

O DIREITO À ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

*THE RIGHT TO SEXUAL ORIENTATION AS A RESULT OF THE
RIGHT TO FREE PERSONALITY DEVELOPMENT*

Joyceane Bezerra de Menezes¹
Cecília Barroso de Oliveira²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos de personalidade ou cláusula geral de tutela da pessoa?; 2 A homossexualidade e o Direito à identidade sexual; 3 O direito à liberdade *prima facie* e à autonomia ético-existencial do indivíduo; 4 O direito à liberdade de orientação sexual; Considerações finais; Referências.

RESUMO - Trata-se de investigação acerca da possibilidade de incluir o direito à identidade sexual e o direito à livre orientação sexual no âmbito de proteção dos direitos de personalidade. Encarada como manifestação da singularidade e subjetividade, a personalidade assume uma feição dinâmica, à medida que permite o livre exercício da autodeterminação ético-existencial do indivíduo. Dentro de tal perspectiva, o direito ao livre exercício da orientação sexual pode ser considerado como decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. A pesquisa é de cunho bibliográfico e de natureza qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à identidade sexual. Direito à liberdade sexual. Autonomia. Direitos de personalidade.

ABSTRACT - The focus of this investigation is the possibility of including the right to sexual identity and the right to free sexual orientation, in the scope of protection of the rights of personality. Seen as a manifestation of uniqueness and subjectivity, the personality assumes a dynamic aspect, as it allows the free exercise of ethical and existential self-determination by the individual. From this perspective, the right to free exercise of sexual orientation can be seen as a consequence of the right to free development of personality. This research is of the bibliographical and quantitative type.

KEYWORDS: Right to sexual identity. Right to sexual orientation. Autonomy. Rights

of personality.

RESUMEN - Se trata de una investigación acerca de la posibilidad de incluir el derecho a la identidad sexual y el derecho a la libre orientación sexual en el ámbito de protección de los derechos de personalidad. Enfocada como manifestación de la singularidad y subjetividad, la personalidad asume un carácter dinámico en la medida en que permite el libre ejercicio de la autodeterminación ético-existencial del individuo. Dentro de tal perspectiva, el derecho al libre ejercicio de la orientación sexual puede ser considerado como decurrente del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La investigación es de cuño bibliográfico y de naturaleza cualitativa.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la identidad sexual. Derecho a la libertad sexual. Autonomía. Derechos de personalidad.

Introdução

A cada três dias o Brasil registra um homicídio por razões homofóbicas. Em 2007, segundo o Relatório Anual realizado pelo Grupo “Gay” da Bahia (GGB), entidade de utilidade pública municipal e estadual, 122 homossexuais e travestis foram assassinados no país em razão de sua orientação sexual, 30% (trinta por cento) a mais que ano anterior. A estatística dá ao país o lugar de campeão mundial neste tipo de crime, seguido pelo México, com 35 (trinta e cinco) homicídios por ano, e Estados Unidos com 25 (vinte e cinco).

Uma pesquisa institucional promovida pela Associação da Parada do Orgulho Gay GLBT, Universidade Estadual de Campinas, Universidade de São Paulo, Universidade Cândido Mendes e Universidade Estadual do Rio de Janeiro evidenciou que 65,7% dos entrevistados já tinham sido alvo de agressões e discriminações em virtude de sua orientação sexual (CARRARA, 2006, p. 39).

Por outro lado, o Brasil sedia anualmente a maior manifestação de orgulho *gay* do mundo – a Parada *gay* –, segundo maior evento de atração de turistas à cidade de São Paulo, ficando atrás apenas do *Grande Prêmio de Fórmula 1*.

Se esta é uma realidade sociológica paradoxal e difícil de ser compreendida, o mesmo se verifica no tratamento dado pelo Estado aos homossexuais, pois ao mesmo tempo em que este institui programas como o “Brasil sem homofobia”, deixa de conferir direitos a pessoas tão somente em razão da sua orientação sexual.

Poder-se-ia argumentar que, se inexistente lei impedindo as pessoas de serem

homossexuais e que sendo o Brasil um país igualitário, democrático e pluralista, não há que se falar em discriminação. Essa afirmativa deveria mesmo ser verdadeira, entretanto, não é exatamente isso que se observa.

É certo que o Estado não impede explicitamente que as pessoas tenham a identidade sexual que desejem e que sigam a orientação sexual que quiserem, no entanto o faz implicitamente ao deixar de reconhecer direitos decorrentes das relações homossexuais, tais como: alimentos, sucessão, adoção conjunta, partilha de bens, concessão de visto permanente a companheiro estrangeiro, concessão de benefícios decorrentes do reconhecimento de dependência em plano de saúde ou no Imposto de Renda, entre outros.

Face ao exposto, este trabalho pretende analisar as seguintes indagações: o ordenamento jurídico brasileiro concede à pessoa o direito à liberdade de orientação sexual? Existe liberdade de identidade sexual sem liberdade de orientação sexual? O fato de não existir regra expressa prevendo o direito à identidade sexual e o direito à liberdade de orientação sexual como direitos de personalidade impede as pessoas de serem assim caracterizados? No caso de uma resposta positiva à pergunta anterior, qual seria a vantagem de tal enquadramento?

