

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-169-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II

Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 25 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: a dignidade da pessoa humana como ponto de partida e ponto de chegada dos direitos fundamentais na perspectiva de Gregorio Peces-barba; a liberdade de expressão nas constituições brasileiras: análise da democracia enquanto sociedade aberta; da liberdade de expressão e fake news; o direito a liberdade religiosa e sua densificação na sociedade moderna; a laicidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental nº 54: contribuições de Ronald Dworkin à interpretação do supremo tribunal federal; o discurso de ódio, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade frente aos limites da liberdade de expressão; o acesso a internet como direito fundamental durante a pandemia de covid 19: um estudo do cenário brasileiro; privacidade e covid-19: proteção do corpo eletrônico da pessoa, sob a ótica de Stefano Rodotà; preservação e promoção de direitos fundamentais em tempos de covid-19, na perspectiva de democracia de Amartya Sen; covid19: entre a governança por números e o princípio da solidariedade como política constitucional para a superação da crise; covid-19 e princípios e direitos fundamentais: reflexos da constituição federal do brasil; racismo e covid-19: uma análise acerca da correlação entre a pandemia e o princípio da igualdade; relativismo jurídico e ativismo judicial na concessão de medicamentos para pessoas carentes; pandemia e e-learning: o direito à educação e os desafios da desigualdade digital; relativização dos

direitos das crianças e dos adolescentes às crianças indígenas ; benefício de prestação continuada (bpc) para os brasileiros em condição de miserabilidade: uma questão de alteridade; a judicialização à saúde como garantia do direito fundamental: uma análise da cobertura dos medicamentos de alto custo pelo sistema único de saúde; o direito fundamental à eficiência e à razoável duração do processo administrativo: titulação das terras quilombolas ; mulheres encarceradas: um olhar filosófico sobre a classe social, a raça e o gênero da justiça; a liberdade artística e o dever de não discriminação em virtude de orientação sexual sob a perspectiva da constituição de 1988 a partir da análise de um caso concreto; combate à ideologia de gênero como expressão lgbtfóbica: o abuso do direito à liberdade de expressão no contexto brasileiro; o auxílio moradia concedido aos membros da magistratura: uma abordagem a partir do princípio da igualdade; judicialização da saúde: os impactos econômicos nos âmbitos público e privado; direito econômico e a retomada da econômica pós covid-19; o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos prisionais e a pandemia do covid-19.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMBATE À IDEOLOGIA DE GÊNERO COMO EXPRESSÃO LGBTFÓBICA: O ABUSO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

COMBATING GENDER IDEOLOGY AS LGBTFOBIC EXPRESSION: THE ABUSE OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Grazielly Alessandra Baggenstoss

Resumo

Em 13 de junho de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento das ações que tratavam dos temas homofobia e transfobia como crimes de racismo. Nesse contexto, o presente estudo objetiva propor um delineamento sobre ao direito de liberdade de expressão, a fim de que eventuais abusos de direito sejam identificados quanto à comunidade LGTB+. Para tanto, a análise debruça-se sobre os discursos proferidos sob o rótulo de combate à Ideologia de Gênero. Nesse formato, esta pesquisa é de abordagem qualitativa, com caráter descritivo e propositivo, com método de procedimento de revisão bibliográfica narrativa.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, Racismo, Abuso de direito

Abstract/Resumen/Résumé

On June 13, 2019, the STF Plenary concluded the trial of actions that dealt with the themes of homophobia and transphobia as crimes of racism. In this context, the present study aims to propose an outline on the right to freedom of expression, so that possible abuses of rights are identified in relation to the LGTB + community. To this end, the analysis focuses on the speeches made under the label of combating Gender Ideology. In this format, this research has a qualitative approach, with a descriptive and purposeful character, with a method of narrative bibliographic review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Freedom of expression, Racism, Abuse of law

1. INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF concluiu o julgamento das ações que tratavam dos temas homofobia e transfobia como crimes de racismo. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, portanto, o STF definiu o enquadramento dos atos reconhecidos como homofobia e os atos lidos como transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). A decisão também firmou o entendimento que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize os atos mencionados.

