

# SUPERAÇÃO DA TESE DO MERO ABORRECIMENTO ENQUANTO OBJETO DE MANUTEÇÃO DO PRECONCEITO À POPULAÇÃO LGBTQIAPN+

**Adolfo Alderete Filho**

**José Paulo Gutierrez**

**RESUMO.** Devido à negligência do Estado, a homotransfobia vem sendo estruturalmente aplicada nas mais diversas formas no Brasil, isso porquê embora exista um ordenamento jurídico que a criminalize, em diversos âmbitos ela surge, mesmo que de forma velada. Quanto ao dano moral, muitas das vezes ele é desconsiderado por associarem a homofobia com o mero aborrecimento, garantindo que o combate ao preconceito no campo jurídico ainda se encontra em um espaço muito abstrato. A metodologia aplicada foi a dedutiva e a técnica de pesquisa realizada foi a bibliográfica e documental. Por fim, entendo que a única possibilidade de solução para o problema apresentado seriam mudanças legislativas no tocante ao combate ao preconceito, mas sobretudo mecanismos que garantam sua real e efetiva aplicação, principalmente quanto a impossibilidade da utilização da teoria do mero aborrecimento para descaracterizar reais danos morais sofridos pelas vítimas.

**Palavras-chave: Homofobia. Dano Moral. Mero Aborrecimento.**

***ABSTRACT.** Due to the negligence of the State, homophobia has been applied in different ways in Brazil, because although there is a legal system that criminalizes it, it appears in different areas, even if in a veiled way. As for moral damage, it is often disregarded because they associate homophobia with mere annoyance, ensuring that the fight against prejudice in the legal field is still in a very abstract space. The methodology applied was bibliographic and documentary, through deducibility. Finally, understanding that the only possibility of a solution to the problem presented would be*

*legislative changes regarding the fight against prejudice, but above all mechanisms that guarantee its real and effective application, especially regarding the impossibility of using the theory of mere annoyance to mischaracterize real damages moral suffering suffered by the victims.*

**Key-Worlds: *Homophobia. Moral Damage. Mere Annoyance.***

## **INTRODUÇÃO**

Inicialmente, cabe salientar que muitos dos problemas que existem em relação a essa temática estão condicionados ao preconceito sofrido pela população LGBTQIA+, o qual ainda está enraizado na sociedade e sendo mantido por líderes políticos e pelo sistema que o considera necessário, na busca pelo controle das massas.

Por derradeiro, confronta-se essa realidade vivida por parte desse grupo com o princípio da dignidade humana e os princípios orientadores da atual Constituição, que impõe que sejam respeitadas as diferenças orientações sexuais e identidades de gênero, sobretudo no que diz respeito à violação dos direitos humanos.

Não há como não dizer que o Estado é omissivo, muitas vezes motivado por dogmas religiosos ou apenas por preconceitos, por não regular de forma eficaz o combate a essas realidades vivenciadas por esse grupo social.

Um dos princípios garantidores do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana. No entanto, não basta que haja efetiva democracia e que a Carta Magna assegure direitos e garantias fundamentais, a população LGBTQIAPN+ tem de sua dignidade assegurada. Uma vez em que esses indivíduos estão sujeitos a condições degradantes devido à forma como a discriminação é vista no Brasil, por muito comumente, como apenas como um mero aborrecimento.

Importa dizer que nos últimos tempos diversos assuntos no tocante da temática se fizeram repercutir e geraram, por conseguinte, inúmeras discussões, como por exemplo se as relações entre pessoas do mesmo sexo eram equiparáveis às uniões estáveis de indivíduos heterossexuais ou se são reconhecíveis as múltiplas identidades de gênero, discussões estas que vieram trazendo controvérsias durante o seu curso, dissentindo opiniões e preconceitos. Com vistas a proporcionar redução nos reflexos

negativos que tais assuntos trazem à tona em muitos indivíduos, o Direito tem se posicionado sobre inúmeras questões que envolvem a comunidade LGBTQIAPN+, indicando condições favoráveis, ao menos materialmente, como por exemplo, a permissão para a adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo, o reconhecimento de novos arranjos familiares para esse mesmo fim, a criminalização da homofobia e outros.

Nessa senda, é possível ter um vislumbre de uma sociedade que procura mostrar uma imagem que pune o preconceito, entretanto esse ainda é um grande desafio, não só para os indivíduos que sofrem com relações preconceituosas, mas também para organizações que buscam trabalhar a melhora desse cenário, enquanto o judiciário não encarar uma posição de real impugnação a esse comportamento nocivo.

