



“CURA GAY”: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA EM RELAÇÃO À TERAPIA DE (RE)ORIENTAÇÃO SEXUAL

“GAY CURE”, A STUDY OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE SCIENTIFIC LIBERTY OF EXPRESSION APPLIED TO THE CONVERSION THERAPY

Francisco Pizzette Nunes¹

Gabriel Miranda Custódio²

RESUMO

O artigo tem como tema a “Cura Gay” ou a Terapia de (re)Orientação Sexual, levantando a seguinte problemática: a terapia de (re)orientação sexual pode ser considerada uma prática inconstitucional? Inicialmente realizou-se uma análise histórica das transformações evidenciadas nas dimensões dos direitos fundamentais e de seus reflexos no status e vida dos homossexuais. Em um segundo momento, buscou-se dirimir o eventual conflito entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão científica diante da possibilidade de realização da terapia de (re)orientação sexual. Concluiu-se que a prática de terapias de (re)orientação sexual é inconstitucional, devendo a dignidade da pessoa humana prevalecer frente à liberdade de expressão científica no caso em questão. A pesquisa utilizou-se do procedimento monográfico, sendo do tipo qualitativa e valendo-se do método de abordagem dedutivo, consistindo em pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Cura Gay; Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Homossexualidade; Liberdade de Expressão Científica.

ABSTRACT

The article has as theme the “Gay Cure” or the Conversion Therapy, bringing the following problem: Can the Conversion therapy be considered a unconstitutional

¹ Doutor em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor e Coordenador do Curso de Bacharelado em Direito da Escola Superior de Criciúma - ESUCRI (francisco.pizzette@gmail.com)

² Bacharel em Direito pela Escola Superior de Criciúma - ESUCRI (gabrielragno@homatil.com).



practice? Initially it was performed a historical study of the transformations noticed in the dimensions of the fundamental rights and their reflection in the status and life of the homosexuals. In a second moment, sought to resolve the eventual conflict between the dignity of the human person and the scientific liberty of expression before the possibility of the use of the Conversion Therapy. In conclusion the practice of the Conversion Therapy is indeed unconstitutional, must the dignity of the human person prevail before the scientific liberty of expression in this specific case. The research utilized a monographic procedure, being qualitative and using the deductive approach method, consisting in a bibliographic and documentary research.

Keywords: Dignity of the Human Person; Fundamental Rights; Gay Cure; Homosexuality; Scientific Liberty of Expression.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa qualitativa busca maior compreensão dos problemas sociais enfrentados por grupos homossexuais, mais especificamente se tratando da Terapia de (re)Orientação Sexual, analisando se tal prática é ou não constitucional. Para buscar a resposta a essa questão utilizará o método de abordagem dedutivo, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Tal assunto demonstra demasiada relevância nos tempos atuais, sendo que diversos institutos, como é a resolução 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, são discutidos e atacados, sendo um caso destes a Ação Popular n.1011189-79.2017.4.01.340. Além de várias discussões promovidas pela Organização das Nações Unidas quando a Organização Mundial da saúde que buscam maior compreensão neste assunto.

Para buscar a afirmação ou não da constitucionalidade da “Cura Gay” busca-se primeiramente uma análise da história, observando tanto a evolução dos direitos fundamentais quanto da visão social e dos direitos dos homossexuais, da Grécia Antiga até os tempos atuais, demonstrando o momento histórico que surge o emprego de tais terapias, assim como as técnicas empregadas, para maior compreensão do assunto.

Após, analisou-se o conflito entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão científica, a partir de duas teorias normativas: o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo



garantista. Tais teorias serviram de base para resolver a problemática levantada pela questão a respeito da constitucionalidade da terapia de (re)orientação sexual, sendo expostos seus conceitos, ideias e aplicações. Ulteriormente fez-se a escolha de umas das teorias normativas levantadas a fim de resolver o conflito em questão, declarando a inconstitucionalidade ou não da terapia de (re)Orientação sexual.

2 HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS HOMOSSEXUAIS.

Os direitos fundamentais detém uma história longa, cabendo salientar, que com a concepção da filosofia e o advento da religião denotaram ideias primordiais para futuro advento e concepção das normas fundamentais, assim como influenciaram diretamente na visão e na defesa dos direitos dos homossexuais.

Pode-se iniciar tal história com a filosofia clássica grega, onde já podemos ver frutos da ideia dos direitos fundamentais. A Democracia Ateniense, por exemplo, apresentou a seu povo o que seria visto hoje como o primórdio dos direitos civis e políticos (MAHLKE, 2017).

Os direitos fixados nesta época seriam mais relacionados aos direitos naturais do que direitos fundamentais, pois, o primeiro trata-se de direitos inerentes ao homem independente de contrato social, enquanto o segundo trata-se de direitos jurídico-institucionalizados em um limitado espaço temporal (CANOTILHO, 2003).

A cultura Grega, além de avançada intelectualmente, socialmente detinha pouca timidez ao comentar sobre atos homossexuais, aplicando a sua literatura e artes visuais, assim como sua mitologia (DOVER, 1974), como na representação do relacionamento de Zeus e Ganimede (REINKE et al., 2017). Porém a visão da homossexualidade diferia dos tempos contemporâneos. Na Grécia existia uma pederastia institucionalizada, para desenvolvimento da masculinidade dos filhos dos gregos considerados nobres. A segunda era a visão dos espartanos sobre tais atos, que consideravam normal, e até mesmo visto como benefício, pois os homens que iriam à guerra acabariam por defender não apenas os seus colegas soldados, mas o seu amado (VECCHIATTI, 2012).