A decisão representa um avanço do que se refere ao tema, trazendo contextualização histórica ampla e sensível acerca dos processos de violências atravessados pelos corpos LGBTQ+, bem como arrazoados importantes para o convencimento da importância de o Estado enfrentar tal realidade como um problema público. No entanto, o desconhecimento sobre algumas terminologias, realidades e possibilidades existentes na comunidade LGBTQ+ pode ser um obstáculo à visualização da ocorrência do crime de racismo. E, especificadamente, a confusão sobre a questão da liberdade de expressão em contraposição ao que se entende como discurso de ódio também pode caracterizar uma barreira à proteção dos direitos tutelados com o entendimento da Corte brasileira.

Por esse motivo, o presente estudo objetiva construir uma compreensão, a partir de estudos e balizas normativas legais, sobre o que se pode compreender enquanto liberdade de expressão e quando determinadas expressões, atingindo a dignidade das pessoas humanas, não encontram respaldo legal no preceito mencionado. Especificadamente, propõe-se um delineamento sobre ao direito de liberdade de expressão e suas delimitações, a fim de que eventuais abusos de direito sejam identificados, especialmente quanto atingem violentamente a comunidade LGBTQ+. Para tanto, a análise debruça-se sobre os discursos proferidos sob o rótulo de combate à Ideologia de Gênero.

Para tanto, em um primeiro tópico, são propostas categorias atinentes ao tema, como sugestão para inteligibilidade de como os corpos das pessoas da comunidade LGBTQ+ podem ser lidos dentro do campo jurídico, vinculando-as à decisão mencionada. Em seguida, trazem-se embasamentos normativos, nacionais e internacionais sobre liberdade de expressão e seus limites, e a construção teórica

sobre o tema a partir das Constitucionalistas Catherine MacKinnon e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, referências na área constitucionalista sobre o tema. Finalmente, no último tópico, discorre-se sobre liberdade de expressão e discurso de ódio contra pessoas da comunidade LGBTQ+ e suas possibilidades de interpretação dentro do território pátrio. Nesse formato, esta pesquisa é de abordagem qualitativa, com caráter descritivo e propositivo, com método de procedimento de revisão bibliográfica narrativa.

2. CRITÉRIOS JURÍDICOS DE INTELIGIBILIDADE SOBRE COMUNIDADE LGBTQ+

2.1 Contextualização brasileira sobre questões LGBTQ+

A questão LGBTQ+ e a compreensão das realidades da comunidade perpassam por entendimento do sobre corporalidades, afetividades e convivências. Nesse tocante, é imprescindível a elucidação sobre a temática de gênero, especialmente no campo jurídico brasileiro.

Enquanto um documento de seu tempo, a Constituição Federal (1988), na literalidade de seu texto, não emprega o termo gênero. Ressalta-se que, na década de 80, os Estudos de Gênero estavam ainda iniciando no Brasil (HEILBORN; SORJ, 1999). Assim, consta somente o termo sexo no texto constitucional, em espelho à visão hoje considerada reducionista de que sexo e gênero eram sinônimos.

Em virtude da conscientização sobre o campo LGBTQ+ e da inserção, no rol legislativo nacional e internacional, dos direitos humanos relativos a gênero (bem como sobre identidade e orientação sexual), a leitura do texto constitucional deve observar o sentido a ser conferido pela expressão sexo, bem como aos institutos correlatos, a fim de que sejam respeitadas as normativas internacionais mencionadas e os próprios princípios constitucionais adotados, visando à coerência do sistema jurídico. Essa calibragem dos sentidos dos termos presentes na Constituição é chamada *Mutação Constitucional*, um exercício hermenêutico necessário para atualizar a legislação pátria e as expressões constitucionais a fim de que correspondam ao dinamismo social.

Em tal espectro, ainda, considera-se o critério hermenêutico inclusivo¹: tratando-se de direitos fundamentais, eventuais atos ou relações devem ser albergadas pela norma constitucional, por interpretação extensiva, mesmo que seu texto não lhe traga a menção literal. Nesse sentido, a literalidade não é delimitação para aplicação do termo constitucional; mas, sim, funciona como ponto de partida para conferir o sentido protetivo constitucional necessário às vidas que careçam de tal tutela.