No primeiro capítulo é versado sobre os Direitos Humanos, sobretudo quanto à aplicação dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente quanto à existência do preconceito contra a população LGBTQIAPN+. No capítulo dois é esclarecido o dano moral e seus princípios de aplicação. Já no capítulo três é dissecado a teoria do mero aborrecimento, utilizada na descaracterização do devido dano moral nos casos pautados por origem discriminatória, seguida de uma breve análise de caso.

Por meio da pesquisa bibliográfica preliminar realizada até o momento, será abordado em como se deu o progresso dos direitos civis e da proteção da dignidade e da vida íntima de pessoas LGBTQIAPN+ no Brasil. Destarte, o desenvolvimento do tema e o aprofundamento do problema tem importância teórica e contribui para a pesquisa científica na área dos direitos humanos e enfoque no princípio da dignidade humana ao apontar discussões e questionamentos.

Para que assim, seja possível a visualização de que a ampliação do conceito de danos morais sofridos pelas populações LGBTQIAPN+ e a superação da tese do mero aborrecimento contribuem para o combate à institucionalização do preconceito contra a orientação sexual e identidade de gênero.

## **2. DOS DIREITOS HUMANOS**

### **2.1 Da implantação e surgimento dos Direitos Fundamentais**

Os direitos humanos são derivados dos direitos naturais, estes são os direitos mais básicos e essenciais do ser humano, são universais e são garantidos a todos os indivíduos, independentemente da sua raça, gênero, etnia, religião, origem nacional, classe social ou qualquer outro atributo. A Organização das Nações Unidas (ONU) define os direitos humanos como “garantias legais que protegem indivíduos e grupos de ações governamentais que afetam negativamente a sua dignidade” (SOUZA, 2023).

Os direitos humanos incluem o direito à vida, à liberdade, à saúde física e ao bem-estar, entre outros direitos. Os direitos humanos são meios de implementar o conceito de valor humano. São direitos que derivam de princípios e regras comuns a todos os indivíduos e que se destinam a defender os direitos à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à proteção contra a tortura, a crueldade, os tratamentos desumanos ou depreciativos. Para Bobbio (2004, p. 1):

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

De acordo com esse pressuposto constitucional qualquer tipo de tratamento que confronte esse princípio é inaceitável, como infelizmente ocorre na realidade brasileira. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo o mais importante do ordenamento jurídico. Tem por finalidade garantir e proteger os direitos fundamentais de cada indivíduo (SARLET, 2015, p. 77).

A dignidade humana é concretizada com o efetivo exercício dos direitos mínimos para que possam proporcionar respeito e qualidade de vida a todos, que são os direitos fundamentais, tais como: direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física e moral, bem como à segurança (PIOVESAN, 1998, p. 12). Garantir a dignidade humana para todos os indivíduos é fundamental para um Estado de direito democrático onde as garantias e direitos fundamentais são respeitados.

Para que seja validado os princípios que norteiam esses sistemas se faz necessário a distinção de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Segundo Comparato (2001, p. 56):

[...] os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

Martins Neto (2003, p. 19) destaca que na expressão direitos fundamentais, o primeiro termo é denominado direito, que é um direito pessoal, ou seja, um direito de propriedade. O segundo termo é dedicado à ideia de que esses direitos são especiais e possuem propriedades fundamentais únicas. O autor acredita que esses direitos estão protegidos pela Constituição, que é impermeável a ataques, alterações ou remoções, sendo considerada uma declaração permanente (NETO, 2003, p. 81 e 85).

O reconhecimento oficial dos direitos fundamentais fortalece a força das relações sociais. Além disso, Comparato (2001, p. 59) afirma que os direitos humanos são superiores ao sistema jurídico de cada país porque incorporam certos compromissos morais universais. Muitos países, como o Brasil, acreditam que os direitos humanos são constitucionais, ou seja, os direitos são parte integrante de suas constituições.

Segundo (BOBBIO, 2004, p. 23), os direitos fundamentais precisam ser protegidos, e não apenas demonstrados ou explicados, porque vão muito além dos conceitos teóricos, e sua implementação está diretamente relacionada à vida das pessoas e é um aspecto político.

## **2.2 Da existência do preconceito contra a população LGBTQIAPN+**

Por muito tempo, as causas da homossexualidade foram estudadas, pois qualquer desvio do cis normativo e da heterossexualidade estava associado a características patológicas e falhas de natureza. Da mesma forma, confrontados com uma grande discrepância, os cientistas dedicaram tanta energia a experiências que eram irrelevantes devido a um preconceito secular enraizado tanto pela ciência, quanto pela religião.

