



## **SEXUALIDADE E DIREITO: A LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS COMO RESPOSTA JURÍDICA À HOMOFOBIA**

Marcos da Veiga Kalil Filho<sup>1</sup>

**Resumo:** No esteio de estatísticas atroztes de violência contra homossexuais no Brasil, pelas quais se constata que o país é o líder mundial de homicídios contra o referido grupo, o presente trabalho vem preencher uma lacuna acadêmica, no que tange o tema da sexualidade dentro do Direito, com vistas a atender a uma demanda de compreensão da homofobia, enquanto fenômeno sócio-jurídico complexo. Para tanto, perquirir-se-á a temporalidade do juízo moral acerca da homossexualidade, tal que se demonstre seu caráter historicamente variável e, sobretudo, subjugado a outros fatores exógenos. Por fim, as manifestações jurídico-doutrinárias pelo reconhecimento dos direitos sexuais como direito humano selam o entendimento de que o Brasil precisa de um paradigma constitucional que resguarde a sexualidade, enquanto direito fundamental.

**Palavras-chave:** SEXUALIDADE, DIREITOS SEXUAIS, DIREITOS HUMANOS.

### **INTRODUÇÃO**

Intocáveis. Impuros. Fora do sistema. Os párias são a camada de uma sociedade desprezada por não cumprir o que se entende como seu papel social. A nomenclatura nos remete às castas da Índia, mas sua lógica pode ser facilmente percebida nos demais países, ao redor do globo. No mundo ocidental cristão, entre os grupos marginalizados, encontram-se os homossexuais, cuja conduta parece subverter a ordem vigente de tal maneira que, em alguns lugares, como o Brasil, a resposta costuma ser violenta. Indivíduos cuja afeição remete-se ao mesmo sexo estão fadados ao desprezo não só do senso comum, mas também da área acadêmica, quando se constata a escassez de trabalhos em torno dessa temática.

O Direito possui uma enorme dívida com essas minorias. Como tradicional instrumento de manutenção do *status quo*, o ordenamento jurídico, não raro, apresenta lentidão desumana para aglutinar novos direitos que assegurem verdadeiramente as demandas contemporâneas de uma sociedade multifacetada. Contudo, cabe à sociedade exigir as mudanças e, quando essa, majoritariamente, não enxerga um determinado

---

<sup>1</sup> Ibmec. marcoskalil26@gmail.com.

grupo de indivíduos como detentores de direitos, há a necessidade do cumprimento do Princípio da Igualdade em movimento vanguardista de promoção da tolerância.

O preconceito contra os homossexuais possui facetas ainda incompreendidas pelo Direito brasileiro e, por conseguinte, pela sociedade. Compreender a sexualidade pode, certamente, levar a uma nova perspectiva da homofobia, instando o Estado a tomar sua posição de proteção das minorias.

## **PERSPECTIVA HISTÓRICO-CULTURAL DA HOMOSSEXUALIDADE: DA ANTIGUIDADE À PÓS-MODERNIDADE**

A análise histórica, mesmo que breve, da homossexualidade serve perfeitamente ao propósito de elucidar a temporalidade da percepção por parte das diferentes sociedades, ao longo da História, das relações entre pessoas do mesmo sexo. Se, atualmente, a comunidade ocidental cristã e, em relevo, o Brasil demonstram aversão ao comportamento homossexual; se a sexualidade é parte integrante de um sistema de poder elucubrado todos os dias, há centenas de anos; o que a homossexualidade despertava em outros povos (e nos próprios brasileiros), em momentos pretéritos?

Na Antiguidade Grega, não obstante a existência de uma civilização com profundo senso estético e artístico, com uma produção filosófica que ainda exerce influência sobre as demais culturas do mundo, inúmeros relatos interessantes sobre a homossexualidade podem ser suscitados. Nesse sentido, podemos encontrar:

*“A pederastia para os gregos consistia no amor de um homem (geralmente com idade acima de trinta anos) por um adolescente (entre os catorze e os dezesseis anos). A relação sexual entre pessoas adultas do mesmo sexo não era comum e, quando ocorria, era reprovada. Principalmente se envolvesse dois homens adultos, pois havia preocupação com a questão da passividade. Um homem não podia ter complacências passivas com outro homem, muito menos se este fosse um escravo ou de classe inferior.” (MACEDO, 2010. p. 13)*

A história da vida sexual na Grécia, de acordo com o historiador Lewinsohn, trata a homossexualidade de forma natural. O casamento entre homem e mulher, por exemplo, não era excluído pelo fato de o homem se relacionar com um jovem. Na realidade, sua imagem não era afetada perante a sociedade, visto que o amor ao belo, ao sublime e o cultivo da inteligência e da cultura não tinha sexo para aquela civilização. Igualmente, a prostituição masculina, ainda que muito criticada, era tolerada.