1 Direitos de personalidade ou cláusula geral de tutela da pessoa?

A personalidade é uma estrutura complexa que comporta um sentido polissêmico, especialmente se consideradas as perspectivas de diferentes áreas do conhecimento. Para Freud, a personalidade é composta de três grandes sistemas: o *id*, o *ego* e o *super ego*. O *id* é o sistema original, nele encontram-se os instintos e tudo o que foi herdado psicologicamente; o *ego* busca o equilíbrio, decide quais os instintos que devem ser satisfeitos, quais ações devem ser realizadas e quais direções devem ser tomadas; por fim, o *super ego* é o representante interno dos valores sociais, que age segundo um sistema de recompensas e castigos, estabelecido por parâmetros morais da sociedade (SOUSA, 1995, p. 110).

Em uma acepção comum, a personalidade é a maneira de ser da pessoa. “A organização mais ou menos estável, que a pessoa imprime à multiplicidade de

relações que a constituem” (GROENINGA, 2006, p. 446). Segundo a autora, a personalidade é construída pela combinação de fatores hereditários e constitucionais e ainda pelas experiências passadas e presentes que, no desenlace contínuo, assumem uma dimensão dinâmica do *ser* e do *vir a ser*.

A personalidade assume, portanto, um caráter dinâmico. O homem é capaz de mudar, aperfeiçoar e adaptar constantemente traços de sua personalidade e é exatamente nessa possibilidade de autodeterminação, fruto do exercício de sua autonomia, que ele se afirma como ser individualizado e singular. Os homens são iguais por serem membros da mesma espécie, mas também se tornam únicos pelos caracteres individuais que possuem e que adquirem. O mapa genético, aliado à soma de seus valores e experiências individuais, torna cada homem irrepitível, porém jamais estático. A realidade circundante do indivíduo lhe ressignifica e contribui reestruturação de sua personalidade.

Sob o aspecto jurídico, a personalidade não pode ser enquadrada em modelos previamente fixados, do contrário se ignoraria a irremediável ligação entre o direito e a vida, feita de sentimentos, fatos, circunstâncias e realidades outras que vão sempre existir, mesmo à revelia da lei. E mais que isso, desconheceria a individualidade, a autonomia do homem e a sua capacidade de criar e viver situações que fogem aos desígnios estanques da legalidade.

Nesse sentido, oportunas as palavras de Capelo de Sousa (1995, p. 18):

Cada homem tem sua específica individualidade e autonomia, auto-propõe-se a objetivos pessoais, valora as situações em função de critérios próprios, adapta-se a si próprio e ao mundo e age e estrutura a sua personalidade com bases em complexas, diversificadas e muitas vezes antinômicas estruturas de ser e dever ser, como a sua herança biogenética, a educação recebida, as circunstâncias sócio econômicas, os seus instintos, a sua afetividade, o seu temperamento, a sua racionalidade, a sua ética, o seu caráter as suas aspirações, os seus interesses. Finalmente, porque sociedade moderna, embora se revele indispensável na formação e realização da personalidade humana em domínios particularmente sensíveis, introduz-lhe também limitações, inibições, modelos modas e mitos, num óbvio processo de normalização... Todavia, o homem, real e concreto embora tenha em maior ou menor medida de assumir a sua máscara social, mantém pela sua liberdade e pelo seu espírito, a capacidade de abrir válvulas de escape no tecido social e aí expandir clareiras de autonomia e criatividade

individuais correspondentes a um território próprio e a uma personalidade humana singular.

Na realidade, o desafio que aqui se impõe está na tentativa de delimitação do conceito de personalidade para o efeito de analisar os direitos da personalidade e a sua extensão. Isto a fim de perscrutar se o direito à identidade sexual pode ser classificado como direito de personalidade e sobre as possíveis vantagens dessa eventual classificação.

Em curtas palavras, Pedro Vasconcelos (2006, p. 47) define a personalidade como “a qualidade de ser pessoa” e ressalta que é a pessoa, em sua singularidade, o “fundamento ontológico do direito”.

A pessoa constitui o cerne e a finalidade de todo o ordenamento jurídico, pois de nada adiantaria a proteção estatal do patrimônio – ao “ter” – se não houvesse o amparo ao “ser” – à própria pessoa individualmente considerada. É exatamente a necessidade de proteção da pessoa, como ser autônomo, singular e irrepitível, que justifica a existência dos direitos de personalidade.

Verdadeiras projeções dos direitos humanos na esfera privada, os direitos de personalidade representavam, inicialmente, apenas um dever geral de abstenção, por meio do qual todos os demais sujeitos estavam impedidos de lesionar bens jurídicos pertinentes à esfera da personalidade do respectivo titular (SARMENTO, 2004, p. 123).