Infelizmente pouco se sabe sobre a homossexualidade entre mulheres nesta época, porém existe a poetisa Safo de Lebos conhecida como uma grande personalidade feminina que denota uma tonalidade mais homossexual (MATA, 2009).

Mais à frente na história, em se tratando dos Romanos, pouco se mudou na visão da homossexualidade, sendo relevante que machismo intrínseco no pensamento daquela época, aquele que tivesse a sexualidade passiva era considerado um “cidadão de segunda classe” sendo que este abdicou de sua masculinidade. E devido ao fato de os Romanos terem uma cultura forte de dominação eles acabaram, diferentemente dos Gregos, proibindo o amor para com rapazes livres, sendo apenas autorizado este tipo de relação para com rapazes escravos, sendo que estes últimos poderiam ser dominados (VECCHIATTI, 2012).

Mas em se tratando de direitos fundamentais, os Romanos tiveram um grande impacto na positivação do direito. Como a Lei da XII Tábuas, da qual tratava sobre tanto direito público, quanto privado, sendo considerado pelos romanos a fonte principal de seu direito (PETIT, 2007).

Tais leis eram aplicadas na República Romana, e não no Império Romano, do qual, venho a se tornar o último mais a frente, devido à expansão de seu território, no que resultou em um difícil controle de poder, levando a guerra civil e conflitos dentro do seu território (NUNES, 2018).

Séculos após a modificação da república para império, quando o imperador Constantino acaba por fundar Constantinopla e estabelece a religião cristã no território Romano. Constantino fez isto pelo fato de que existia uma grande massa de cristãos na província da região de Urbe, da qual se multiplicava, assim, para legitimar sua governabilidade, este aderiu a tal religião, com o objetivo de satisfazer a população (GIBBON, 2008).

Esta fase é importantíssima para o futuro dos direitos fundamentais, pois foi pela perspectiva do Antigo testamento e o Cristianismo que herdamos a visão do ser humano como uma criação divina, sendo feito semelhante a Deus, que em consequência disso, vieram as ideias de “unidade da humanidade e da igualdade de



todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)” (SARLET, p. 38, 2012).

Porém a adesão ao cristianismo, mesmo propiciando estabilidade política, não foi suficiente para os problemas financeiros futuros. Com a perda das suas forças veio a perda do controle da população, fragmentação do território e realocamento das riquezas, levando assim a sua desestruturação e dando espaço para o início da Idade Média, onde existe uma descentralização política considerável e grande influência religiosa na sociedade medieval (NUNES, 2018).

O poder descomunal que a igreja detinha sobre as massas neste momento histórico acabou por ditar a visão de mundo do homem na idade média (VECCHIATTI, 2012). Exemplificando, os ditames do capítulo levítico tiveram um impacto sobre a visão dos homossexuais, sendo importante levantar alguns de seus escritos, como: “Com homem não te deitarás, como se fosse mulher; abominação é” (BÍBLIA, Levítico, 18:22) ou “Quando também um homem se deitar com outro homem, como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão; o seu sangue será sobre eles” (BÍBLIA, LEVÍTICO, 20:13).

Com esses dogmas religiosos fazendo parte do pensamento popular, o preconceito ascendeu na sociedade medieval (VECCHIATTI, 2012).

Em se tratando de direitos humanos em 1215, a Magna Charta Libertatum foi base para direitos como habeas corpus, o devido processo legal e a garantia a propriedade (SARLET, 2012). Assim, este documento determinou a defesa de direitos quanto ao poder do Estado, porém tais direitos foram resguardados a apenas a nobres da época (RODRIGUES, 2013).

A evolução do estudo sobre Direito Natural é notável nesta época, porém muito baseadas em convicções religiosas, exemplificado por Tomas de Aquino, um sacerdote da Igreja Católica Apostólica Romana. Tomas de Aquino detinha a ideia que “o fim da lei é o bem comum; pois, como diz Isidoro, a lei deve ser estabelecida para a utilidade comum dos cidadãos, e não, para a utilidade privada” (AQUINO, p. 1541, 1936), não devendo ser “considerado lei aquilo que não é justo. (...) toda lei estabelecida pelo homem tem natureza de lei na medida em que deriva da lei de natureza (AQUINO, p. 1536/1537, 1936).



Porém com o advento da idade moderna e do Iluminismo, entre os séculos XVII e XVIII, o foco normativo mudou drasticamente. Giuseppe Tosi (2005) aponta três elementos constitutivos para tal pensamento. A valorização do homem, o jusnaturalismo e que o governante deveria conduzir racionalmente a sociedade, no intuito de a iluminar e guiá-la para o seu objetivo, e conseqüentemente a melhorar (TOSI, 2005).

Jean-Jacques Rousseau, Thomas Hobbes e John Locke encontram-se no centro das teorias jusnaturalistas.