Como tal, a situação atual é considerada global, mas de natureza desorganizada, baseia-se em preconceitos e discriminações, e manifesta-se nas reiteradas instâncias de figuras públicas e políticas da sociedade civil, que promovem ataques desta natureza.

Entretanto, sabe-se que essas suposições infundadas sempre estiveram presentes no percurso da humanidade, só que a partir de certo ponto da história, a repressão ideológica, política e cultural fez questão de tornar profano os traços não-normativos - se é que se PODE ser considerado normal – do ser humano.

Porém, reconhece-se que essas suposições infundadas sempre estiveram presentes ao longo da história da humanidade, mas a partir de um período específico, a repressão política e cultural de ideias fez questão de transformar traços que não eram “normais” em algo que era normal. Costa e Vaz afirmam que:

O medo de rejeição, a insegurança da aceitação da família, o desafio de ser tratado igualmente pelas pessoas, o drama de ter que reproduzir padrões masculinos e não poder ser afeminado são alguns dos exemplos que exteriorizam o sofrimento decorrente da violência moral e psicológica vivenciada pelos homossexuais, estigmatizados por uma sociedade e por grupos que destilam o ódio e a inaceitação de sua orientação sexual, justamente por destoar do padrão hegemônico decorrente da doutrina da heterossexualidade reinante. (COSTA E VAZ, 2018, p. 13).

Com isso, o preconceito é um dos componentes que prejudica a liberdade do ser humano em relação às suas ações junto a um agente autônomo. Ou seja, a discriminação anti-LGBTQIA+ prejudica a vida dos indivíduos, o que os impede de atuarem como participantes autônomos na sociedade e no sistema jurídico democrático, como afirma a teoria elaborada por Armatya Sen (2010), que identifica a homofobia como sendo um impedimento à desenvoltura da liberdade de atuação do ser humano como um agente autônomo (NEDER, 2019).

É importante ressaltar que desde a promulgação da Constituição de 1988, o artigo 5º garante a inalterabilidade do direito à liberdade e à igualdade, porém, a discriminação contra os homossexuais prejudica esse ideal constitucional, consequentemente, o preconceito faz com que as pessoas não tenham o pertencimento social que lhes é inerente. De outra forma, isso leva-os a não usarem as suas capacidades para ajudar o bem comum; em vez disso, sofrem de intolerância, dessa forma, complementa Moreira (2009, p. 17) “a intolerância cria obstáculos significativos para a construção e estabilização da identidade pessoal, porque que as pessoas são constantemente tratadas como seres que possuem nenhum valor”.

Hoje, a intolerância está presente na forma de barreira ao desenvolvimento da cidadania na discriminação dentro das instituições de ensino, na pouca representação na esfera política, baseada em princípios conservadores e religiosos, na omissão de legislação relativa à proteção dos indivíduos LGBTQIAPN+, na falta de oportunidades de emprego e de políticas públicas destinadas a incluir esta população, bem como o elevado índice de violência contra cidadãos homossexuais.

Nesta perspectiva, desde tenra idade, os associados a este grupo social estão sujeitos a comportamentos discriminatórios, que são iniciados pelos seus pares, com base na sua orientação sexual e identidade de gênero, comportamento esse perpetrado pelo bullying na escola. Com isso, ocorrerá mais uma instância dessa barbárie, o que vale também para outros espaços, sejam públicos ou privados (NETO, AGELUCCI, 2020).

O preconceito em questão está intrinsecamente ligado a um conjunto de ideias que são sistematicamente cultivadas para promover e defender ideais normativos. Isto resulta numa padronização social que perpetua a LGBTfobia, que pode ser descrita como sentimentos, crenças ou comportamentos negativos direcionados a indivíduos que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros ou travestis. Estas atitudes discriminatórias diminuem, condenam ao ostracismo e violam os membros destes grupos com base na sua identidade de gênero ou orientação sexual (CHAVES, 2022).

Compreender as raízes do preconceito é fundamental. É fundamental compreender a história deste tipo de preconceito, incluindo as suas origens e se sempre foi inato à natureza humana, bem como a natureza das relações e da sexualidade ao longo da história. Uma vez compreendida a história, é possível analisar se esse preconceito sempre existiu ou se tornou predominante em determinado momento.

O termo LGBTfobia não é tão amplamente conhecido como outro termo normalmente usado para descrever a homofobia; isso ocorre porque o último é mais comumente usado. Tecnicamente, o termo refere-se apenas à hostilidade baseada na homossexualidade, mas tornou-se popular e é comumente usado. Nesse sentido, Maria Berenice Dias – presidente da comissão de diversidade sexual do conselho federal da OAB – descreve a homofobia como o “ato ou expressão de ódio ou desdém para com homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”.

