. *União Estável Homoafetiva e a Constitucionalidade de seu Reconhecimento*

Judicial. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Fev-Mar 2010a, Ano XI, n.º 14, pp. 66-88.

_____. A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva – Equívocos dos Julgamentos do TJRS que Negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Jun-Jul 2010b, pp. 93-117.

_____. A hermenêutica jurídica. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: RT, 2014, pp. 205-246.

_____. Os princípios fundantes. Dignidade da pessoa humana; liberdade; igualdade e respeito às diferenças; proporcionalidade e razoabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 113-170.

_____. Colisão e antinomia entre princípios e regras. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, SP: RT, 2014, pp. 181-204.

_____. O direito do transexual, com ou sem filhos, à cirurgia de transgenitalização e o direito de travestis e transexuais à retificação do seu prenome e do seu nome jurídico independentemente de cirurgia. In: DIAS, Maria Berenice (org). *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 599-630.

_____. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011f. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/19086>>. Acesso em 5 jan. 2012.

_____. Possibilidade de Conversão de União Estável Homoafetiva em Casamento Civil, 2011g. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=767>. Acesso em 5 jan. 2012.

_____. Minorias Sexuais e Ações Afirmativas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Edição, São Paulo: Consulex, 2012, pp. 29-54.

_____. O STF e a União Estável Homoafetiva: análise dos fundamentos da decisão da ADPF nº 132 e da ADIn n.º 4277. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Edição, SP: Consulex, 2012, pp. 205-231.

_____. O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar constitucionalmente protegida. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. LEITE, Glauco Salomão (org.). *Manual do Direito Homoafetivo*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, pp. 128-156

_____. Tutela jurídica de travestis e transexuais que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão (org.). *Direito à Diversidade*, São Paulo: Ed. Atlas, 2015, pp. 280-306

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. CHAVES, Marianna. Perspectivas Luso-Brasileiras. Equívocos do Tribunal Constitucional Português quando negou o direito constitucional ao casamento civil homoafetivo. In: FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. OMMATI, José Emílio Medauar. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti (org.). *Diferentes, mas Iguais. Estudos sobre a Decisão do STF sobre a União Homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)*. Coleção Teoria Crítica do Direito – Vol. 3, RJ: Lumen Juris, 2017, pp. 397-424.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti.
GORISCH, Patricia. Famílias Homoafetivas e Direitos LGBTI nas Américas. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. CARDIN, Valéria Silva Galdino. BRUNINI, Bárbara Cossetin Costa Beber (org.). *Famílias. Psicologia e Direito*, Brasília: Editora Zakarewicz, 2017, pp. 289-303.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 8ª Ed., SP: Saraiva, 2007.