Nesse sentido, com movimentação complexa de diversas frentes – social, científica, legislativa e judicial –, no âmbito jurídico pátrio, dissociou-se ideia de sinônimo entre as expressões sexo e gênero; contudo, os termos mantiveram-se associados. Assim, gênero passou a ser entendido como *uma dimensão socialmente construída em relação ao sexo*, o qual é definido quando do nascimento da pessoa².

Do gênero, tem-se a questão da identidade de gênero e da orientação sexual. A identidade de gênero, a partir da definição colocada, é estabelecida a partir da correspondência ou não com o gênero que lhe foi atribuído, em razão do sexo, ao nascimento. Já a orientação sexual é categorizada a partir do gênero das pessoas com quem se estabelecem relações afetivo-sexuais. Ainda, tem-se que gênero está associado à identidade de gênero e à orientação sexual; quaisquer não correspondências às expectativas que se tenha de uma pessoa por conta de seu sexo/gênero, pode ser denominada, ainda, de dissidência de gênero. Além disso, é importante destacar que se tem como inelutável a observação do gênero em intersecção com outras realidades da pessoa humana, tais como classe, etnia, deficiência, raça, etc.

Sobre identidade de gênero, o Decreto n.º 8.727, de 28 de abril de 2016³, que estabeleceu a obrigatoriedade do uso do nome social das pessoas trans pelos

¹ Critério no que o STF, ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo gênero, vincula-se a sentença de que *o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-48 e 270.

² Há diversas definições sobre gênero na literatura especializada sobre o tema. A concepção aceita pelo sistema jurídico aproxima-se à ideia trazida por Joan Scott (1995). Destaca-se que há críticas sobre tal concepção, especialmente fora do âmbito jurídico, em que estudos científicos e construções teóricas mais recentes trarão que a dimensão biológica das pessoas também são concepções sociais, a partir de sentido compartilhados em momentos históricos diversos. Mas, por ora, devido à coerência epistemológica do Direito brasileiro, atém-se à definição trazida no corpo do texto.

³ “Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se: I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade

órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, é a primeira disposição legislativa a trazer referência ao gênero, em acordo com as diretrizes de direitos humanos mencionadas.

A dimensão pessoal, mencionada no texto legal, relacionar-se-á com as normas de gênero estabelecidas em um determinado contexto (tempo e espaço geopolítico) e é nominadamente produzida, como explicado, a partir do sexo. Assim, a identidade de gênero pode coincidir com o sexo designado no nascimento ou pode divergir do sexo designado; no primeiro caso, há a ocorrência da cisgeneridade (*peessoas cis*); no segundo, verifica-se transgeneridade, travestilidade, transexualidade (*peessoas trans*). Há ainda as pessoas que não se identificam com nenhum gênero do binômio “homem-mulher”: são as pessoas não-binárias.

Uma decisão histórica para a comunidade LGBTQ+ foi o Reconhecimento da Identidade de Gênero, em decisão no Plenário da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, em 1º. de março de 2018, pelo STF. A decisão conferiu ao art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo o direito da pessoa transgênero que desejar, independentemente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, à substituição de prenome e gênero diretamente no ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais. Em seguida, em 28 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 73 do CNJ, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, visando a viabilizar a concretização do direito das pessoas trans, conforme reconhecido pelo STF.

Já a orientação sexual, anteriormente cunhada de forma equívoca como “opção sexual”⁴, diz respeito às diferentes formas de relação afetiva e sexual das pessoas. Como está associada ao gênero, a orientação sexual será categorizada a partir do gênero da pessoa com quem se relaciona. Assim, exemplificadamente, se a

de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

⁴ É termo considerado equivocado considerando o fato de que as pessoas não escolhem sua dimensão relacional afetiva.

relação afetivo-sexual é com pessoa de mesmo gênero, a pessoa poderá ser lésbica, homossexual⁵, bissexual; se for com pessoa de gênero diverso, heterossexual⁶.

Nesse cenário, avançando no reconhecimento e na proteção do direito de todas as pessoas, em sua diversidade, a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 reconhece as violências a que são submetidas as pessoas da comunidade LGBTQ+.