O primeiro projeto sobre o tema foi lançado no Congresso em 2001 como PL 5003/01 e buscava determinar a punição de “assédio com base na orientação sexual”. Em 2006, o projeto foi finalizado e passou a ser PLC 122/2006. O esforço procurou alterar a "Lei do Racismo" (Lei 7716/89), incluindo disposições relativas à discriminação com base no gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

### **3. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DANO MORAL E DA SUA MATÉRIA**

Com o advento da pós-modernidade, os direitos subjetivos surgiram tendo a finalidade de proteger e preservar a circunstância mais diferenciadora e significativa do ser humano, a dignidade. A lei tem sido observada como um mecanismo que se ajusta às exigências que lhe são impostas, levando em consideração todo o contexto histórico, político e social. Consequentemente, para compreender o alcance da função restaurativa do direito civil, bem como a presunção de dano, é crucial contemplar a evolução e integração das constituições sociais no texto da Carta Magna. Isto implica descartar o aspecto liberal do século XIX que dizia respeito apenas à organização estatal e ao direito privado como objetos de tutela.

Para compreender plenamente o conceito de dano moral presumido, é imprescindível ilustrar a evolução da responsabilidade civil e as modificações no direito privado. Isto inclui uma análise dos danos infligidos a pessoas físicas ou jurídicas em decorrência da violação de seus valores exclusivamente idealistas. É essencial estabelecer uma correlação direta entre o dano sofrido e a relação causal, tornando obsoleta a necessidade de provar a culpabilidade do autor. Isto é comumente referido pela sua expressão latina, *in re ipsa* (GARTINI; PORTO, 2017, p.2).

O avanço da sociedade apresentou novos obstáculos ao sistema jurídico. À medida que as atitudes da sociedade mudam, os conflitos decorrentes de relações intrincadas forçaram os indivíduos a procurar maior proteção dos direitos intangíveis. A ausência de mecanismos legais para salvaguardar os contratos em massa resultou em desigualdades significativas, levando ao surgimento de direitos constitucionais e privados. Estas exigências sociais levaram à intervenção do Estado em assuntos

privados, particularmente na luta pela equidade contratual, como sublinhou Sarlet (2000):

Cumpra assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão socioeconômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às consequências da revolução industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e - ao menos no âmbito europeu - quando se vivenciava o apogeu desta primeira "onda" do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto, foram reconhecidos - ao menos sob o prisma formal - os primeiros direitos fundamentais. O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar - na feliz formulação de Vieira de Andrade - a posição de "inimigo público", ou, pelo menos, não mais a de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos, como poderíamos acrescentar. (2000, p. 7).

Antes do Código Civil de 1916, a ideologia dominante em relação aos danos morais baseava-se na crença de que o intangível não pode ser restaurado ou quantificado. Esse ponto de vista resultou em uma apreensão quanto à inclusão de perspectivas mais amplas devido à ambiguidade que cerca a natureza abstrata dos danos imateriais.

Os resultados da constitucionalização do direito civil no mundo foram concretizados no Brasil a partir de 1988, quando foi escrita a atual Constituição, que recebeu o nome de Constituição Cidadã por garantir direitos sociais durante o processo de redemocratização do regime pós-militar. Além disso, a Carta Magna brasileira passou a salvaguardar os direitos do ser humano, como indivíduo social, o que levou a uma nova abordagem para a compreensão de outros campos jurídicos, ou seja, através da perspectiva dos direitos fundamentais.

Neste contexto de reconhecimento da violação dos direitos fundamentais e de a potencial ameaça aos mesmos, a CF de 1988 seguiu a tendência global. Como resultado, a inclusão da dignidade humana como um componente da República brasileira fez com que o Estado tivesse a capacidade de compensar quaisquer ações que violassem os direitos fundamentais dos seres humanos. Em nítido contraste com a Constituição anterior, de 1967, imposta em regime militar, com a finalidade de sustentar a detenção de poder pelas forças armadas (SARLET, 2000, p. 14).

Essa afirmação do documento constitucional, mencionado anteriormente, resume os traços que compõem o indivíduo, bem como solicita que os outros sejam respeitados, nas diversas e complexas formas como expressam sua personalidade (ANDRADE, 2003, p. 7). Outros componentes da Carta Magna incluem direitos específicos da personalidade, como a intimidade, a vida pessoal, a honra e a imagem das pessoas físicas, esses direitos estão associados ao direito à indenização por danos físicos ou morais causados pela violação desses direitos, à disposição que ninguém será submetido a tortura ou outras formas de tratamento desumano ou degradante, e o fato de que os presos podem demonstrar e expressar suas crenças, todas elencadas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em consequência, o dano moral é decorrente do evento que causa dano físico ou jurídico, em relação aos bens do atingido de valores não econômicos e puramente ideais, isso causa muitos danos psicológicos que são cometidos por terceiros em decorrência de um ato ilegal. Explica, dessa forma, Sérgio Cavalieri Filho (2008), o que vem a ser dano moral e o significado de sua essência independente:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente (2008, p. 80-81).