Rousseau julgava que o homem em estado de natureza é livre e igual a todos, onde na primeira sociedade, a família, o homem apenas negaria esta liberdade por conveniência e conservação, sendo assim feliz, mas quando esse estado natural não é mais sustentável os homens adentram o Estado Civil, que, no objetivo de se preservar, acabam os associados por alienar seus direitos para o bem da comunidade por um pacto social, do qual acaba criando um corpo moral e coletivo no intuito, sempre, de conservação e evolução (ROUSSEAU, 2001). Já Hobbes detém uma visão diferente de Rousseau, enquanto este ainda entende que o homem é livre no estado de natureza, Hobbes entende que o homem está em constante estado de guerra neste estado, e por isso busca a Estado Civil, onde o homem abre mão de sua discricionariedade, se entregando em submissão a um soberano, para assim, evitar dano a si mesmo e aos outros integrantes da sociedade (HOBBS, 1651). E por fim, o pensamento Lockiano, que tem similaridades quanto ao pensamentos dos outros pensadores, mas este pensa que o homem é apenas limitado pelas leis da natureza, e ao mesmo tempo é ele que executa o poder dessas leis, mas quando este adentra a sociedade política ou civil este se torna um com o todo, e deve respeitar a decisão da maioria, abrindo mão do que é necessário para manter o bem-estar da comunidade, assim como a integridade do pacto social aceito (LOCKE, 1823).

Por influencia desses pensamentos alguns fatos ocorreram no século XVII e XVIII, na Inglaterra, que pode ser observado pela positivação de diversos documentos, sendo alguns deles a Petition of rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, o Bill of rights, de 1689 e por fim o Establishment act, de 1701, que



decretou as leis neste país como direitos naturais do povo. Esses estabeleceram direitos como o Habeas Corpus, impediu as prisões discricionárias pela realeza, liberdade de expressão e etc... Limitando o poder da realeza sobre os indivíduos da sociedade. Porém estes ainda não se tratavam de direitos fundamentais pois não vinculavam o parlamento, mas existiu uma fundamentalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais (SARLET, 2012).

Em 1776, pelas Declarações de Direitos do Povo de Virgínia detém-se a primeira declaração de direitos fundamentais. Contendo disposições mais democráticas, reconhecendo os direitos individuais como inatos e inalienáveis, resguardando, também, uma universalidade e supremacia destes direitos, e consequentemente vinculando todo o poder público a respeitá-los (SILVA, 2013).

E não menos importante a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 na França, derivada da revolução ocorrida na época. Este documento detinha uma base jusnaturalista e Iluminista, principalmente de Rousseau e Montesquieu (SARLET, 2012).

Importante salientar que as declarações francesas de 1789 era que estas não eram vinculadas ao parlamento, existindo aqui uma falta de um sistema de controle de constitucionalidade. E que devido a inspirações rousseaunianas havia uma preocupação não apenas para o individual, mas também para o social, observado pelo reconhecimento ao direito ao trabalho e instrução e assistência aos desamparados (SARLET, 2012).

Com o avanço exponencial e cumulativo dos direitos fundamentais em todo o mundo, tratar-se-á das 3 dimensões de direitos fundamentais aceitas de forma praticamente unânime entre os pensadores de Direito Constitucional (CONCEIÇÃO, 2016).

Na primeira dimensão de direitos fundamentais observa-se os direitos individuais, notáveis nas primeiras constituições e no pensamento Lockiano, que limitam o poder do governante sobre o indivíduo, por este motivo estes direitos tinham uma natureza “negativa”. Os direitos fundamentais de Segunda dimensão são observados logo após os impactos da primeira revolução industrial onde os movimentos de reivindicação destes direitos exigiam uma ação “positiva” do Estado,



em promoção o bem-estar social para a população, provendo aos cidadãos o direito à saúde, trabalho, educação entre outros. A que se relevar que nesta dimensão também se trata sobre “liberdades sociais”, que não trata sobre uma liberdade intermediada pelo Estado, mas ao cidadão, como o direito à greve, a sindicalização, e direitos dos trabalhadores, como férias e limitação a jornada de trabalho. Os direitos de terceira dimensão, que aparecem após a Segunda Guerra Mundial, traz direitos com uma ideia mais coletiva e difusa, de forma diversa das duas primeiras que ainda tratavam sobre a pessoa individual. Alguns direitos relacionados a essa última seria à paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente, direito de comunicação e etc... Como pode ser observado pelos exemplos mencionados os direitos de terceira dimensão detém uma titularidade coletiva, que, enquanto podem ser analisados como individuais ou sociais, mas necessitam de outra forma para sua efetiva proteção e preservação (SARLET, 2012).

Em se tratando dos homossexuais muitos dos pensamentos provindos do passado mantiveram-se no pensamento popular. Antes do século XX não se verificaram muitos avanços quanto ao direito dessa minoria. No século XIX, passamos a ver uma fase onde existe a patologização da homossexualidade. Estudos que vieram a consagrar tal patologização pouco detinham estudos realmente científicos e apenas manteram o pensamento homofóbico há enraizado à séculos na sociedade (VECCHIATTI, 2012).