Na Idade Média e, em sequência, na Idade Moderna, a moral cristã ditou como pecado a percepção do cidadão mediano acerca das relações entre pessoas do mesmo

sexo. Mais do que isso, o papel submisso da mulher também consiste em característica importante em um sistema de poder cristão ocidental, baseado no controle da moral e da vida sexual. Juntos, posição subjugada da mulher e oposição marcada à homossexualidade formaram, a partir daquele momento, o ideário coletivo que predomina, em certo grau, até hoje.

No Brasil, a homossexualidade era fortemente combatida pela Inquisição portuguesa e, mesmo com a laicidade da República Velha, a influência da Igreja Católica perdurou por todo o século XX. Longe de ser a única explicação para o pensamento conservador de uma sociedade que produz estatísticas atroz de morte de homossexuais, a predominância de católicos (e cristãos, em uma perspectiva mais ampla) aponta a congruência histórico-social dos brasileiros com os dogmas religiosos. Nesse sentido, imperioso se faz relacionar a reprovação e, em certa medida, combate à homossexualidade empreendido pela religião católica (e cristã, de forma geral), a expressiva adesão brasileira aos mencionados cultos e, enfim, o elevado número de homicídios de homossexuais no país.

Ao final do século XX e início do século XXI, a visibilidade da homossexualidade aumenta e sua discussão ganha novos contornos. No esteio do fortalecimento dos direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações, ao longo da primeira metade e meados do século XX, e dos movimentos de contra-cultura da década de 60, o movimento gay, cujo objetivo final foi e ainda é alcançar um tratamento de igualdade, alcançou um sem-número de vitórias: em 1973 e 1991, a American Psychological Association e a OMS desconsideraram a homossexualidade como uma doença; os novos meios de comunicação e as paradas gays permitiram uma exposição da questão homossexual em níveis sem precedentes; The Castro, bairro em São Francisco (Califórnia), vira um símbolo da luta GLBT no mundo todo; direitos civis vem sendo vagarosamente concedidos; etc.

As conquistas de visibilidade e os avanços civis efetivos podem ser encarados como sinais de mudança, mesmo que tímidos, no *status quo* vigente. Na realidade, esses símbolos surgem como chamarizes de transformações ou tendências em curso. No que concerne tal assertiva, cabe a consideração:

*“Nos anos 1960, 1970 e 1980, autores da filosofia e da sociologia perceberam uma mudança de cenário. [...] Exemplos emblemáticos desses autores são Guy Debord, com seu Sociedade do Espetáculo, e Zygmunt Bauman, com seu Modernidade Líquida. Na literatura, vemos o existencialismo de Sartre e a terceira fase de Carlos Drummond de Andrade. A liquidez apontada por Bauman em diversas obras pode ser entendida como retrato da sociedade pós-moderna. [...] Era hora do surgimento de uma personagem que sintetizasse os*

*rumos que as idéias pareciam tomar e foi então que Lady Gaga surgiu. [...] Jean Baudrillard começa seu livro Simulacra & Simulation estabelecendo a existência apriorística de um simulacro, que precede a verdade. Em sua epígrafe, o bíblico Eclesiastes é citado de maneira bastante esclarecedora: “The simulacrum is never what hides the truth – it is truth that hides the fact that there is none. The simulacrum is true (Ecclesiastes).” Assim, existiriam criações, os simulacros, que seriam entendidos e praticados como verdade. [...] Lady Gaga, portanto, seria o explícito dessa teoria. Ela não se esconde de ser acusada de ser um produto. Ela se entende perfeitamente como um produto e, ciente da necessidade de acompanhar a tendência de liquidez da sociedade, ela não hesita em afirmar que “As pessoas dizem que Lady Gaga é uma mentira. Sou uma mentira. E todos os dias me mato para tornar isso realidade (Segundo Caderno de O Globo, 8 de agosto de 2010)”. Eis a captação máxima da pós-modernidade.” (KALIL, 2011. p. 2)*

Existe um contexto de fragmentação social que desafia, em efeito, a própria existência do Estado Moderno. De acordo com o autor Floriano de Azevedo Marques Neto, a sociedade homogênea típica da Modernidade cede lugar a estratificações sociais complexas que abarcam movimentos sociais, os neocorporativistas e o pluralismo. Assim, com a globalização e a instauração de um “novo contrato social” e uma “rede de interesses”<sup>2</sup> expondo as deficiências estatais na atenção das suas necessidades cada vez mais díspares e custosas, a população – não mais um todo igual, mas composta por unidades heterogêneas – passa a formar grupos em torno de causas comuns, disputando espaço político no até então soberano campo estatal.