Contudo, o autor reconhece que existe uma diferença entre o dano moral que ocorre em decorrência da existência da sociedade e o simples desconforto que está naturalmente presente, por isso afirma que apenas o dano moral deve ser indenizado. Veja-se:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 78).

Com o desenvolvimento do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as pesquisas sobre responsabilidade civil, a doutrina e a jurisprudência passaram a perceber a existência do dano moral presumido, o que é fruto de estudos sobre o tema. Nessa linha de pensamento conclui Sérgio Cavalieri Filho (2010):

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominizou facti, que decorre das regras da experiência comum. (2010, p. 97).

Levando em consideração os aspectos declarativos e históricos, é fundamental - antes de entrar no campo dos mecanismos de quantificação do dano moral simples e presumido - estudar a evolução da responsabilidade civil para compreender a complexidade da mensuração do dano e da adoção de critérios, métodos, objetivos e técnicas para avaliar algo que não é objetivo, evitando a industrialização do dano moral, evitando que ocorram injustiças tanto para a vítima quanto para o agressor, e estudando a evolução da responsabilidade civil para compreender a complexidade da mensuração do dano e da adoção de critérios objetivos, métodos e técnicas para avaliar algo que não é objetivo.

Quando considerado no contexto jurídico, o dano moral tem reputação maliciosa, pois o legislador nunca define o que constitui dano moral, cabendo à doutrina e à jurisprudência redesignar a palavra. Com o passar do tempo, diversas hipóteses foram descartadas, bem como novas hipóteses foram desenvolvidas com a progressão da teoria jurídica.

#### **4. DO MERO DISSABOR**

Conforme explanado anteriormente, essa teoria tem sido aplicada comumente em casos como responsabilidade pelo fato do produto (direito do consumidor), como uma forma de defesa do judiciário quanto a quantidade exacerbada de ações com teor de

dano moral, conforme é possível observar na presente decisão no RESP 844.736 de 2009 do STJ:

[...] Segundo a doutrina pátria 'só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo' [...].

A noção aqui expressa reforça uma interpretação ultrapassada do dano moral. Alguns postularam que, se o entendimento não fosse assim, o conceito de dano moral seria banalizado, levando a ações judiciais frívolas que buscam compensação indenizatória até mesmo pelos menores inconvenientes da vida (DESSAUNE, 2021).

Segundo Bodin de Moraes (2003, p. 303), a avaliação do dano moral deve ser fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, que serve como critério para sua proteção. Esse princípio se baseia na violação do dever de respeito aos indivíduos. A indenização, por sua vez, deve ser exclusivamente reparatória, seguindo o critério estabelecido pelo Código Civil quanto à extensão do dano.

Entretanto, essa avaliação do dano moral e a aplicação da indenização punitiva ocorre exclusivamente através do arbítrio do juiz, logo, não há benefício algum em pedir moderação e equilíbrio na determinação do valor da indenização quando o sistema estabelecido permite a coexistência de duas regras principiamente opostas na reparação dos danos morais: de um lado, a punição, e, de outro, o arbítrio do juiz.

Apesar de ultrapassado e contrariado pela doutrina vigente e até mesmo pelo entendimento atualizado, conceito em questão ainda persiste no Direito brasileiro sem discriminação. Chegou-se ao ponto de alertar que existe uma confusão de longa data entre danos não monetários e aqueles relacionados com a moralidade.

Segundo Lucas Barroso e Eini Dias (2014), o dano moral pode ser estritamente definido como sendo intercambiável com o dano mental. Esse tipo de dano caracteriza-se por causar dano ou angústia à alma sem induzir qualquer condição patológica no espírito.

Os autores fazem distinção entre dano moral e psíquico, sendo que este último se refere ao desenvolvimento de transtornos psicológicos decorrentes da violação da

integridade psicofísica de uma pessoa. Mesmo nos casos em que o dano moral leva à patologia psíquica, os dois não podem ser confundidos. Os autores argumentam que “danos morais” normalmente denotam danos a direitos não monetários, mas, a rigor, abrangem apenas o que chamam de danos mentais. Portanto, limitar a indenização imaterial apenas aos danos morais tradicionais é inadequado (DESSAUNE, 2021).