O termo Homossexual penas surgiu em com uma carta Escrita por Karoly Maria Benkert, médico, em 1869, ao Ministério da Justiça da Alemanha. Tal carta defendia que os homens homossexuais não deveriam ser perseguidos politicamente, mas tratados de sua homossexualidade, demonstrando uma ideia de doença passível de cura. Na Segunda Guerra mundial entre os judeus e ciganos, estavam os homossexuais, onde seus números chegaram a 200 mil mortos (MOLINA, 2011).

No Brasil independente homossexuais eram detidos em delegacias, considerados delinquentes “homossexuais”, e ocasionalmente levados a laboratórios onde seriam utilizados para pesquisas de causa de homossexualidade. Em 1937, o Dr. E. de Aguiar Whitaker apresenta diagnósticos da homossexualidade “endógena”



(biológica) e “exógena” (oriunda do ambiente social). Assim, por mais que não existisse pena para a prática homossexual, a medicina sugeria “ações médico-correccionais” somada as penas dos acusados (FRY; MACRAE, 1985).

Nesta época surgiram as terapias de reversão ou conversão sexual. Tais terapias tem por objetivo mitigar ou eliminar os desejos homossexuais. Existiam dois métodos para chegar a tal objetivo, o biológico que incluía intervenções cirúrgicas, lobotomia, injeção hormonal e etcetera. E a abordagem comportamental que utilizava a terapia cognitiva, condicionamento aversivo, entre outros métodos (GEORGE, 2018).

Porém devido aos movimentos de reivindicação de direitos dos homossexuais, assim como o avanço dos direitos humanos, em 1985, no Brasil, o Conselho federal de Medicina desenquadrou a sexualidade como “desvio e transtorno sexual”, conduzindo ao fim da “ilegalidade” no Brasil (CARNEIRO, 2015). Após, no ano de 1993, a OMS (Organização Mundial de Saúde) retirou o “homossexualismo” do rol de distúrbios. E a resolução 01/99 do Conselho federal de Psicologia dispôs que psicólogos não irão atuar na intenção de patologizar a homossexualidade, assim como forçar tratamentos sobre este grupo.

É Relevante apontar que ainda há tentativas para que métodos como a Terapia de (re)Orientação Sexual voltem, sendo um exemplo a Ação Popular de n. 1011189- 79.2017.4.01.3400, promovida pela suspensa psicóloga Dr^a Rozangela Alves Justino contra o Conselho Federal de Psicologia, onde, em primeiro grau, em decisão proferida pela 14^a Vara federal do distrito federal, decidiu pela suspensão da Resolução 01/99 anteriormente mencionada. Em liminar, o STF manteve a resolução 01/99 integralmente e eficazmente no território nacional.

Assim, mesmo com a evolução dos direitos fundamentais assim como dos direitos dos homossexuais, existe uma constante necessidade de abordar discussões deste tipo, que, neste artigo passar-se-á a analisar o conflito normativo envolvido na possibilidade de utilização de uma terapia de (re)orientação sexual perante as teorias normativas do constitucionalismo garantista e do constitucionalismo principialista, tendo em vista, ainda, o ordenamento jurídico pátrio.



3 O CONFLITO NORMATIVO EXISTENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA NO CASO DE TERAPIAS DE (RE)ORIENTAÇÃO SEXUAL

Antes de adentrar ao possível conflito de princípios fundamentais diante da possibilidade, ou não, da realização de terapias de (re)orientação sexual, é importante analisar duas das eminentes teorias normativas utilizadas para analisar uma possível colisão de direitos: o constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli, e o constitucionalismo principialista, de Robert Alexy.

A teoria principialista possui um foco maior sobre os direitos fundamentais e a sua relação normativa, além de uma constituição com uma normatividade forte, assim como desenvolvimento de novas interpretações e dogmáticas constitucionais (BARROSO, 2007).

Importante estabelecer que o constitucionalismo principialista entende que existe a vinculação entre direito e moral e também a vinculação de validade e justiça. Por mais que se reconheça que a existência e necessidade de um direito positivo, no momento que averiguado alguma injustiça, seja por uma colisão ou omissão normativa, o juiz está autorizado a buscar de forma extrajurídica a resolução do caso, que é solucionado por meio de uma ponderação (ALEXY, 2009).

Esta mesma teoria também afirma que existe a distinção entre princípios e regras, entendendo que ambas são normas, sendo que estas determinam o dever-ser, mas são espécies diferentes. Uma diferença seria que os princípios detêm uma generalidade alta, enquanto as regras possuem um generalidade baixa. Também existe uma diferença qualitativa, esta diferença qualitativa se dá pois princípios são aplicados na maior medida possível, sendo a sua aplicação determinada pelo possibilidade fática e jurídica, sendo esta última determinada pois quais princípios e regras estão em colisão. Já, as regras não detêm meio termo, por sua baixa generalidade, ela pode apenas ser satisfeita ou não satisfeita, sendo determinações (ALEXY, 2012).



Esta diferenciação acaba resultando em uma solução diferente em caso de conflito de regras e de princípios. Em caso de conflito de regras duas soluções podem ser observadas, a existência de uma cláusula de exceção ou uma das regras deve ser considerada inválida. Primeiro observa-se a possibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção, averiguando a inexistência de tal cláusula será iniciada a discussão sobre qual das regras será considerada inválida e excluída do ordenamento jurídico, pois impossível seria duas regras que detém aplicabilidades ou consequências contraditórias. Assim, esse conflito detém três soluções para a verificação de qual norma será considerada válida e inválida, a primeira seria o critério hierárquico, segundo regra da especificidade e, por fim, o critério cronológico (ALEXY 2012).