A classificação dos chamados “direitos da personalidade” surgiu no final do século XIX e foi alvo de severas críticas, cujo argumento nuclear era a impossibilidade lógica da personalidade ser, a um só tempo, titular e objeto do direito. Para os adeptos da teoria que limita os direitos de personalidade aos previstos na lei, o objeto dos referidos direitos seria os diversos bens da personalidade e não a pessoa, em sentido contrário, os que concebem a existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade e defendem que o bem da personalidade poderá ser resguardado ainda que não seja necessariamente configurado como uma realidade extrínseca à pessoa, pois “o bem da personalidade delimita a vantagem que é atribuída, sem que isso implique que precise ser configurado com uma realidade exterior ao sujeito.” (VASCONCELOS, 2006, p. 43)

Defende Tepedino (2004, p. 27) que a personalidade deve ser encarada sob dois prismas distintos: como capacidade e, nesse sentido, ela é titular das relações

jurídicas, e como “conjunto de atributos inerentes e indispensáveis à condição humana”, quando então os bens jurídicos em si mesmos serão objeto da tutela jurídica.

Convém partir da discussão doutrinária acerca da unicidade ou pluralidade dos direitos de personalidade, bem como de sua tipicidade ou atipicidade, pois se considerados apenas os direitos de personalidade típicos, não há que se albergar o referido direito à identidade sexual.

Sobre o tema divergem autores pluralistas e monistas. Os pluralistas consideram a existência de diversos direitos de personalidade e dividem-se entre aqueles que os entendem restritos ou não aos tipificados pelo ordenamento jurídico. Os monistas, por sua vez, defendem um “direito geral de personalidade”, que inclui todos os bens e interesses jurídicos integrantes da personalidade, ainda que não expressamente previstos pelo legislador.

Para De Cupis (2008, p. 26), a pluralidade dos direitos de personalidade traduz-se nos seus vários interesses distintos – vida, integridade física, identidade, etc.

Ainda entre os pluralistas, Ascensão (2000, p. 72) defende que a personalidade jurídica é definida formalmente a partir da suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações. Mas, a par dessa dimensão meramente formal, a personalidade também apresenta uma dimensão ontológica firmada na dignidade da pessoa humana que defere a cada homem os direitos essenciais ao desenvolvimento da sua personalidade.

Asseverando acerca da dimensão relacional e histórica da vida do homem, o mesmo autor (2000, p. 74) ressalta o caráter histórico dos direitos de personalidade a partir do qual se admite sua variabilidade no tempo e no espaço

Entre os monistas, Paulo Mota Pinto, citado por Sarmiento (2004, p. 125), aduz acerca do “direito geral de personalidade”, do qual decorreria uma tutela condizente com a complexidade da personalidade humana, que seria protegida em todas as suas manifestações presentes e futuras, previsíveis e imprevisíveis.

Falar em direito geral de personalidade parece importar em uma proteção mais ampla à personalidade, vez que posiciona a personalidade como um valor, que agrega diversas e mutáveis situações existenciais. Como diz Perlingieri (2007, p.156), “tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados em seu

interesse e naqueles de outras pessoas.

Compreendido como valor, impõe-se um direito geral de personalidade, capaz de resguardar a pessoa de forma mais aberta, além de qualquer previsão legal exaustiva. Tal entendimento é salutar diante da dinâmica das relações e dos avanços tecnológicos que fazem surgir sempre novos direitos, tornando inócuo qualquer esforço legislativo de acompanhar os fatos sociais.

A Lei Fundamental da Alemanha e a Constituição Portuguesa expressamente preveem cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade.

O Código Civil Brasileiro, ao contrário, previu uma tutela da personalidade em dez artigos (arts. 11 ao 21), entre os quais não houve menção expressa a um direito geral de personalidade, nem inserção de qualquer cláusula geral que permitisse a proteção do Estado sobre direitos vinculados à pessoa que porventura não estejam expressos nos referidos dispositivos. Não obstante, trouxe o dever geral de indenizar no art. 927 e a previsão do ato ilícito nos artigos 186 e 187.

Pergunta-se então: no caso do Brasil, há direitos de personalidade para além dos expressamente enumerados pelo Código Civil?

Entende-se que o amparo legal ao desenvolvimento da pessoa só se efetivará a partir de uma cláusula geral de promoção e tutela, capaz de ultrapassar a proteção dada aos direitos subjetivos enumerados e englobar toda a riqueza das manifestações da personalidade do homem em sua singularidade. No entanto, a falta de uma cláusula específica, expressamente enunciada, como ocorre na legislação brasileira, não significa que proteção conferida à personalidade se restrinja às hipóteses disciplinadas pelo Código Civil. Afinal, há que se cogitar do princípio norteador de toda interpretação e de todo o ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.

E é exatamente o princípio da dignidade da pessoa humana que se configura em uma “imposição ontológica” (ASCENÇÃO, 2000, p. 72) à tutela da personalidade e é ele que constitui o fundamento ético da concepção de uma cláusula geral de tutela.

É certo que a expressa previsão de uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade seria mais oportuna na defesa da pessoa, pois a amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana pode acarretar seu uso indiscriminado ou inadequado, haja vista que necessita da atuação perita do hermeneuta, nem

sempre visível nos órgãos do Poder Judiciário.

Ocorre que não é esse o melhor raciocínio; pois, ao ser estabelecido como fundamento da ordem constitucional vigente, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado à categoria de princípio estruturante³ do ordenamento, com o qual todas as demais normas deverão se conformar e para o qual todas as ações do Estado deverão convergir.

A amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana está indissociavelmente ligada à exigência de um tratamento individual conferido pelo Estado a cada pessoa, pois para que o homem seja contemplado pela lei com o respeito à sua singularidade, faz-se necessário que o enunciado normativo alcance individualmente todas as situações reais e particulares vividas pela pessoa.