É importante reconhecer que existem duas correntes doutrinárias distintas a respeito dos danos morais. A primeira, apoiada pela maioria e com a qual o autor se alinha, associa o dano moral à violação dos direitos do indivíduo à própria personalidade. A segunda corrente vê o dano moral como uma violação da cláusula geral de proteção à pessoa humana.

Outro entendimento jurisprudencial sobre o tema é o RESP 1.245.550 do Superior Tribunal de Justiça, onde foi dito que:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

A identificação e categorização dos danos extrapatrimoniais no Brasil, também conhecidos como “danos morais”, podem ser alcançadas através do exame do bem jurídico impactado. Esses danos podem ser amplamente classificados em dano moral lato sensu e dano moral stricto sensu.

O dano moral, em sentido amplo, é um tipo de perda não econômica que corresponde ao dano extrapatrimonial. Este dano resulta da violação de bens não financeiros legalmente protegidos, incluindo bens sujeitos a direitos de personalidade. Por outro lado, o dano moral, em sentido estrito, é uma modalidade de dano extrapatrimonial que corresponde ao dano moral em sentido amplo. É um dano não econômico que surge da lesão à integridade psicofísica de uma pessoa, que muitas vezes

leva a experiências emocionais negativas, como dor e sofrimento (BARROSO; DIAS, 2014).

O termo "aborrecimento" refere-se a uma emoção negativa caracterizada pelo adjetivo "mero", que conota algo direto, comum ou insignificante e que, no âmbito dos Tribunais está a critério do juiz decidir se é ou não enquadrado no caso concreto.

Cabe a ele avaliar se a situação compromete a dignidade humana no contexto da honra subjetiva, mesmo que o dano moral tenha ocorrido em um contexto menos grave, como uma ofensa de um desconhecido em um ambiente reservado e com poucos espectadores. Isso também se aplica a situações mais graves, como humilhação pública ou contínua motivada por discriminação por orientação sexual, bem como em casos de violência e agressões físicas.

É importante, pois, que o juiz não se atenha apenas aos casos que houverem representação injuriosa ou a representação trazer, comprovadamente, repercussões sociais negativas à pessoa em questão e que os demais casos menos sérios não sejam vistos como apenas como mero dissabor cotidiano.

#### **4.1 CASO RYCHARLISON**

Pode-se mencionar o famoso caso do jogador Rycharlison, que repercute até hoje no mundo do esporte:

No ano de 2007, durante um programa esportivo de televisão, um apresentador perguntou a um diretor do Palmeiras se o jogador que estava prestes a se assumir homossexual no programa "Fantástico", da Rede Globo, era do Palmeiras, conforme divulgado pela imprensa ao longo daquela semana. Em resposta, o diretor mencionou: "Não, o Rycharlison quase foi do Palmeiras...". Com isso, ele, de forma indireta, insinuou que Rycharlison seria homossexual, indiretamente identificando-o como tal pela comparação objetiva de sua resposta à pergunta que lhe foi formulada.

O jogador em questão ajuizou uma ação penal por injúria e uma ação civil por danos morais contra o diretor mencionado, apesar das explicações do diretor de que não tinha a intenção de insinuar que o atleta seria homossexual. O jogador alegou que sua honra foi prejudicada pela afirmação, pois seu nome estava sendo associado de forma preconceituosa à homossexualidade, e que estava enfrentando uma série de

constrangimentos devido à declaração. Ele afirmou ainda que teve que se mudar para o Centro de Treinamento de seu time para escapar do assédio que estava sofrendo.

Apenas cabe esclarecer que ser rotulado como homossexual ou ter uma identificação de homossexualidade seja algo “indignificante”, porque não há nada na homossexualidade que seja vergonhoso, apenas a percepção pessoal do indivíduo ou da sociedade pode compreender que a homossexualidade seria algo “sem valor” de uma pessoa, entretanto é notável que a imputação de homossexualidade ao jogador resultou em hostilização por parte da torcida de seu time e em uma série de constrangimentos, incluindo a oposição de torcidas de outros times à sua contratação, deixando claro que o caso em si não se tratava de mero dissabor cotidiano, conforme fora considerada pelo juiz que extinguiu a queixa-crime, justificando:

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, 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.

Fica evidente a minimização por parte do juiz frente à situação em que o jogador teve a sua imagem associada à forma preconceituosa da declaração do dirigente do Palmeiras, que teve sim nítida intenção de causar um incômodo e um prejuízo à carreira do futebolista, estando estampada e configurada a violação à sua vida íntima, à sua honra e à sua imagem.