2.2 Acepções da pauta LGBTQ+ em normativas internacionais e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733

A proteção conferida pela decisão do STF em comento visa a tutelar a diversidade em seu espectro do sistema sexo-gênero, reconhecida como condição humana que é protegida por diversos instrumentos normativos internacionais e brasileiros. No contexto internacional, destacam-se os Princípios de Yogyakarta, de 2006; o Pacto de San Jose da Costa Rica; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e a Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷. No contexto pátrio, invocam-se o direito constitucional à dignidade (art. 1º,

⁵ Muitas vezes, o termo homossexual é utilizado para caracterizar relações entre homens e relacionamentos entre mulheres. Contudo, em razão do prefixo homo-, que se estabelece no sentido de homem, prefere-se, aqui, trazer a referência de relações lésbicas para lhes conferir a visibilidade.

⁶ No intuito de reconhecimento dessa realidade, em 04 de maio de 2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo gênero⁶. No voto que prevaleceu, no relator Min. Ayres Britto, pelo princípio da igualdade, entende-se que o reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Isso porque a Constituição traz um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. Ato do CNJ também disciplinou o tema: a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O texto aprovado pelo CNJ proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

⁷ Os Princípios de Yogyakarta, estabelecidos por especialistas em direitos humanos em reunião realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, trazem a balizas sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, trazem a consciência de que: [...] historicamente pessoas experimentaram essas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007). Diante disso, faz-se imprescindível a pontuação de que: [...] a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito

III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, bem com o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e dos Direitos Humanos de LGBT (Decreto nº 7.388, de 9 de dezembro de 2010), com projeto de ações visando educação pública que promova a equidade de gênero e o respeito à diversidade sexual. No âmbito trabalhista, a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 223-C, reconhece “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física [como] bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”. E, detidamente, tem-se a decisão aqui em comento, em que a homofobia e da transfobia foram reconhecidas como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989).

Na decisão do STF, além dos termos homofobia e transfobia, a discussão do julgamento também trouxe o termo homotransfobia. Aqui, então, importa destacar, assim, que os termos *homofobia*, *transfobia* ou *homotransfobia* são categorias guarda-chuvas a diversas possibilidades de discriminação. É nessa pluralidade semântica que se traz o termo LGBTfobia.

Na compreensão de Maria Berenice Dias (2014), a expressão LGBTfobia caracteriza-se como um complexo de fenômenos de violência motivada pela

pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência. Ainda, como legislação internacional de direitos humanos, tem-se, em especial, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que impõe o respeito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), à vida (art. 4º), à integridade pessoal (art. 5º); ao direito ao nome (art. 18), à liberdade pessoal (art. 7º.1); à honra e à dignidade (art. 11.2), à liberdade de pensamento e expressão (art. 13); este, no item 2, em que se leva a consideração de que o seu exercício está sujeito a “responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”. No contexto americano, tem-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual a República Federativa do Brasil é signatária e cujos dispositivos devem ser observados sob pena de responsabilidade internacional, de modo que o comprometimento inclui o respeito a direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ainda, cita-se a Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que trata da identidade de gênero, igualdade e não discriminação e define as obrigações dos Estados-Parte no que se refere à alteração do nome e à identidade de gênero, na qual, no ponto 83, assevera que “é importante lembrar que a falta de consenso no interior de alguns Estados sobre o pleno respeito pelos direitos de certos grupos ou pessoas que se distinguem por sua orientação sexual, identidade de gênero ou sua expressão de gênero, reais ou percebidas, não pode ser considerado um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que esses grupos ou pessoas sofreram”.

discriminação e pelo ódio contra pessoas que fogem do *padrão heterossexual-cisgênero*. Essa concepção abraça a diversidade da comunidade porque “[...]percebeu-se o advento da sigla GLBT, mais ampla, embasada/coerente do ponto de vista científico, que abarca os gays, as lésbicas, os(as) bissexuais e as(os) transgêneras(os) – nessa última expressão, incluindo-se as(os) travestis e as(os) transexuais –, dentro das fronteiras ora claras, ora complexas e, em certos aspectos, flexíveis (ou até comuns) entre elas” (DIAS, 2014, p. 97). Segundo Junqueira (2007), a LGBTfobia pode também se caracterizar como um fenômeno que vai além da violência contra LGBT+ e estar unida a modelos mentais hierarquizantes e tramas de poder assimétricas que geram expectativas sobre padrões de gênero.