Nas palavras de Capelo de Sousa (1995, p. 117), o bem da personalidade a ser resguardado pelo Estado é “o real e o potencial, físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificador, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes de sua materialidade física e do seu espírito reflexivo sócio-ambientalmente integrados.”

Entender a personalidade como individualizante é definir-lhe como essência da pessoa, qualidade que a distingue das demais, atribuindo-lhe um caráter de irrepetibilidade sem, no entanto, isolá-la do todo, ao contrário, conferindo à coletividade e ao Estado o escopo primordial de promover o seu livre desenvolvimento.

O equilíbrio entre as exigências coletivas e a dignidade individual de cada um dos membros da coletividade passa a ser tarefa dos direitos de personalidade. Apesar das inúmeras diferenças entre as pessoas, há algo que as iguala; um núcleo mínimo de dignidade a ser resguardado pelos direitos de personalidade, o qual “no admite exceptio, distinciones, olvidos ni diferencias según el orden total y particular: los derechos personalíísimos, base que parifica a todos por el hecho de ser personas” (CIFUENTES, 1995, p. 114)

Neste sentido, os direitos de personalidade possuem o papel fundamental de garantir o núcleo de individualidade do sujeito que não pode ser atingido por uma decisão/opinião da maioria e que, ainda quando não estiverem expressos na legislação, poderão ser invocados com base na tutela ao livre desenvolvimento da personalidade contida no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana assume feição mais ampla que a tutela da personalidade, mas os bens da personalidade sempre se podem deduzir do conteúdo da dignidade da pessoa, de onde se pode deduzir a existência de uma cláusula geral dos direitos de personalidade, sempre voltada ao livre desenvolvimento da personalidade. Não haverá respeito à dignidade da pessoa humana se não se resguarda a possibilidade da autodeterminação, do livre desenvolvimento.

Estabelecida uma cláusula geral de tutela da personalidade caberá ao intérprete delimitar o seu conteúdo, em atenção ao contexto sociocultural, ao tempo e ao lugar onde o direito será aplicado. De acordo com Capelo de Sousa (1995, p. 121), nos sistemas jurídicos igualitários⁴, essa tutela deverá observar o princípio da universalidade da personalidade jurídica humana, reconhecendo a todos a mesma dignidade e liberdade, desde que seja respeitada a liberdade dos demais.

Considerando a personalidade também sob um aspecto relacional, Giselle Groeninga (2006, p. 449) identifica três níveis inseparáveis: individual, grupal e social. “Somos seres que repetem ao longo de gerações as mesmas experiências que constituem nossa subjetividade, nossa objetividade e nossa intersubjetividade.” A natureza, a família e a cultura formam os ingredientes da personalidade de maneira singular. E se, por vezes, qualquer deles ameaçar a singularidade individual, é imperiosa a tutela estatal garantidora do livre desenvolvimento desta personalidade.

A partir do pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como “cláusula geral de promoção e tutela da pessoa”, resta saber se é possível entender o direito à identidade sexual como direito de personalidade dela decorrente.

2 A homossexualidade e o Direito à identidade sexual

A homossexualidade não é um fato trans-histórico. Constrói-se, tão somente, a partir da existência de uma norma que impõe determinado comportamento sexual (FOCAULT, 1997, p. 100). É ela que estabelece parâmetros de divisão entre condutas sexuais aceitas e não aceitas e essa norma varia de acordo com o tempo, cultura e lugar em que ela é estabelecida.

Não há, necessariamente, um trauma, um desejo, uma neurose, um gene ou

qualquer essência imutável que distinga homossexuais de heterossexuais, porque a classificação segundo o critério do gosto sexual parece ser tão subjetiva quanto seria uma classificação segundo as preferências de cor. Parece irreal buscar uma essência comum entre todos aqueles que preferem loiras a morenas, mas a existência de uma norma sexual faz possível a crença na existência de uma homossexualidade comum a todos os homossexuais (FREIRE, 1995, p. 19-23)

A sexualidade humana é construída socialmente pelo contexto cultural em que está inserida, daí a historicidade da norma sexual foucaultiana. Ao contrário dos animais que continuam pautando sua sexualidade por uma programação biológica, instintiva, o homem não se comporta por instinto, não age sem dar sentido a seus atos, por isso faz parte de seu aprendizado social descobrir a forma como deve se comportar sexualmente (BOZON, 2002, p. 14)

Considerando a homossexualidade como realidade definida historicamente, não importa a este trabalho possíveis discussões médicas sobre as causas da homossexualidade, até porque as tentativas de se identificar a homossexualidade com alguma explicação genética, hormonal ou psicológica não apresentaram resultados suficientemente conclusivos. O que é indiscutível, e sobre isto há consenso, é que a homossexualidade é um fato social tão antigo quanto a heterossexualidade e, na análise de condutas morais, importa observar os sujeitos, a cultura e o horizonte histórico em que elas se inserem.

Sendo assim, o homossexual não deve ser compreendido como alguém que possua qualquer característica genética ou psíquica que o agrupe em uma categoria de pessoas distintas da maioria, o que o diferencia é tão somente a manifestação de sua subjetividade no âmbito de sua orientação sexual, que o afasta dos vieses heterossexistas orientadores da sexualidade da maioria.