## **DO ESTIGMA SOCIAL E DA HOMOSSEXUALIDADE: AS ESTATÍSTICAS E OS CASOS EMBLEMÁTICOS**

O estabelecimento do outro sempre se mostrou essencial para a construção da identidade própria do ser humano. As etapas do desenvolvimento infantil de Sigmund Freud, por exemplo, compreendiam, entre outras, uma primeira fase (oral), na qual a criança, por não se entender destacada do mundo que a cerca, leva tudo à boca como se daquilo fizesse parte. Na Economia, Fred Hirsch, nos anos 70, erigiu a noção de bem posicional, pela qual o valor de um produto só pode ser mensurado pelo rótulo ou status aferido em relação aos outros. Já para o lingüista estruturalista francês Émile Benveniste, a língua compreende um aparelho formal de enunciação. Por meio dele, as pessoas do

---

<sup>2</sup> Segundo o autor, à época da formação do Estado Moderno, existia uma “concertação de interesses, necessidades e conveniências dos indivíduos isolados” que estabelecia o poder político, mas, na contemporaneidade, há uma “rede de interesses” em função de “estratégias concorrentes dos interesses particulares”, pelas quais é formado um “novo contrato social” que contém “as grandes organizações econômicas, os sindicatos, os partidos e a burocracia”.

discurso estabelecem a referência, um processo de atribuição de sentido às palavras, e a dialogia – a existência do “eu” instaura automaticamente o “tu”.

Nas amostras supramencionadas, mister faz-se perquirir a lógica binária presente, sobretudo, no indivíduo moderno: o sujeito está sempre associado ao objeto . Do lado do sujeito, estariam todas as verdades, tudo o que seria melhor; em detrimento do que está ao lado do objeto: todas as mentiras, tudo o que seria pior. Portanto, binômios como eu-outro, eu vis à vis outro dominam como os indivíduos se relacionam. Nesse diapasão, temos a assunção da alteridade – a vida só existe, pois seu contraponto, a morte, torna-a uma realidade; o tudo só existe, porque seu contraponto, o nada, torna-o lógico – por meio da qual a constituição do eu está diretamente atrelada à constituição do outro. Na medida em que o outro está do lado do objeto e, portanto, tende a ser visto como o diferente, como o estranho, a rejeição do indivíduo ao que lhe é alheio é inevitável.

*"Quando sou visto, tenho, de repente, consciência de mim enquanto escapo a mim mesmo, não enquanto sou o fundamento de meu próprio nada, mas enquanto tenho o meu fundamento fora de mim. Só sou para mim como pura devolução ao outro." (SARTRE, 2005. p. 316)*

A falta de familiaridade com aqueles que são diferentes produziu, ao longo da História da Humanidade, episódios emblemáticos de segregação, discriminação e violência contra grupos marginalizados. O nazismo, o apartheid e a dizimação da população ameríndia servem para ilustrar historicamente uma inabilidade inerente ao ser humano. A composição de um estigma social parece permear todas as sociedades de que se tem notícia. Cabe, porém, destaque a um dos grupos mais hostilizados na contemporaneidade: os homossexuais. No Brasil, segundo o Grupo Gay da Bahia (GGB) , em 2010, o número de homossexuais assassinados superou 250 casos, sendo a primeira vez que a quantidade ultrapassa o patamar de 200 notificações. A cada um dia e meio, morre um homossexual no país e o número vem aumentando anualmente desde a década de 80.

Um dos primeiros casos de violência contra homossexuais de que se tem notícia na mídia pós-Redemocratização data de março de 1993. O vereador Ronildo dos Santos, da pequena cidade de Coqueiro Seco, no Alagoas, após confessar-se bissexual na rádio local, passou a sofrer ameaças de morte, foi afastado da Câmara Municipal e, por fim, seqüestrado e morto com requintes de crueldade. Recebeu, no mesmo ano, o Prêmio da Associação Bissexual da Austrália. Em 2010, em pleno palco da maior parada gay do mundo, a Av. Paulista em São Paulo, jovens de classe média alta agrediram

gratuitamente outros quatro adolescentes, sendo três homossexuais. Os responsáveis legais pelos agressores classificaram o evento como “uma briga boba .”

Não obstante conviver com mais de 150 paradas gays e abrigar a maior associação de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) da América Latina, o Brasil é o campeão em assassinatos a homossexuais. Em 2008, o 2º colocado no ranking mundial desse tipo de homicídio era o México com apenas 35 mortes . A discrepância entre o primeiro colocado e seu subsequente revela a urgente necessidade de, em primeiro plano, políticas públicas de apoio a essas camadas sociais ameaçadas e, ao final, um verdadeiro esforço de autocrítica da sociedade com vistas a rever paradigmas político-culturais que corroboram as estatísticas de violência. As tardias desclassificações da homossexualidade como doença pela American Psychological Association, que só o fez em 1974, sob forte oposição, inclusive, de membros da associação, e a OMS (Organização Mundial de Saúde), que somente desconsiderou a homossexualidade como doença em 1991, reafirmam a força do pensamento conservador em torno do assunto, mas, em nenhum momento, justificam o caráter brutal das reações homofóbicas.