Há de se reconhecer que a hierarquização causa a discriminação que é dirigida a determinada pessoa pertencente a um grupo social, ou, ainda, diretamente a este grupo ou grupos, que geralmente caracterizam-se por serem subrepresentados nos campos políticos e decisórios pelo fato de que, as pessoas pertencentes a um centro decisório colocam-se como modelo único de existência e comportamento para as demais pessoas – mesmo não o sendo. É o caso, por exemplo, do histórico relacional e discriminatório envolvendo o processo de escravização, em que por diversas justificativas de hierarquização contra os corpos não brancos (como negros e indígenas), foram cometidas as mais cruéis violências contra nós, humanos, por nós mesmos. Por isso, o esforço para superar situações de subordinação, que é cicatriz do processo histórico do Brasil, com a subjugação dos povos indígenas, a escravidão imposta às pessoas negras e a dominação de gênero como cicatrizes do colonialismo e da colonialidade. É desse contexto de reconhecimento de genocídio, epistemicídio e todo um processo histórico de violência contra tais pessoas, o ordenamento jurídico, de abraço constitucional, entende tais discriminações como racismo, pela Lei 7.716/1989. Assim, aponta-se para a necessidade de se enfrentar o entendimento dessas discriminações quando praticadas em discursos por não serem albergadas pelo direito da liberdade de expressão.

3. DELINEAMENTOS SOBRE A COMPREENSÃO JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido pelos Estados de Direito e, nos últimos anos, apresenta-se como justificativa para a

manifestação de diversos discursos, especialmente os discursos de ódio. Por isso, este tema vem chamando atenção e sendo objeto de pesquisa a fim de que seja compreendido o direito fundamental em seus limites e na identificação de manifestações que se caracterizem como crimes. Para tanto, trazem-se as perspectivas da liberdade de expressão quanto interpretações normativas pelos Sistemas de Justiça dos Estados Unidos da América (EUA), do contexto europeu e americano, bem como do Brasil, bem como nuances das construções teóricas sobre o tema. Assim, consegue-se delimitar o alcance da proteção constitucional da liberdade de expressão e delinear a configuração do discurso de ódio.

3.1 Liberdade de expressão e seus limites nos sistemas de justiça

Reconhecendo os EUA como um país em que a liberdade de expressão é reconhecida quase como um direito absoluto, há orientação da Suprema Corte, em exame à Primeira Emenda Constitucional, e teorias que “estudam o impacto negativo do discurso dominante” a fim de que se promova a igualdade pela inclusão de “minorias étnicas, raciais, de gênero, sexuais, dentre outras” (OLIVA, 2014, p. 86). No tocante às decisões da Suprema Corte, então, há pronunciamentos “no sentido de que existem categoria de discurso que não se encontram no âmbito da Primeira Emenda Constitucional”, que são “certas manifestações de pensamento [que] estão constitucionalmente desprotegidas”. Assim, exemplificadamente, tem-se, como “discurso desprotegido” (a) discurso obsceno, (b) pornografia infantil e (c) *fighting words*, que se constituem como “manifestações que têm a capacidade de gerar violência, criando uma reação agressiva por parte de seu destinatário” (SARMENTO, 2006; OLIVA, 2014, p. 86). Ainda, “deve haver a probabilidade concreta dessa manifestação irromper em violência, tendo em vista o contexto da sua ocorrência” (OLIVA, 2014, p. 87).

Na Europa, “a liberdade de expressão e o direito antidiscriminatório constituem objeto de preocupação crescente”, tanto que “a matéria em questão é densamente regulada, tanto no âmbito supranacional (da União Europeia), quanto na esfera internacional (no Conselho da Europa)”, por meio de “normas comunitárias, dispositivos convencionais ou mesmo precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)” (OLIVA, 2014, p. 96). A liberdade de expressão é reconhecida,

assim, um direito “condicionado a deveres e responsabilidades, sobretudo com a finalidade de proteger direitos de terceiros”, conforme dispõe o art. 10, § 2º.