Já o conflito entre princípios não resulta na validade de uma regra sobre a outra ou ainda a invalidez de uma destas, mas um apenas dá espaço ao outro. A solução para isto se daria por uma ponderação/sopesamento, que estabelece qual dos princípios, que detém interesses conflitantes, têm maior peso no caso específico, sendo necessário observar as seguintes máximas: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esta última decorreria do fato de os princípios serem mandamentos de otimização perante situações jurídicas, enquanto as outras duas decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas (ALEXY, 2012).

Já constitucionalismo garantista, também conhecido como rígido, afirma que existe uma a divisão entre direito e moral, mas que isso não significa dizer que as normas não detém em seu âmago uma moral pois aqueles que as proclamaram ou confeccionaram derivam-as de “valores”, assim justas para quem as exprimiu. Concluindo que o “valor” expresso pelo legislador, tem uma “pretensão de justiça” (FERRAJOLI, 2011a).

Por esta teoria as constituições incorporam em si valores, valores que são transferidos às normas ou direitos fundamentais que irradiam e vinculam as normas abaixo. Sendo assim, o conceito de conexão entre direito e moral fica supérflua, pois existe em toda norma um nível mínimo de ética e “pretensão de justiça”, dando-lhe a validade (FERRAJOLI, 2011b).



Pela teoria garantista não é deixada a ponderação do juiz qualquer conflito, invalidade ou preenchimento de normas, mas apenas ao legislador. Assim a omissão, analisada pelo Supremo Tribunal Federal, deverá corresponder ao disposto no Art. 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que demanda ao poder competente cessar a omissão da lei em questão; já juízes e tribunais, devem analisar nos ditames desta mesma constituição uma resolução ao caso concreto com as ferramentas existentes (FERRAJOLI, 2011b).

O pensamento de Ferrajoli também desconsidera a distinção entre princípios e regras, ainda as considerando como normas, mas, diversamente do pensamento constitucional principialista, estes são apenas formuladas de forma diferente, sendo que alguns princípios detêm referência ao seu respeito, outros, com sua violação, culminam na sua aplicação (FERRAJOLI, 2011a).

Assim a teoria principialista é falha, de acordo com o pensamento garantista, pois, primeiramente existem regras mais imprecisas que princípios, determinando que não faria sentido a ponderação recair apenas sobre os princípios e ainda este tipo de pensamento poderia vir a atrapalhar o alcance destes mesmos princípios, os limitando. Tal resultado seria consequência de uma confusão entre aplicação de um princípio e a discussão da aplicação ao caso concreto, resultando em um debate desnecessário, quando a resolução seria simplesmente resolvida com a observância das relações das normas e a sinergia entre elas, respeitando o seu respectivo grau de subordinação, independente de que seja estabelecida constitucionalmente ou ordinariamente. Por fim, a última característica desta seria a necessidade de uma normatividade forte que corresponda a um respeito necessário às disposições constitucionais pelas leis inferiores, evitando contradições e mantendo o respeito da constituição pelo poder público (FERRAJOLI, 2011a).

Considerando o apontado acima podemos sintetizar as teorias da seguinte forma: o garantismo consiste em uma espécie de complemento do pensamento positivista clássico. Esta teoria também se caracteriza pelo fato de que a norma deve ser forte ou rígida, não sendo válidas apenas por existirem, mas buscando a coesão entre as normas infraconstitucionais para com as normas constitucionais. Ademais, as normas não podem apenas ser formalmente válidas,



devendo buscar sua validade substancial, respeitando as normas que são superiores; Já o constitucionalismo principialista, detém características opostas ao garantismo, por se afastar da ideia positivista de separação entre direito e moral, e também no que diz respeito ao que seriam regras e princípios, pois estes últimos são aplicados havendo a necessidade de um processo de ponderação. E também, os pensadores que seguem esta segunda teoria, analisam que em um conflito entre regras, e na prevalência de uma delas, a outra não será considerada inválida, mas sim dará espaço para que a outra se estabeleça no caso em concreto (NUNES; PILATI, 2017).

Resta, portanto, escolher uma das teorias supracitadas. Tal escolha não afirma a prevalência de uma teoria sobre a outra.

Neste sentido a colisão de princípios que será observada a frente utilizará das ideias propostas pelo constitucionalismo principialista pelas seguintes razões: Primeiramente o fato de que, no que tange a homossexualidade e a Terapia de (re)Orientação Sexual, existe um tremendo ativismo político e moral, seja em favor ou contra tais métodos. Segundo, deseja-se apenas demonstrar, utilizando das três máximas propostas pela teoria principialista, a prevalência de um princípio sobre o outro e, por último, existem vários argumentos extrajurídicos circundando este tema.

Mas existe a necessidade, antes de se adentrar ao conflito entre os princípios em questão, de conceituar o que seria uma norma fundamental. Assim, devemos primeiramente observar o conceito semântico de norma. Norma é um conceito primário, e seria o significado de um enunciado normativo, reconhecendo-se, mas não necessariamente apenas por isto, pelas expressões deônticas como “proibido”, “devem” e “não podem” (ALEXY, 2012).