Justificativas a parte, o entendimento acerca do que desperta um grupo social a relegar o papel de outcast a determinados indivíduos ou segmentações abrange uma plethora de fatores. Contudo, no que tange o estudo do estigma social dos homossexuais e os binarismos e hierarquizações do sistema sexo/gênero, importante ressaltar que o gatilho para a permissibilidade da violência contra o outro está talvez na sensação de que ele contaminará o eu, num lapso de esquecimento de que o outro nada mais é do que um espelho, ou um reflexo, do eu – e, portanto, está intrinsecamente imiscuído à estrutura psíquica, metafísica e sociológica do sujeito. Como no comportamento egodistônico de um garoto de programa que mata seu cliente por negar sistematicamente a própria homossexualidade, a sociedade moderna lida mal com sua sexualidade e, por isso, incidentes descomedidos como os apresentados anteriormente se repetem e não param de aumentar.

## **GÊNERO E SEXUALIDADE SOB O PRISMA DAS RELAÇÕES DE PODER**

A análise dos conceitos de gênero e sexualidade se faz imprescindível para o presente trabalho na medida em que estes se vêm impregnados de falsas verdades e deturpações no âmbito do senso comum. O pensamento ordinário no que concernem

esses temas se mostra bastante limitado ao passo que suas esferas de diálogo crítico são peculiarmente restritas. A sociedade não se vê verdadeiramente à vontade para debater e questionar as diferenças entre os sexos, o domínio do indivíduo sobre seu corpo, entre tantas outras questões consideradas “espinhosas”.

Segundo a historiadora Joan Scott (1995, p.12), gênero transcende uma categoria meramente analítica, mesclando-se a raça/etnia e classe social para operar na realidade empírica como categoria histórica. Dessa forma, o saber a respeito das diferenças sexuais – qual seja a idéia de gênero – permite a compreensão da organização das relações sociais. O gênero, portanto, é a forma como um determinado grupo social lida com as evidentes diferenças corporais, produzindo relações de poder. Uma enorme gama de argumentos (religioso, biológico etc) para justificar a utilização política dessas diferenças pode ser elencada, ao longo das diversas sociedades e momentos históricos que eventualmente venham a ser pinçados. Observa-se:

*[...] em muitas sociedades ocorre a distribuição das tarefas entre os sexos como uma espécie de extensão das diferenças procriativas entre homens e mulheres. A atribuição às mulheres da responsabilidade pelo cuidado dos filhos, estabelecida como “natural” nas sociedades ocidentais está, em parte, fundamentada na capacidade que elas têm de engravidar [...] e na suposição decorrente de que elas são mais ternas, mais carinhosas e habilitadas para cuidar da prole [...]. (CONCHÃO, 2008, p. 20)*

Na contramão do uso moderno do termo sexualidade – mais ligado à exposição da sensualidade ou do culto à scientia sexualis de Foucault –, a sua noção em sentido amplo abarca, em verdade, um processo de aprendizado, sobretudo no inconsciente, de quem somos e a posição social que ocupamos. Em primeiro plano, como se pode perceber, a sexualidade não necessariamente tange o sexo como cópula, mas a formação da identidade do indivíduo perante ele mesmo e, igualmente, perante os seus pares sociais. Nesse diapasão, em sua Dissertação de Mestrado para a USP, Silmara A. Conchão assinalou magistralmente:

*“A sexualidade não é somente uma questão hormonal [...] nem se resume a possibilidades corporais de vivência, prazer e afeto. Ela é também uma construção. Envolve um processo contínuo de construção do conhecimento, por meio do qual elaboramos a percepção de quem somos e do quê somos [...] marcas de pertencimento social, de trajetória biográfica, afiliação religiosa e, sobretudo a influência das determinações de conduta para homens e mulheres [...] a sexualidade está extremamente relacionada com o que se espera do comportamento de um homem e de uma mulher.” Grifos nossos (CONCHÃO, 2008. p. 29)*

Vale, aqui, aprofundar um pouco a definição de sexualidade, conforme a tripartição empreendida por Simões (2007). Para ele, esta seria a articulação entre sexo

biológico – ter órgãos genitais e as capacidades reprodutivas apropriadas a cada sexo –, identidade de gênero – a incorporação da convicção interior de ser homem ou mulher conforme atributos, comportamentos e papéis convencionalmente estabelecidos para cada sexo – e orientação sexual – a eleição, ainda que inconsciente, do sexo oposto ou não como objeto de desejo e parceiro de afeto.