Ademais, esse caso foi marcado pela decisão extremamente preconceituosa do juiz Manoel Maximiliano Junqueira Filho, que, entre outras declarações ofensivas, afirmou que o futebol seria um jogo "não homossexual" por ser "viril e varonil". Ele sugeriu que atletas homossexuais deveriam "abandonar a carreira" ou criar uma "federação própria" para continuar atuando, considerando inconcebível a presença de ídolos homossexuais. O juiz também declarou que seria "constrangedor" para os

torcedores (especialmente se acompanhados de seus filhos) assistir a jogos com atletas homossexuais, a quem ele considerou como pessoas com problemas existenciais ou de personalidade, refletindo uma visão profundamente segregacionista e desrespeitosa para com a dignidade dos homossexuais, ao considerá-los "inaptos" para jogar futebol ao lado de heterossexuais, além de patologizar a homossexualidade, quando a ciência médica global já não faz mais isso, evidenciando claramente o profundo preconceito que ainda persiste contra a homossexualidade nos dias de hoje.

Contudo, na prática, diversos crimes de origem homofóbica já foram considerados como mero aborrecimento e os consequentes danos morais desconsiderados por improcedência. Infelizmente como o judiciário é aplicado pelo homem, pessoas detentoras de poder podem utilizar do argumento do mero aborrecimento como forma de destilar seu preconceito. Ao longo da história, diversos mecanismos e fontes de poder foram utilizados para manipular a população e marginalizar a população LGBTQIAPN+.

A consideração da homossexualidade como um atributo “negativo” do indivíduo deriva de um preconceito simples e generalizado, que se baseia em uma atitude pouco inteligente, pouco razoável e pouco lógica. O homossexual não é inferior ao heterossexual: a heterossexualidade, a bissexualidade e a homossexualidade são todas formas legítimas de sexualidade, e é extremamente prejudicial acreditar que as outras duas sejam inferiores à primeira (TREVISAN, 2004).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O governo brasileiro já aprovou inúmeras resoluções, muitas das quais foram vistas como triunfos para a comunidade LGBTQIAPN+. Um desses sucessos ocorreu em 2013, com a aprovação de uma resolução que determina que os cartórios nacionais realizem casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Outra vitória foi alcançada no início de 2018, quando o STF decidiu que os indivíduos trans têm o direito de atualizar seus documentos legais para refletir suas identidades pessoais. Esta decisão ocorreu depois de uma pessoa trans protestar contra a exigência anterior de cirurgia de redesignação genital, coloquialmente referida como “mudança de sexo”, antes de poder mudar de nome. Em 2019, o STF equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, reconhecendo a necessidade de punição aos atos discriminatórios contra pessoas LGBTQ+, isso significa que a discriminação por orientação sexual ou identidade de

gênero é considerada um crime imprescritível e inafiançável, nos mesmos moldes do crime de racismo.

Evidencia-se, portanto, que a situação legislativa que protege a população LGBTQIAPN+ no Brasil tem avançado, mas ainda de forma desigual e enfrenta tanto progressos quanto desafios; por exemplo, o judiciário brasileiro carece de legislação específica no que tange à proteção dos direitos à dignidade dos corpos homotranssexuais e à aplicação dos danos punitivos aplicados no Brasil: falta uma fixação legislativa das hipóteses de utilização de um possível instituto, que observariam os limites de atuação do juiz, a obrigatoriedade da sentença destacar a verba a título de danos punitivos, possibilitando um melhor controle do judiciário sobre tais situações e, por fim, uma parte da verba paga em danos punitivos ser revertida para algum fundo a ser criado por lei.

Ademais, para enfrentar a LGBTfobia, um método eficaz é através da implementação de políticas públicas. Estas políticas permitem que os governos iniciem ações que salvaguardem os direitos de vários grupos de pessoas. No entanto, para que estas políticas produzam os resultados desejados, é imperativo que o governo tenha uma compreensão profunda da questão da LGBTfobia.

Ao caracterizar uma situação como moralmente prejudicial, o preconceito pessoal ou social não pode ser utilizado como base válida. Isto é respaldado por dispositivos constitucionais expressos (art. 3º, inciso IV, da CF/88), que não reconhecem o preconceito como parâmetro de direito. Portanto, identificar uma pessoa como “homossexual” não pode ser considerado crime e, posteriormente, crime de “injúria/difamação” ou “dano moral” passível de indenização civil. A imputação da homossexualidade não é inerentemente ofensiva à pessoa humana. É somente através do preconceito que tal rótulo pode ser percebido como “ofensivo”.