Além disso, no art. 17 da Convenção Europeia, por sua vez, trata da exclusão do âmbito de proteção da liberdade de expressão quando constituir abuso de direito: “nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição de direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção”.

A Convenção Americana da OEA (Organização dos Estados Americanos - OEA) assegura a liberdade de expressão como um desses direitos, conforme estipula em seu art. 13, inciso 1, o qual dispõem que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e expressão” e que “esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

Tal direito, em tal âmbito, também não é absoluto. O exercício da liberdade de expressão, direito individual em sua origem, é limitado para proteger direitos de terceiros e interesses sociais. Assim dispõe o art. 13, 2, da Convenção: “o exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou (b) proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

Para o contexto em análise, nos é importante o inciso 5, que faz menção expressa à incitação ao ódio e à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência, a qual dispõe que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Nesse sentido, a Convenção Americana “torna o discurso de ódio uma possível exceção à garantia de liberdade de expressão” (OLIVA, 2014, p. 125).

Nos termos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconhece-se que a “imposição de restrições ao direito à liberdade de expressão, mediante responsabilização posterior por condutas definidas legalmente (e não por meio de

controles prévios ao conteúdo do discurso), “deve ser compatível com o princípio democráticos, i. e., deve atender a necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas” (OLIVA, 2014, p. 126). Os objetivos legítimos, autorizados pela Convenção Americana, referem-se, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à proteção dos direitos dos demais e à ordem pública. A proteção dos direitos dos demais, no que se refere à liberdade de expressão, confere a esta a limitação quando, por exemplo, atentar contra o direito à honra, à reputação e à dignidade das outras pessoas. Nesse sentido:

A CtIDH entende que, para proteger os “direitos dos demais”, a liberdade de expressão pode ser limitada quando: (i) o direito à honra ou à reputação “dos demais” for lesado ou encontrar-se ameaçado; (ii) a limitação não for justificada com base na intenção de corrigir informações inverídicas recebidas pela sociedade, de modo a impedir a difusão de visões de mundo distintas; e (iii) essa limitação for a menor possível para reparar os “direitos dos demais”, dando-se preferência ao direito de resposta, previsto no art. 14 da convenção Americana, e a responsabilidade civil (quando houver “dano grave causado com dolo ou evidente desprezo pela verdade”) (OLIVA, 2014, p. 127-128).

Quanto à ordem pública, a restrição à liberdade de expressão é cabível quando “representem ameaça certa e factível às condições básicas para o funcionamento das instituições democráticas, i.e., perturbações que tenham o potencial de colocar a democracia em risco” (OLIVA, 2014, p. 129).

No Brasil, é de se reconhecer, como dispositivos atinentes à liberdade de expressão, o princípio da não discriminação (art. 3º da Constituição Federal), o princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição Federal), bem como mecanismos de punição para qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI, do art. 5º mencionado). Nesse compasso, o texto constitucional rechaça expressamente o racismo, como prática que constitui crime inafiançável e imprescritível (art. 5º. XLII, da Constituição Federal), nos termos da Lei n. 7.716/1989, a qual define quais os atos são enquadrados como crime de racismo relativos à discriminação de raça, cor de pele, etnicidade, religião ou origem nacional.

Aqui, destaca-se o art. 20 da Lei mencionada: *praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*. Manifestamente, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro destaca, como forma de discurso reprovável, considerando o objetivo de disseminar ódio na sociedade. O

Brasil, portanto, além de reconhecer o racismo como resultante de um processo histórico de violência e segregação de determinados grupos sociais, como as pessoas negras e indígenas, atualmente o sistema jurídico pátrio também admite que a comunidade LGBTQ+ também enfrenta processos violentos de discriminação. É nesse cenário que se reconhece a LGBTQFobia como crime.