A partir dessa tese, é possível aferir as inúmeras faces da sexualidade, quais sejam, respectivamente, a fisiológica-biológica, vista como a única por aqueles que acreditam em uma sexualidade inata (o indivíduo nasceria homem, mulher ou gay), a político-cultural, a qual nos leciona que ser mulher ou homem é, antes de tudo, um paradigma dentro de certo grupo social em um determinado espaço de tempo, e, por fim, a idéia de aprendizado de Heilborn, pela qual nossas impressões e vivências mais íntimas moldarão nossa identidade de maneira profunda e subconsciente, respaldando nossas escolhas e preferências.

A conceituação de gênero e sexualidade apresentada, assim, foge de um crivo meramente analítico e, por conseguinte, superficial. Gênero é “sexo social, uma das relações estruturantes que situa o indivíduo no mundo e determina, ao longo de sua vida, oportunidades, escolhas, trajetórias, vivências, lugares, interesse.” Nesse sentido, faz parte do processo mais amplo de constituição da identidade do indivíduo – a sexualidade. Ambos não existem por si só, mas, de fato, nutrem relações de poder inerentes ao ser humano. Não se pode olvidar deste detalhe, pois, partindo dele, pode-se entender o motivo pelo qual as manifestações da sexualidade são tão reprimidas historicamente.

*“Através de que hipótese conseguimos chegar a afirmar que o sexo é negado, a mostrar ostensivamente que o escondemos, a dizer que o calamos [...] Seria legítimo, certamente, perguntar por que, durante tanto tempo, associou-se o sexo ao pecado [...]” (FOUCAULT, 1988. p. 14)*

Em uma realidade em que o homem branco, jovem, judeu-cristão, heterossexual e rico se coloca como padrão, a discriminação do homossexual revela a faceta concernente à sexualidade das restrições pudicícias, arbitrárias e conservadoras advindas das instituições formais existentes, cujo objetivo nada mais é do que a manutenção do status quo. O círculo de poder também é nutrido pela compreensão de gênero e sexualidade em termos que primem pela valorização do modelo supramencionado e, forçosamente, impeçam comportamentos desviantes.

*[...] A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do*



*sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração de cada moradia, um único lugar de sexualidade reconhecida, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais. [...] (FOUCAULT, 1988. p. 10)*

## **A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS**

Em 1973, no contexto em que a American Psychological Association retira a homossexualidade de seu rol de doenças, intensas discussões acerca do tema eram empreendidas e, em verdade, o juízo que preponderava, inclusive entre profissionais da área de Psicologia, era o de que o comportamento homossexual era um desvio. Thomas S. Szasz, nesse sentido, não escapava, de fato, das suas amarras circunstanciais. Todavia, em seu artigo “Aspectos jurídicos e morais da homossexualidade”, trazia à cena uma nova argumentação.

*“Por que nos Estados Unidos de hoje, a homossexualidade constitui um problema? Principalmente porque apresenta, sob a forma sexual, o dilema clássico da democracia popular: quanta diversidade deve a sociedade permitir? Muitas pessoas, e entre elas eminentes psiquiatras, não fazem distinção entre democracia e aquilo que Tocqueville denominou de “a tirania da maioria”. Em seu livro *Sex Offenses (Delitos Sexuais)*, Manfred Guttmacher, um dos mais notáveis psiquiatras forenses, expressou o seguinte ponto de vista:*

*‘Tenho grande fé no processo democrático. Se for a vontade considerável da maioria que grande número de transgressores sexuais, a maioria dos quais admite-se ter um alto valor de prejuízo social, seja indefinidamente privada de sua liberdade e sustentada às custas do Estado, prontamente submeto-me a esse julgamento [...]’*

*[...] Por que parar na homossexualidade? Se a maioria achar que os judeus, os negros ou os ateus são transgressores, deverá haver liberdade para persegui-los?” (SZASZ, 1973. p. 109)*

A querela tecnicista em torno da hipótese de patologia da homossexualidade, como se pode perceber acima, ocultava a necessidade de politização de todas essas perquisições. Cumpre-se assinalar que, em alta probabilidade, os resultados científicos alcançados, até então, poderiam estar contaminados por um forte conteúdo moral contrário ao homoerotismo. “Em nossos dias, a homossexualidade constitui problema moral, político e social. Dessa maneira, não basta aos psiquiatras interessarem-se por noções abstratas de saúde e doença psicosexual e desprezarem o problema mais geral da conformidade em oposição à diversidade numa sociedade humana complexa” (SZASZ, 1973. p. 119).

A noção de democracia instituída pelo douto psiquiatra, aludida de Tocqueville, possui um contraponto. Neste, o sistema democrático é “uma organização em que a liberdade das minorias de tal opressão é um ponto merecedor da mais alta

consideração” (SZASZ, 1973. p. 120), idéia defendida por John Stuart Mill, em 1859, e, outrossim, basilar para a Constituição de 1988 e seu caráter garantista. O Princípio da Igualdade constante da atual Carta Magna prevê o que Rui Barbosa nos leciona ao afirmar: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.”