Por fim, em resumo, o que se faz necessário é a criação de normativas claras e abastadas quanto ao combate do preconceito no país, além de mecanismos que garantam sua devida aplicação. Derrubar a teoria do mero dissabor que é ocasionalmente aplicada nos casos de dano moral decorrentes pelo preconceito contra a população LGBTQIAPN+ se faz extremamente necessário. Isso porquê é um mecanismo jurídico, garantido em lei, que vem sendo utilizado pra manutenção do preconceito e formas de discriminação, além da retirada de direitos de uma determinada parcela da população,

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

## **REFERÊNCIAS:**

BARROSO, L. A.; DIAS, E. R. **O dano psíquico nas relações civis e de consumo. Isso demonstra-se problemático por duas razões:** por dificultar o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais à personalidade, ao restringir as possibilidades de reparação ao dano moral, p. 590-591, 2014.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BORILLO, D. **Homofobia:** História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte; Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto n.º 3.704, de 27 de dezembro de 2000. **In Coletânea de Legislação e Jurisprudência:** Legislação Federal e Marginalia. Vol. 65. São Paulo: Lex, 2001.

CARRASCO, M. A. M. **É PRECISO PROVAR O ÓBVIO?** Uma necessidade de reconhecimento de danos morais in re ipsa em casos de homotransfobia no Brasil. Tese de TCC. Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. 2021.

CAVALIERE, F. S. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES, K. S. Respeito, mas... episódio de radiodifusão do preconceito à diversidade sexual por meio do humor: desconstrução de um argumento LGBTfóbico velado. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 17, p. 176-188, 2022.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, F. V.; VAZ, F. M. O. **DANO MORAL E HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DANO E DOS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO,** 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/b0f9sx12/aL3c2PldfaKJnf2V.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

DALLARI. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

DESSAUNE, M. **A ampliação do conceito de dano moral e a superação da tese do “mero aborrecimento”.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-10/garantias-consumo-ampliacao-conceito-dano-moral-superacao-tese-mero-aborrecimento/>. Acesso em: 10 out. 2023.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998.

GARTINI, M. C.; PORTO, A. L. F. **A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral in nature ao dano moral in re ipsa.** Cadernos de Direito Atual. São Paulo, n. 8, p. 399-412, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/230/170>. Acesso em: 09 nov. 2023.

GARTINI, M. C.; PORTO, A. L. F. **A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral in nature ao dano moral in re ipsa.** Cadernos de Direito Atual. São Paulo, n. 8, p. 399-412, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/download/230/170>. Acesso em: 12 out. 2023.

JÚNIOR, F. D.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil.** Salvador: Juspodivm, 2012. 9. ed.

JUNIOR, J. R. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** 2001.

MARTINS, N.; PASSOS, J. Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003, p. 208.

MOREIRA, A. J. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

NEDER, R. N. **A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO DE AMARTYA SEN: uma discussão teórico-empírica do papel das liberdades humanas.** Disponível em: [https://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaoId\\_1057\\_10575cca2adb6ae26.pdf](https://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_1057_10575cca2adb6ae26.pdf). Acesso em: 25 out. 2023.

NETO, A. R.; ANGELUCI, C. A.; CARRASCO, M. A. **Educação em Sexualidade para uma Cultura Antibullying: reflexões jurídicas sobre cidadania e homotransfobia nas escolas.** In: Adailson Silva Moreira; Silvia Araújo Dettmer. (Org.). **Bullying e a Violência Escolar: reflexões.** 1ed. Andradina: Meraki, 2020, v. p.193-214.

OLIVEIRA, M. M. **Como fazer pesquisa qualitativa.** Petrópolis: Vozes, 2007.

PIOVESAN, F. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos.** Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 25, n. 124, p.43-55, abr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2023.

RAMOS, M. M.; NICOLI, P. A. G. **O que é LGBTfobia?** In: RAMOS, M. M.; NICOLI, P. A. G.; BRÊNER, P. R. G. (org.). **Gênero, sexualidade e direito: uma introdução.** Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 183-192.

SANTOS, R. S. **Metodologia científica: a construção do conhecimento.** 5. ed. Rio de Janeiro: DP, 2002.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 512.

SOUZA, I. **O que são direitos humanos?.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/direitos-humanos-o-que-sao/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

TREVISAN, J. S. **Devassos no paraíso**: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade, 6a Edição, Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2004.

VECCHIATTI, P. R. O. **PRECONCEITO E DANO MORAL**. SER CHAMADO DE HOMOSSEXUAL NÃO CONFIGURA INJÚRIA, DIFAMAÇÃO E/OU DANO MORAL. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-5.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.