Com isto em mente, o conceito de normas de direitos fundamentais não pode se resumir às disposições do texto constitucional, pois isto acarretaria em dois problemas para a separação entre normas de direitos fundamentais e aquelas que não expressam estes direitos. Um destes problemas seria que esta afirmação acaba generalizando que todos os artigos constitucionais expressam direitos fundamentais, o que não é o caso. Também existe a discussão de que não seriam apenas os



direitos fundamentais expressos em uma constituição que seriam considerados como direitos fundamentais (ALEXY, 2012).

Assim, Robert Alexy (2012) afirma que o conceito de normas de direitos fundamentais é vinculado a um critério formal, baseado na forma que foi positivado. Porém o mesmo pensador afirma que as normas de direito fundamental não se resumem àquelas previstas na constituição, também existindo aquelas derivadas da evolução interpretativa de uma norma de direito fundamental positivada na constituição, que seria a norma de direito fundamental atribuída.

Os últimos conceitos para serem trabalhados são dos direitos fundamentais em conflito diante da possibilidade de uma Terapia de (re)Orientação Sexual, que seriam os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade científica.

A primeira disposição a ser feita é se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípios da liberdade de expressão científica possuem caráter de normas de direitos fundamentais. Observando o conceito formalista de Robert Alexy, esta resposta é afirmativa, ambas estão dispostas na Constituição brasileira. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana estabelece-se no art. 1º, inciso III, e o princípio da liberdade de expressão científica está no art. 5º, inciso IX.

A Liberdade detém um sentido positivo e negativo. Positivo pois o homem é livre quando participa do poder. Negativo pois nega a coação estatal sobre sua individualidade. Neste sentido, o conceito jurídico de liberdade é amplo pelo fato de que a própria semântica da palavra é ampla, sendo o princípio da liberdade de expressão científica uma de suas manifestações (SILVA, 2016).

Em se tratando especificamente da Terapia de (re)Orientação Sexual, consequentemente da área da psicologia ou médica esses limites estariam dispostos pelo Conselho federal de psicologia e de medicina, mais especificamente na Resolução 01/99 pelo CFP e na disposição fixada em 1985 disposto pela CFM. Porém existe contestação a esse limite, como pode ser observada pela decisão em primeiro grau da Ação Popular de n. 1011189-79.2017.4.01.3400, anteriormente mencionada. Nesta decisão, o juiz considera que o Conselho Federal de Psicologia,



por meio da Resolução 01/99 e sua interpretação, estaria impedindo os psicólogos de atuarem em pesquisas, terapias, entre outras coisas nesta área.

Assim, o princípio da liberdade de expressão científica, aplicasse ao caso, pois tanto as definições pelo CFM (Conselho Federal de Medicina), assim como o do Conselho Federal de Psicologia, limitam o alcance deste princípio, esta supressão é considerada injusta por certos psicólogos, onde sua contestação ou prevalência será analisada mais à frente.

Em se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana com os avanços históricos dos direitos fundamentais e culturais, existe uma certa imprecisão para a definição do que seria algo digno para o ser humano, resultando em um significado polissêmico desse princípio. Porém, mesmo diante de uma incerteza em sua definição, há de se reconhecer a dignidade humana como uma norma de direito fundamental, sendo que sua imprecisão não implica na sua não aplicação. Importante salientar que este princípio é irrenunciável, inalienável e precede reconhecimento pelo direito (SARLET, 2002).

Assim, na tentativa de uma definição mais concreta sobre a dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 62) define esta como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, para uma definição mais sucinta das “condições mínimas para uma vida saudável” pode-se buscar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde – OMS(SARLET, 2002).

Isto é importante para a aplicação do princípio ao caso em questão, pois assim estabelece-se que os parâmetros estabelecidos pela OMS são uma averiguação objetiva do respeito ou não ao princípio em questão. Assim, com a despatologização em 1993 por essa organização, há de se considerar que métodos para a patologização da homossexualidade vão contra a esses parâmetros



estabelecidos. Destarte a terapia de (re)Orientação Sexual busca a patologização da homossexualidade para haver a possibilidade de tratamento, indo contrariamente a disposição da OMS e assim infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando sua aplicação ao caso.

Uma vez tendo se discutido o conceito e aplicação no caso em questão destas normas fundamentais passa-se para uma análise do conflito constitucional entre tais valores, o qual será operacionalizado através da abordagem principialista, utilizando-se da lei de colisão desenvolvida por Robert Alexy.

A lei de colisão de Robert Alexy (2012) toma em consideração a definição de princípio assim como o que acontece quando estes entram em colisão. Estas etapas serão seguidas assim como a resolução do conflito.