As violações aos direitos dos homossexuais usualmente são relacionadas ao desrespeito ao Princípio da Igualdade. Tal correlação enseja a produção de políticas afirmativas, no caso da discriminação racial e social, e projetos de lei como a criminalização da homofobia, no que tange aos homossexuais. As medidas coercitivas que utilizam o Direito Penal, muito criticadas não só por setores conservadores, mas também por correntes humanistas que enxergam os direitos humanos como um “processo de emancipação”, podem atentar para necessidades emergenciais de proteção à dignidade dos homossexuais. Entretanto, se mostram ignorantes ao cerne da discriminação.

Como explorado pelos pontos de revisão de literatura anteriores, a violência contra homossexuais, em suas diversas manifestações e, em última análise, no fato de que o número de mortes de gays e lésbicas é alarmante em nosso país, advém de uma sexualidade controlada, ou seja, um processo de aprendizado no que tange a identidade em que o indivíduo não possui a verdadeira liberdade de escolha e, para além disso, percepção, quando a sexualidade é importantíssima para as relações de poder. Em definitivo, o que está em jogo transcende o direito dos homossexuais, mas os direitos sexuais e reprodutivos enquanto direitos humanos.

*“Segundo Mattar (2007), especificamente os direitos de decidir de forma livre e com responsabilidade, sobre a reprodução e de ter acesso à informação e meios para tomada de decisões, dizem respeito aos direitos reprodutivos. Por sua vez, o direito de exercer, sem discriminação ou coerção a sexualidade e a reprodução, diz respeito aos direitos sexuais. Tais direitos não se restringem ao campo da saúde, mas se expressam e se realizam em diferentes dimensões da vida social, que afetam a expressão da sexualidade e a experiência da reprodução. O que deveria ser um tema intrínseco ao desenvolvimento e crescimento de crianças e adolescentes, frequentemente se torna silenciado, distante, constrangedor ou proibido. Essas concepções refletem atitudes moralistas e preconceituosas que cerca (sic) o aprendizado da sexualidade e nada contribui para a saúde dos (as) adolescentes” (CONCHÃO, 2008. p.28)*

“[...] não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.”. Com essa frase, o Min. Carlos Ayres Britto nos elucida que a pretensão de uma maioria em castrar o direito de uma minoria, mesmo com base em argumentos religiosos, não logra êxito na medida em que a

heteroafetividade não torna aqueles indivíduos superiores a esses. Em outras palavras, não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Tal pretensão, em última análise, revela um profundo descontentamento com o gozo alheio – o que revela infelicidade e ignorância patentes.

Em uma sociedade na qual a sexualidade é vista como um tabu, não é de se estranhar que o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos seja no máximo incipiente. No art. 227 da CR/88, são corroborados os deveres da família, da sociedade e do estado perante às crianças e adolescentes. Embora haja uma redação bastante minuciosa, a sexualidade não é mencionada, assim como em grande parte do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, assegurar seu desenvolvimento a partir de um respaldo jurídico só será possível em eventuais depreensões analógicas, por exemplo, do Princípio da Igualdade, quando da proteção dos homossexuais.

*“Um dos avanços principais em relação à sexualidade e reprodução surgiu através da IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, foi definir como diretriz a ‘prevenção das restrições de direito que favorecem a vulnerabilidade das pessoas’. Assim, avançou-se nessa Conferência a definição dos direitos reprodutivos e direitos sexuais como direitos humanos. [...] Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos são uma questão de cidadania e dizem respeito tanto às condições físicas dos indivíduos, quanto às questões sociais. Têm importância para a garantia e ampliação dos direitos humanos porque proporcionam a vivência plena e consciente da sexualidade, gerando uma vida mais digna tanto para os indivíduos quanto para as coletividades. Quando reconhecemos a legitimidade dos direitos sexuais e reprodutivos, implicitamente estamos pressionando uma reformulação no campo dos Direitos, para que sejam consideradas também as diferenças de gênero, etnia, idade e livre orientação sexual” (CONCHÃO, 2008. p. 30 e 31)*

A desconsideração do legislador – ele, como expressão das vontades populares – para com a verdadeira liberdade sexual se mostra importante, enquanto omissão pela liberdade no âmbito dos instintos e da autonomia da vontade, mas peca em um cenário de franca violência contra a homoafetividade. O dever que o Estado possui de combater um aparelho social-moral de opressão não só aos homossexuais ditos desviantes, mas também aos heterossexuais ditos convictos, é imperioso. Todos se encontram sem a real possibilidade de vivenciar as inúmeras possibilidades da sexualidade, de acordo com a moderna psicologia .