Nesse diapasão, ensina Jurandir Freire (2002, p. 22):

O homem homoeroticamente inclinado não é como facilmente acreditamos, alguém que possui um traço ou um conjunto de traços psíquicos que determinariam a inevitável e necessária expressão da sexualidade homoerótica em quem quer que os possuíssem. A particularidade do homoerotismo em nossa cultura não se deve a pretensa uniformidade psíquica da estrutura do desejo comum a todos os homossexuais; deve-se, sugiro, ao fato de ser uma

experiência subjetiva moralmente desaprovada pelo ideal sexual da maioria.

Percebida como manifestação da subjetividade, a sexualidade humana assume um caráter multidimensional. Assim, a formação da identidade sexual implica não apenas elementos biológicos, mas também a manifestação da autonomia do sujeito em um dado contexto sociocultural. A influência cultural e histórica, a maneira como cada um sente e percebe as pessoas, o mundo e a si mesmo é tão própria que não há como compreender a vivência da sexualidade de outra forma que não seja sob a concepção do indivíduo como ser autônomo e dotado de originalidade.

Para Giddens (1993, p. 25), a sexualidade “é algo que cada um de nós ‘tem’ ou ‘cultiva’, não mais uma condição natural que o indivíduo aceita como um estado de coisas preestabelecido[...] um ponto de conexão entre o corpo, a auto-identidade e as normas sociais”.

Semelhante concepção é defendida por Alain Touraine (1998, p. 89) ao vincular a sexualidade à felicidade na busca do sujeito pela realização de si mesmo: “a sexualidade não se reduz nem a uma forma de consumo, nem a um erotismo <divino> que seja seu oposto, é um chamamento do indivíduo a si mesmo, à sua livre criação, ao seu prazer, à sua felicidade”.

Seguindo a orientação da Corte de Cassação Italiana, Choeri (2004, p. 28) assevera que a identidade pode ser vista sob dois prismas, um estático e outro dinâmico. O primeiro corresponde às características imodificáveis ou modificáveis apenas sob certas condições, como, por exemplo, o genoma, o sexo biológico, o estado civil, a nacionalidade – elementos objetivos de identificação da pessoa. O segundo aspecto reúne características culturais, sociais e históricas do sujeito, como, por exemplo, herança cultural, ideologias, opiniões, pensamentos, sentimentos – qualidades que o tornam singular, distinguindo-o de todos os demais. A noção de singularidade inclui a consideração particular da sexualidade de cada um, seja a pessoa heterossexual, homossexual, bissexual, transexual, travesti ou intersexual⁵.

Consequência da construção da subjetividade do indivíduo, a identidade sexual é parte de sua personalidade, donde se concebe um direito ao autodesenvolvimento sustentado por um pilar básico – o respeito à sua autonomia

ético-existencial.

Não há, portanto, como separar a singularidade da pessoa da garantia de sua autodeterminação, pois é o uso racional da liberdade que lhe confere o *status* de senhor de seu destino.

3 O direito à liberdade *prima facie* e a autonomia ético-existencial do indivíduo

A liberdade sempre foi um dos grandes e constantes ideais da humanidade. O desejo de liberdade é intrínseco ao homem e está no âmago de seus sentimentos mais profundos, como dito por Cecília Meireles (2004, p. 48), “liberdade, essa palavra, que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”.

O Art. 4º, 1, das Declarações do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que: “ a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

Os direitos da liberdade, especialmente as liberdades civis e políticas, foram os primeiros a constar nas constituições ocidentais. Traduziram-se inicialmente como direitos de oposição perante o Estado e significavam, basicamente, a garantia da não interferência estatal na autonomia contratual exercida entre particulares.

Hoje, o conceito de liberdade não se atém ao significado liberal de autonomia da vontade, está muito mais relacionado à autodeterminação da pessoa, à possibilidade do sujeito de realizar “suas escolhas existenciais básicas e perseguir seu próprio projeto de vida, desde que isso não implique violação de direitos de terceiros” (SARMENTO, 2008, p. 646).

Uma pessoa autônoma é aquela capaz de traçar seu próprio trajeto, que assume as posições de protagonista e diretora de sua biografia em face das várias possibilidades que se lhe apresentam. A vida será, portanto, o resultado de suas escolhas em face das diversas opções. Quem jamais realizou uma escolha efetiva, de forma genuína e verdadeira, não pode ser considerada uma pessoa autônoma.

O homem, senhor de sua razão, é responsável por seu destino a partir das

escolhas que realiza e é exatamente na infinitude de grandes e pequenas escolhas diárias que o homem pode construir-se e reconstruir-se, tornando-se aquele que decidiu ser.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 233), a liberdade consiste num “poder de atuação do homem em busca da sua realização pessoal e de sua felicidade”. O conceito ressalta a imprescindibilidade da autonomia individual para que o homem dê sentido à sua existência. É na possibilidade de escolhas livres que a pessoa poderá direcionar sua trajetória de vida e ser responsável pelo resultado das opções que realizou.