Assim, o primeiro passo será afirmar a colisão dos princípios no que concerne a Terapia de (re)Orientação Sexual. Em se tratando da liberdade de expressão científica podemos verificar a sua relevância e o conflito em questão apresentando a Ação popular n. 1011189-79.2017.4.01.3400. Nesta Ação, os psicólogos em questão afirmam que a tal resolução já mencionada afronta diversas disposições constitucionais, cerceando a liberdade profissional dos psicólogos e ainda o desenvolvimento da ciência, entre outros argumentos. O cerne da questão encontra-se aqui, pois existem diversas restrições à liberdade profissional de várias classe, sendo esta ação apenas o levantar da voz da classe dos psicólogos. No caso do Princípio da Dignidade da pessoa humana, como já foi estabelecido, as “condições mínimas a uma vida saudável” podem ser averiguadas de forma objetiva observando os parâmetros dispostos pela OMS, assim a terapia em questão estaria fora desses parâmetros, sendo que esta organização não endossa esse tipo de atividade, seja na área médica ou psicológica. Este mesmo princípio possui reflexo na resolução 01/99, assim como o estabelecido pela CFM, em 1985, entre outras disposições internacionais.

Assim, existe um conflito a ser analisado, pois com a afirmação de um a supressão do outro é a consequência. O que nos leva a análise da segunda etapa.

A relevância fática do princípio da liberdade de expressão científica seria a própria supressão dessa liberdade pelos profissionais da área, que como dispõe a



decisão de primeiro grau feita pelo juízo federal na Ação Popular mencionada, a CFP não poderia utilizar desta resolução para cercear a liberdade dos profissionais da área, seja para debates acadêmicos, atendimentos psicoterapêuticos e estudos, pois isto privaria a maior compreensão dos transtornos psicológicos e comportamentais relacionados à orientação sexual.

Assim, a prevalência deste princípio resulta na liberdade dos profissionais para o desenvolvimento científico da Terapia de (re)Orientação Sexual, e a inconstitucionalidade das disposições dos Conselhos federais.

Em se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana é relevante apontar que, em boletim oferecido em 2014, a OMS afirma que não existe evidências que apontam qualquer benefício para o “tratamento” da sexualidade homossexual, apontando também que o cuidado clínico para homossexuais nada difere do tratamento para heterossexuais, e por fim afirmando que tais práticas estão fora do qualquer escopo ético (COCHRAN et. al., 2014). No mesmo sentido, em uma assembleia geral da ONU (Organização das Nações Unidas), afirmou-se que métodos na intenção de “curar” atrações homossexuais detém base não científica, e acabam por fortalecer o estigma existente (PILLAY, 2011). Estigmas estes originados de vieses religiosos e culturais, que resultaram na aceitação de medidas como estas no passado. Em um estudo com 83 pacientes que foram submetidos a tais práticas, não demonstrou qualquer mudança na sexualidade destes, mas a tentativa de mudar a sexualidade da pessoa, que reforçava a ideia que este detinha algum defeito, provocou depressão, ansiedade, sentimento de culpa e vergonha, assim como pensamentos e comportamentos suicidas (OPAS, 2012).

Destarte, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana resulta na supressão de medidas relacionadas à terapia de (re)orientação sexual, afirmando sua inconstitucionalidade, em defesa da saúde e integridade dos homossexuais.

Com isto posto passa-se a terceira etapa, que relevando os fatos históricos levantados que influenciaram em um pensamento homofóbico que dura até tempos atuais, seja por influência cultural ou religiosa, não cabe a defesa da liberdade de expressão científica, sendo que os métodos de tais terapias, como



demonstrado acima, não possuem dados empíricos de sua efetividade, mas isso não seria devido a falta de pesquisa na área, mas sim a sua própria ineficiência e dano, como é apontado pela OMS e a ONU. Com isto em mente, o princípio da dignidade da pessoa humana detém uma prevalência sobre o da liberdade de expressão científica, mas não suprimindo este último como um todo, mas apenas afirmando a sua não aplicação no caso factual que trata sobre a “Cura Gay”, afirmando técnicas como estas inconstitucionais, no intuito de evitar problemas futuros advindo da liberação de tais práticas.

4 CONCLUSÃO

Em uma análise histórica, observou-se a transformação gradual dos direitos fundamentais sob diferentes prismas. Porém, pode se afirmar igualmente que tais avanços não afetaram determinadas minorias na mesma medida, como os homossexuais, seja por disposições culturais que remetem a um passado distante ou por conta da influência de algumas religiões, como o cristianismo, no ocidente, cujos dogmas estruturantes conflitavam diretamente com a homossexualidade. Esta contradição entre tradições seculares e uma sexualidade “adversa” do padrão, levou à formulação de diversas medidas para tratar do “problema” da homossexualidade. Uma dessas soluções, séculos após a popularização e a normalização da homofobia, seria o surgimento da Terapia de (re)Orientação sexual em um momento de transição do pensamento religioso para o científico, não apresentando novos dados, mas aplicando o pensamento preconceituoso já existentes em métodos científicos.

A partir da constatação da oferta e realização de terapias de (re)orientação sexual, é possível abstrair a o conflito entre normas de direitos fundamentais pertinentes aos interesses envolvidos, no caso, a Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade de Expressão Científica. Nesse sentido, foram apresentadas duas teorias normativas aptas a servirem de base para a resolução do aparente conflito: o constitucionalismo garantista, de Luigi Ferrajoli, e o constitucionalismo principialista, de Robert Alexy. Optou-se por fazer uso do



constitucionalismo principialista de Robert Alexy em prejuízo do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, pelo existente ativismo político e a visão moral dos atos homossexuais, sendo mais apropriado a busca por uma teoria que afirma a conexão entre direito e moral. Além de que se busca apenas apontar a prevalência de um princípio sobre outro, e não sua invalidade.