*“[...] a homossexualidade. O primeiro passo essencial para o conhecimento aprofundado desta tendência pulsional foi a hipótese feita por Fliess e Freud de que todo ser humano passa na verdade por um estágio psíquico bissexual no decorrer da infância. Mais tarde, o “componente homossexual” sucumbe ao recalçamento; subsiste apenas uma pequena parte sob forma sublimada.” (Ferenczi, 1914. p. 89)*

*“Somente através da liberdade intelectual podemos chegar à autodisciplina intelectual. De modo semelhante, não podemos esperar promover a autodisciplina sexual (se é isso que alguns de nós desejamos) através de nossos métodos atuais, que procuram conciliar, como se fosse possível, a promoção do gozo heterossexual com o temor e a proibição de atos sexuais específicos. Os homens sempre temeram que a liberdade sexual resultasse na licenciosidade sexual. Por conseguinte, empenharam sua fé em controles externos, ou seja, em proibições e castigos. Medidas inteligentes para a garantia da liberdade sexual talvez desenvolvessem a autodisciplina sexual, mais do que a licenciosidade.” (SZASZ, 1973. p. 120)*

Szasz, muito embora sob fundamentos retrógrados, preconiza, sobretudo quando atrelado a teorias mais recentes e progressistas acerca da (não) patologia da homossexualidade, a necessidade da libertação da sexualidade das amarras dos jogos de poder. Deve-se, portanto, reconhecer a complexidade do universo subjetivo humano e, por conseguinte, as infindas opções que se abrem para cada indivíduo por meio da legitimação em nível constitucional dos direitos sexuais e reprodutivos.

*“essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional)” (BRITTO, 2011. p. 26)*

A necessidade da propositura de Emenda Constitucional para positivar os direitos sexuais como cláusula pétrea pode ser depreendida, inclusive, do voto do Min. Rel. Carlos Ayres Britto no julgamento de 5 de maio de 2011 que resultou na união estável homoafetiva.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade brasileira, buscou demonstrar o presente trabalho, produz muitas manifestações homofóbicas. O afeto entre pessoas do mesmo sexo é visto como abominável, gerando estatísticas campeãs no mundo inteiro de homicídios de homossexuais. Casos emblemáticos, como o dos jovens de classe média alta na Av. Paulista, ainda evidenciam o preconceito e a intolerância social de um país que nega o princípio da igualdade a uma enorme gama de indivíduos.

A motivação para tal violência talvez resida na sexualidade, enquanto a forma de nos enxergarmos perante nós mesmos e os demais. Ao construirmos nossa identidade, não conseguimos lidar com a possibilidade de, a priori, haver um horizonte de possibilidades indeterminado no que tange os objetos de desejo sexual, tal qual a

psicanálise moderna nos leciona. Assim, os padrões impostos por uma sociedade “fascistamente” heterossexual e marcada pela *scientia erótica* informa indivíduos-robô, programados para o coito XY-XX. Como em um programa arquitetado rigidamente para realizar uma tarefa, qualquer tentativa anárquica de burlá-lo, um *desvio* de programação, gera o *erro*. Não há o que se fazer: o reinicie.

O indivíduo, portanto, não almeja, não se enxerga gay, nem no futuro, nem no presente. O processo de aprendizado inerente à sexualidade, seja dos heterossexuais convictos, seja dos homossexuais militantes – e, entre os dois, os “em-cima-do-muro” –, em um ambiente tacitamente enrustido, acaba por descambar para um limbo de dúvidas, insegurança e perigosos pontos de conforto, quais sejam falsas verdades, terapias de “cura”, casamento, dogmas religiosos<sup>3</sup> etc.

A violência nasceria dessa zona cinzenta, em que, para encobrir sua frustração, latente em seu subconsciente, o único caminho é discriminar, agredir e ratificar a negação. Todavia, essa negação, no ápice da alteridade, pode, de fato, revelar a reificação da homossexualidade por parte do homofóbico, para o qual aquela é um tabu. Ao largo da indiferença ou do respeito, o ativo agressor reconhece a existência e a posição do passivo agredido.

Em um Estado Democrático de Direito, porém, não há espaço para transgressões aos direitos fundamentais. Costumes antiquados e muitas vezes violentos tendem a se chocar com novos paradigmas progressistas e liberais. Lentamente, as instituições vão refletindo o pensamento renovado por meio de avanços e retrocessos naturais. O processo legislativo brasileiro, com seus debates em torno de projetos em favor dos homossexuais, exprime esse quadro de transformações de forma cristalina.