Há que se ressaltar ainda que a ideia kantiana do “homem como fim em si mesmo” permite a estreita ligação entre autonomia e dignidade da pessoa, pois só será um fim em si mesmo aquele capaz de desenvolver livremente sua personalidade pela possibilidade de autonomamente escolher seus próprios fins. Nesse sentido:

(...) la dignidade humana constuye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva Del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de um lado, el reconocimiento da la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos , de las posibilidades de actuación propias de cada hombre, de outro, la autodeterminación (*Selbsbestimmung des Menschen*) que surge de La libre proyección histórica de la razi3n humana, antes que de una prederterminaci3n dada por la naturaleza. (LUÑO, 2005, p. 324) .

Trata-se, aqui, de uma acepç3o de liberdade condizente com a tutela da dignidade humana, à medida que conduz um caráter mais concreto e individualizante, do exercício da vida privada, da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Importa salientar que a possibilidade de realizaç3o de escolhas está sujeita a determinadas condições e situações, não fosse assim, apenas os mais fortes teriam liberdade e comprimiriam a liberdade dos fracos. É óbvio que a escolha subjetiva está condicionada pelas circunstâncias naturais, econômicas, psíquicas, culturais e históricas do sujeito. Nenhum desses fatores deve ser negligenciado no estabelecimento do conteúdo do direito à liberdade, mas é preciso que não restem dúvidas a respeito da existência de um “conteúdo nuclear que se situa no poder

de decisão, de escolha entre diversas possibilidades”, na capacidade objetiva de decidir (BARROSO, 2008, p. 678)

A par de tais considerações é possível que se analise a extensão do direito à liberdade com seus parâmetros e confrontações. Para Kant, o limite da autonomia do homem estava contido na liberdade do outro, segundo o estabelecido em uma lei universal.

Ocorre que, como a filosofia kantiana não inclui em seu bojo nenhum elemento normativo que obrigue o homem a respeitar a autonomia do outro, faz-se necessária uma dimensão normativa pressuposta que estabeleça balizas para liberdade de cada um (MALUSCHKE, 2007, p. 102)

Ao legislador e ao aplicador do direito caberá conciliar a liberdade de todos com as liberdades individuais, tarefa que só será possível se o substrato e a extensão da referida liberdade forem clarificados. Dizer que a liberdade não se restringe à autonomia da vontade e que possui uma acepção moderna de autonomia ainda não é suficiente. É preciso que se elucide acerca de um possível direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade e sob que perspectivas é oportuno associá-lo aos valores da dignidade humana, da igualdade e do pluralismo.

Referindo-se à Constituição alemã (art. 2º alínea1)⁶, Alexy (2008, p. 341-343) identifica o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de liberdade que estabelece uma permissão *prima facie*, para que o indivíduo faça ou deixe de fazer o que quiser, permissão esta que acarreta, em face do Estado, o direito de não embaraço às ações ou às abstenções próprias.

Na tentativa de delimitar os contornos desse direito geral de liberdade, o autor (2008, p. 219-225) estabelece a classificação de liberdade jurídica, conceituando-a como aquela que confere ao seu titular a possibilidade de agir de uma maneira ou de outra, sem imposição de obstáculos. É a partir da não existência de obstáculos que se garante o objeto da liberdade.

As liberdades jurídicas classificam-se, por sua vez, como *liberdades protegidas* e *liberdades não protegidas*. A liberdade protegida é a permissão expressa para fazer ou se abster de fazer algo. As liberdades não protegidas são permissões no sentido de negação de deveres e obrigações. Ambas pressupõem o direito de não ter embaraçado ou impedido o gozo de seu exercício. A proteção dessas ações consiste, pois, na obrigação negativa por parte do Estado de não

impedir ou embaraçar ações do titular de um direito.

Haverá impedimento sempre que a realização do direito se tornar inviável e embaraço sempre que o exercício do direito for dificultado. Por isso se fala em “direitos de defesa”, os quais estão ligados à competência para questionar judicialmente sua eventual violação (Ibid, p. 229-232)

Importante ressaltar que, ao se falar em liberdade não protegida, não se está negando ao titular dessa liberdade o direito subjetivo de reivindicá-la contra o Estado, pois como explicado pelo próprio Alexy (2008, p.234), “toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre.”

Embora a liberdade não protegida não esteja expressamente evidenciada, pode ser considerada protegida ainda que seja no âmbito de proteção das liberdades negativas, pois a existência de um direito de liberdade *prima facie* estabelece limites à atuação do Estado, evitando que se constituam situações de embaraço ou impedimento sem autorização legal expressa.

Entendida, portanto, no sentido de permissão jurídica, essa dimensão da liberdade ganha uma conotação negativa. Uma pessoa é livre quando a ela “não são vedadas alternativas de ações”, há a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer algo que lhe é permitido sem qualquer imposição de dever ou proibição (Ibid, p. 226)

Para Hesse (1998, p. 324), o direito à liberdade geral de ação é uma liberdade jurídica, garantida e protegida jurídico-constitucionalmente pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que tem por limite o direito dos outros, a ordem constitucional e a lei moral.

Importa salientar que os parâmetros de Hesse (1998) são por demais abstratos, à exceção da ordem constitucional, a liberdade dos outros e a lei moral são critérios vagos o suficiente para permitir afrontas à liberdade individual sem que seja difícil legitimá-las. Volta-se ao ponto de partida da discussão, pois se o direito do outro interfere no direito pessoal de liberdade, não haverá como conciliar tais direitos.