Assim, diante da aplicação da teoria principialista e da lei de colisão desenvolvida por Robert Alexy, observa-se a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, perante os diversos fatos históricos levantados que demonstram o preconceito ligado a Terapia de (re)Orientação Sexual, além dos dados expostos pela ONU e OMS, que afirmam não apenas a falta de cientificidade desses estudos, mas que são danosos para aqueles submetidos a tais métodos, buscando ou agravando a perpetuidade de tais preconceitos.

Tendo em vista tais apontamentos, conclui-se que, sim, a terapia de (re)orientação sexual deve ser declarada inconstitucional, não sendo admissível sua prática perante o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, não existe aplicação do princípio da liberdade de expressão científica especificamente em se tratando da “Cura Gay”. Porém, isso não extirpa este princípio do ordenamento jurídico, mas apenas afirma a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana diante do caso em questão, concluindo a constitucionalidade das diversas disposições que tratam em desfavor de tais métodos e a inconstitucionalidade da prática da Terapia de (re)Orientação Sexual, na defesa da liberdade sexual e personalidade dos homossexuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade Do Direito**. 1. ed. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Alexandre Correia. Transcrição da edição de 1936. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf> Acessado em: 28 Out. 2019.



BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acessado em 28 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 Nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Ailton José dos Santos. **A Morte da Clínica**: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História. Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. Florianópolis: ANPUH, 2015, p. 1-15. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1439866235_ARQUIVO_Artigo-A_mortedaclinica.pdf. Acessado em 28 Out. 2019.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo de. **Curso de Direitos Fundamentais**. Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba, Campina Grande, 2016. Disponível em: <http://www.uepb.edu.br/download/ebooks/Curso-de-Direitos-Fundamentais.pdf>. Acessado em: 28 Out. 2019.

COCHRAN, Susan D. et al. **Proposed Declassification of Disease Categories Related to Sexual Orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (Icd-11)**. Bull World Health Organ, 92, p. 672-679, 2014. Disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/92/9/14-135541/en/>. Acessado em: 28 Out. 2019.

DOVER, Kenneth J. **Greek Homosexuality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978. DOVER, Kenneth J. **Greek Homosexuality**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011b, p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acessado em: 28 Out. 2019.

_____. **Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. p. 15-53. N. 34, 2011a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>. Acessado em: 23/10/2019



FRY, Petter e MACRAE, Edward. **O Que é Homossexualidade?**. São Paulo: Abril Cultural, Brasiliense; 1985. Disponível em: <http://www.giesp.ffch.ufba.br/Textos%20Edward%20Digitalizados/4.pdf> Acessado em: 28 Out. 2019.

GEORGE, Marie-aMélie. **Understanding Conversion Therapy Bans**. 68 Alabama Law Review, 2017. Disponível em: <https://www.law.ua.edu/lawreview/files/2011/07/Expressive-Ends-Understanding-Conversion-Therapy-Bans.pdf>. Acessado em: 28 Out. 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Impresso por William Wilson, em Green Dragon, St. Paul's Church-yard, Londres, 1651. Disponível em: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>. Acessado em: 28 Out. 2019.

LOCKE, John. **The Works of John Locke**: a new edition, corrected. Preparado por Rod Hay para McMaster University Archive of History of Economic Thought. Londres, 1823. Disponível em: <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acessado em: 28 Out. 2019.

MAHLKE, Helisane. **Direitos Humanos**. Londrina : Editora e Distribuidora Educacional S.A. - Londrina, PR, 2017.

MATA, Giselle Moreira - **As Práticas “Homossexuais Femininas” na Antigüidade Grega**: uma análise da poesia de safo de lesbos (século VII a.C). - Alétheia - Revista de estudos sobre Antigüidade e Medievo. Volume 1, Janeiro/Julho de 2009.

NUNES, Francisco Pizette. **As Relações Jurídicas na Pós-Modernidade**: fundamentos para uma práxis complexa no exercício e tutela do direito. Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/193338>. Acessado em: 28 Out. 2019.

NUNES, Francisco Pizzete e PILATI, José Isaac. **O Constitucionalismo sob o Viés da Pós-Modernidade**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.12,n. 1/ 2017 p.181-197. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>. Acessado em: 28 Out. 2019.

REINKE, Carlos Augusto et al. **Homossexualidade masculina e suas marcas históricas**. Caxias do Sul: Métis: História & Cultura, v. 16, n. 31, p.275-290, jun. 2017. Disponível em: Acesso em: 25 Nov. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social** (e-book). São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. (Tradução de Rolando Roque da Silva) Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html>. Acessado em: 28 Out. 2019.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em uma perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. **O Acesso à Justiça como Direito Humano Fundamental e o Papel do Processo Eletrônico como Forma de Efetivá-Lo**. Rio Grande do Sul, Ijuí, 2013.

United Nations High Commissioner for Human Rights. 2015. **Discrimination and Violence Against Individuals Based on their Sexual Orientation and Gender Identity**: report of the office of the united nations high commissioner for human rights. Report No. A/HRC/29/23; New York: UN General Assembly, May 4 Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_english.pdf. Acessado em: 28 Out. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. São Paulo, Método, 2012.