Todavia, passos fundamentais aguardam para serem cumpridos. Se, em 1918, as mulheres, na primeira onda do Feminismo, conseguiram sua primeira conquista de direitos com o *Representation of the People Act*, no qual adquiriam direito ao voto, ainda que parcialmente; se os negros iniciaram seu intento pelos direitos civis nos EUA, em 1957, com Martin Luther King Jr.; se crianças e idosos são reconhecidos como grupos de atenção especial por meio de Estatutos no Brasil; aqueles que fogem do “padrão a ser seguido” (homem branco, jovem, judeu-cristão, heterossexual e rico) e, em relevo, os homossexuais precisam não só lutar, como também receber a devida consideração.

Ao final, a discriminação desses indivíduos, sobretudo quando essa se dá pela morte em números estarrecedores, revela um problema que atinge toda a sociedade. Na medida em que os direitos fundamentais, não raro, se mostram como ideais a serem

---

<sup>3</sup> Surge a questão: Quantos não se escondem atrás desses exemplos para reafirmar uma sexualidade condizente com as expectativas sociais?

perseguidos pelo grupo social, imperativo é reconhecer a importância da sexualidade em nível constitucional. Destacar a todos os brasileiros o quão importante são os direitos sexuais será um marco para uma sociedade que queira encontrar-se consigo mesma, entender suas aflições mais íntimas e, em definitivo, conseguir olhar para as diferenças sem que isso lhe aflija a ponto de incitar a violência.

Como tão bem tecido pelo Min. do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, em seu voto no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, o livre exercício da sexualidade é um direito de todos, inserindo-se no rol de garantias individuais e cláusulas pétreas. Para evitarmos a perene persecução histórica de uma via prussiana de direitos civis e políticos no Brasil, pela qual as conquistas, nessa seara, são alcançadas, não raro, pelas classes abastadas e perpassadas, assim, para a população em geral – “de cima para baixo” – importante faz-se requisitar que o Poder Legislativo, marcadamente mais representativo e participativo que o Judiciário, legitime os direitos sexuais por meio de uma PEC.

Nessa senda, não estaríamos mais do que obedecendo à “vontade da Constituição”<sup>4</sup> de 1988, conhecida como Cidadã, por meio da qual se ensejou o direito de todos em desfrutar dos bens disponíveis à sociedade. Ademais, para além da mera conformidade com a realidade, buscamos a “força normativa”<sup>5</sup> da Carta Magna para fortalecer ideais democráticos verdadeiros que podem, em instâncias questionáveis, ser combatidos.

Em um determinado contexto histórico, uma consulta popular poderia manifestar a vontade de uma maioria em favor da pena de morte ou contrario sensu à união homoafetiva. Como forma de proteção das minorias, expressão-mor da democracia contemporânea, devemos positivar na Constituição, uma ode à nossa inteligência prudente, de modo que, cada vez mais, nossas paixões irracionais – a eterna dificuldade de lidar com o diferente – entreguem-se ao domínio justo e reconfortante da razão.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRITTO, C. A. *Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 4277 e ADPF 123 em 5 de maio de 2011*. p. 10. Disponível em: <

---

<sup>4</sup> HESSE, K. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

<sup>5</sup> HESSE, K. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf>>. Acessado em: 25 de novembro de 2011.

CONCHÃO, S. A. *Masculino e feminino: A primeira vez*. A análise de gênero sobre a sexualidade na adolescência. 2008. 219 f. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. 2008.

FERENCZI, S. (1914) *O Homoerotismo: Nosologia da Homossexualidade Masculina*, in BIRMAN, J. (Org.) *S. Ferenczi, escritos psicanalíticos 1909-1933*. Rio de Janeiro: Taurus.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, M. *Ética, sexualidade, política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FREUD, S. *Totem e Tabu*. Rio de Janeiro: Delta S.A., 1911.

HEILBORN, M. L.; AQUINO E. M. L.; BOZON, M., KNAUTH D. R. (Org). *O Aprendizado da Sexualidade*. Reprodução e trajetórias sociais de jovens brasileiros. Rio de Janeiro: Editora Fio Cruz – Garamond Universitária, 2006.

HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

KALIL, M. *International Relations Theory Goes Gaga*. Material distribuído em aulas particulares de Política Internacional e História no ano de 2011.

LEWINSOHN, Richard. *História da Vida Sexual*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1956.

MACEDO, L. H. da S. *Liberdade, Igualdade e Fraternidade Têm As Cores Do Arco-Íris: Crime de ódio – Homofobia – Ação Afirmativa na Tutela dos Direitos e a Necessidade de tutela estatal específica aos Direitos Humanos dos Homossexuais*. 2010. 74 f. Monografia (Pós-Graduação em Criminologia e Direito Penal) - Instituto Superior do Ministério Público – ISMP, Rio de Janeiro. 2010.

SZASZ, T. S. (1973) *Aspectos Jurídicos e morais da homossexualidade*. In: MARMOR, J. (Org.) *A Inversão Sexual: As Múltiplas Raízes da Homossexualidade*. Traduzido por: Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1973.