A vinculação entre o direito à liberdade *prima facie* e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é confirmada por Martin Koppernock, citado por

Oliveira (2002, p.87). Segundo o autor, o direito geral de personalidade é decorrente do direito geral de liberdade, aqui identificado como direito de autodeterminação ético-existencial por ser protegido por razões ético-existenciais.

As questões éticas compreendem às questões ético-existenciais e às questões ético-políticas. As primeiras tratam da “apropriação consciente e autocrítica da história de vida individual”, da obrigação da pessoa de tornar-se responsável por sua vida, por suas escolhas, dentro de suas circunstâncias e perspectivas. As questões ético-políticas, por sua vez, importam na “apropriação consciente e autocrítica da história de vida colectiva”. Segundo Koppernock apud Oliveira (2002, p. 8-90) o legislador não poderá usar o argumento de questões ético-políticas para restringir o direito de autodeterminação ético-existencial, a menos que a limitação seja estabelecida no interesse das próprias questões ético-existenciais do indivíduo ou dos outros.

Criticando Koppernock, Nuno Manuel Pinto Oliveira (2002, p. 96) defende que, no caso de conflito, não se deve entender pela prevalência *a priori* dos direitos individuais sobre os coletivos, pois só existirá esta superioridade quando forem iguais as razões em favor de uns e de outro.

Observe-se que a liberdade *prima facie* não é insuscetível de limitações, muito embora para sofrer restrições exija uma razão coletiva ou individual grave o bastante e compatível com os valores constitucionais que elida o prévio direito individual ao seu exercício.

Entendida desta forma, a tutela da liberdade assegura que, diante de várias possibilidades permitidas ou não proibidas por uma lei que se coadune com a Constituição, o homem poderá escolher objetivamente entre qualquer delas, sem que uma influência ou um ônus exterior o impeça de realizar o objeto de sua opção subjetiva.

No caso do Brasil, a Constituição Federal previu várias liberdades específicas em alguns incisos do artigo quinto, como, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de crença, a liberdade do exercício profissional, a liberdade de locomoção, a liberdade de reunião, dentre outras. Além dessas liberdades expressas, o inciso II do artigo 5º estabeleceu verdadeira cláusula geral de liberdade, identificando na lei o seu objeto de restrição ao determinar que:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Infere-se, portanto, que a liberdade só poderá sofrer restrições diante da existência de leis proibitivas ou mandatórias de determinado comportamento, que sejam regularmente elaboradas segundo o processo formal previsto na Constituição e que sejam compatíveis com as regras e princípios por ela preceituados, o que, por consequência, justifica a contestação acerca de qualquer lei restritiva de liberdade que não se enquadre nesses critérios de constitucionalidade.

Em matéria de direitos fundamentais, o princípio da liberdade tem prevalência sempre que o legislador não seja capaz de indicar razões fundadas no bem comum suficientes para justificar a limitação da liberdade. O legislador fica vinculado a um ônus de argumentação, nos termos do qual lhe caberá demonstrar a existência de direitos de terceiros ou de interesses coletivos que ilidam a presunção de princípio em favor da liberdade. (OLIVEIRA, 2002, p. 93)

4 O direito à liberdade de orientação sexual

No que concerne à investigação sobre um possível direito à liberdade de orientação sexual, importa estabelecer alguns pressupostos indispensáveis à análise.

Conforme enfatizado antes, o direito à identidade da pessoa inclui o direito à identidade sexual, que está implícito no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Apesar da Constituição Federal não ter estabelecido expressamente uma cláusula geral de tutela ao livre desenvolvimento da personalidade, é possível deduzi-la como decorrência do direito à liberdade geral de ação e da cláusula de garantia à dignidade da pessoa humana.

Não parece haver maiores controvérsias em se admitir que, no campo das escolhas básicas do indivíduo, esteja a opção pela pessoa com quem pretende relacionar-se afetiva e sexualmente, seja ela de sexo oposto ou não. Tal prerrogativa faz parte do desenvolvimento livre da personalidade do homem, da possibilidade de construção de sua existência dentro do poder criativo que sobreleva a sua natureza mortal e lhe permite imprimir sua indelével marca de individualidade na história coletiva.

Desta forma, sob a acepção de direito à autodeterminação, o direito à liberdade envolve a decisão a respeito da própria orientação sexual, fundamental na construção da personalidade e identidade individual e coletiva do sujeito.

Sendo assim, o Estado garante o direito à liberdade geral de ação e este deve ser compreendido no sentido de autonomia. Por decorrência de tal direito, insurge a liberdade específica de orientação sexual, cujo embaraço importará em desobediência ao dever de ação negativa em relação àquele direito geral.

Neste contexto, a liberdade de orientação sexual estabelecida *prima facie* pelo inciso II do artigo 5º só poderá ser restringida diante de uma fundamentação razoável e intensa, pois sendo uma liberdade permitida é “protegida” como liberdade negativa e como consequência do livre desenvolvimento da personalidade.

Considerações finais

Se os melhores legisladores fizessem as mais justas leis e os mais competentes administradores e juízes as executassem, ainda assim essas leis seriam estanques e se tornariam obsoletas. É este o propósito de uma cláusula geral: garantir que a lei englobe e proteja novas situações que não necessariamente tenham sido previstas quando de sua elaboração. Densificar os direitos contidos na cláusula geral, mais do que uma tarefa, é uma missão do aplicador do direito, pois assim é possível que o direito evolua, independentemente de novas leis.

O Código Civil Brasileiro previu proteção específica a alguns bens da personalidade, entretanto, a Constituição Federal, ao instituir a dignidade humana como princípio conformador da ordem constitucional, estabeleceu assistência integral à pessoa, razão pelo qual se faz possível conferir ao referido princípio a função de cláusula geral de tutela da personalidade.

Entendendo a personalidade como o modo da pessoa ser e manifestar-se em sua singularidade, serão bens da personalidade tudo o que a ela diga respeito, inclusive a sexualidade.

Vista sob um prisma dinâmico, a personalidade engloba todas as características que conferem singularidade ao homem, donde não se pode excluir a identidade sexual. Esta mesma singularidade impõe a noção de autonomia, pois é o uso racional da liberdade que permite ao homem ser exatamente aquele que

escolheu ser.

Construída social e historicamente, a sexualidade do indivíduo é parte de sua subjetividade e o seu exercício objeto de sua autonomia, por isso, qualquer concepção legal ou interpretativa que intente enquadrá-la em modelos pré-estabelecidos importará em afronta ao direito de liberdade *prima facie*, do qual decorre o direito à liberdade de orientação sexual.

Mesmo se constituindo em modalidade de liberdade não protegida, segundo a classificação de Alexy (2006), a liberdade de orientação sexual encontra guarida constitucional na cláusula geral de liberdade, só podendo ser restringida por meio de acurado exame de adequação e necessidade da medida, que deve ser tanto mais fundamentada quanto maior for a intensidade de afetação da liberdade.

Sendo assim, embora não previstos textualmente, os direitos à identidade e à liberdade de orientação sexual estão inseridos no conteúdo de tutela da dignidade da pessoa, pois não se cogita falar em autonomia ético-existencial se não for dado ao indivíduo sequer o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A proteção confere à pessoa o direito de exigir de terceiros e do Estado prestação negativa de respeito à sua orientação sexual e deste último prestação positiva de promoção à liberdade compatível com a pluralidade de uma sociedade democrática.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Vigílio Afonso da Silva (Trad.) São Paulo: Malheiros, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil teoria geral**. Introdução, as pessoas e os bens. Vol.1, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARROSO, Luis Roberto: Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Maria de Lourdes Menezes (Trad.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRARA, Sérgio. O centro latino-americano em sexualidade e direitos humanos e

o “lugar” da homossexualidade. In: GROSSI, Miriam Pillar, BECKER Simone, LOSSO, Juliana Cavilha M., MULLER, Rita de Cássia F. (Orgs). **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. Rio de Janeiro: renovar, 2004.

CIFUENTES, Santos. **Derechos Personalísimos**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

COSTA, Jurandir Freire. **A inocência e o vício**. 4. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

_____. **A face e o verso**. São Paulo: Editora Escuta, 1995

FOCAULT, Michel. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade amor e erotismo nas sociedades**. Magda Lopes (Trad.). São Paulo: Editora da Unesp, 1993.

GROENINGA, Giselle. Direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org). Família e Dignidade Humana. **Anais do V Congresso de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Luis Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade da pessoa humana como princípio ético-jurídico. In: Nomos. **Revista do Curso de Mestrado da UFC**. V.27. Jul-Dez. 2007. Fortaleza: Editora da UFC.

MEIRELES, Cecília. **O Romanceiro da Inconfidência**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”**. Coimbra: Almedina, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOURRAINE, Alan. **Iguais e Diferentes**. Poderemos viver juntos? Carlos Aboim de Brito (Trad). Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Almedina: Coimbra, 2006.

Notas

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Adjunto da Universidade de Fortaleza, no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado). Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br

² Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Professora da graduação e da pós graduação da Universidade de Fortaleza.

³ Princípios estruturantes são aqueles que indicam o “núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura” (CANOTILHO, 1993, p. 349). Como a promoção da dignidade humana é objetivo e fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso III), fim da ordem econômica, substrato teleológico dos direitos fundamentais, pode-se afirmar a sua condição de princípio estruturante. É um princípio concreto, de dimensão jurídico-constitucional que, por si e pelos subprincípios que o densifica e concretiza, constitui princípio ordenador positivamente vinculante (CANOTILHO, 1993, p. 352).

⁴ A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema jurídico em que prevalece a igualdade como pressuposto da democracia, a tutela da personalidade deve, portanto, atender às exigências da igualdade.

⁵ Ressalte-se que este trabalho, por uma questão de recorte epistemológico, cinge-se a tratar das questões relativas à homossexualidade, não se referindo, propositadamente, aos demais tipos sexuais.

⁶ Lei Fundamental da Alemanha - Artigo 2. Toda pessoa terá direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral. Toda pessoa terá direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa será inviolável. Ninguém poderá interferir nesses direitos, senão em virtude de lei. Disponível em <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/art__02.html>

Recebido em: 06/2009

Avaliado em: 08/2009

Aprovado para publicação em: 08/2009