Mas, no território pátrio, ainda, há um movimento de grupos políticos que constrói uma narrativa contra a existência da comunidade LGBTQ+, a qual chamam de “Ideologia de Gênero” e a manifestam sob a justificativa de liberdade de expressão. No entanto, a “Ideologia de Gênero” é discurso desprotegido pela liberdade de expressão por se caracterizar como discurso discriminatório, que atenta o princípio democrático, os direitos dos demais e por abalar a ordem pública. Para se examinar tal discurso discriminatório, passa-se por uma ótica mais detalhada sobre as formas de expressão que estão além dos limites tutelados pela liberdade de expressão.

3.2 Liberdade de expressão: limites para a caracterização do discurso de ódio

A expressão que extrapola os limites da opinião que é defendida pelo direito constitucional de liberdade constitui uma prática discriminatória de forma verbal e pode ser cunhada como discurso de ódio, expressão discriminatória, expressão de ódio (MACKINNON, 1996). Para tal alcance de entendimento, é necessário vislumbrar a sociedade a partir de seu contexto fático estrutural de desigualdades e preconceitos, a fim de que se observem posturas discriminatórias.

Nesse cenário, a expressão discriminatória consubstancia-se na reafirmação de subordinação a que determinado grupo social é submetido e na subjugação de qualquer característica da condição humana. Como consequência, tem-se a fragmentação da identidade dos sujeitos atacados, promovendo a castração de sua capacidade de se expressar (MACKINNON, 2007). Ora, considerando a expressão enquanto face necessária à vida humana (MACKINNON, 2010), o impedimento da expressão de vida por um discurso de ódio obsta determinadas pessoas da própria existência, convivência e comunicação.

Assim, a expressão de ódio:

[...] consiste na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse

grupo como detentor de direitos. [...] Pode ser considerado como apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas que possuem certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social, econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97-98).

Essa compreensão estrutural e discriminatória da sociedade também promove a visualização de que determinados grupos políticos têm mais alcance em seu discurso do que outros (MACKINNON, 1996). Perceba-se que falas discriminatórias não são dirigidas para sujeitos individualmente considerados, mas são expressões odiosas que caracterizam um determinado grupo social. Assim, uma pessoa é verbalmente atacada em virtude de apresentar determinadas características da condição humana reflexiva da diversidade, as quais, por sua vez, caracterizam o alvo da fala discriminatória (MACKINNON, 1996). É aí que MacKinnon leciona que o discurso de ódio é central na criação e na manutenção da desigualdade e, diante disso, não deve ser protegido como discurso na diretriz constitucional de liberdade de expressão (DWORKIN; MACKINNON, 1988).

A expressão discriminatório, “devido ao seu conteúdo incitador e provocador, entra em conflito com a dignidade da pessoa humana, não só da pessoa individualmente considerada, mas da dignidade de um povo” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 128-129). Atingida a dignidade humana nesse contexto, a discriminação e a desigualdade prevalecem – é por isso que o discurso de ódio combatido (MEYER-PFLUG, 2009), tendo em vista que a proteção a discurso de ódio representaria a tutela de um discurso que “invalida os esforços democráticos para promover o princípio da soberania popular” (SUSTEIN, 2009, p. 101).

A crítica de MacKinnon, então, é dirigida àqueles que defendem um “mercado livre de ideias”, que buscam a manutenção do *establishment* discriminatório. Nessa lógica discriminatória, o discurso de ódio seria o que mantém a ilusão de tal mercado⁸. O reconhecimento dos limites da liberdade de expressão, enquanto prática

⁸ Isso porque “[...] a manifestação de cunho odioso (i) não auxilia na busca pela verdade, já que aqueles a quem se dirige o ódio encontram-se em situação de subordinação tal, que não possuem condições de expor suas opiniões [...] ; (ii) não fortalece a democracia, pois os indivíduos não são iguais em condições para reivindicar seus direitos; (iii) não incentiva o desenvolvimento da individualidade, pois a finalidade do discurso de ódio é minar com a subjetividade das pessoas pertencentes ao grupo ao qual a ofensa é dirigida; e (iv) não estimula a tolerância por todos, pois só impõe a quem se encontra subordinado pelo discurso de ódio, visto que este já é, em si, a materialização da intolerância”, Cf. OLIVEIRA, 2013, p. 28.

protegida constitucionalmente, é tarefa imprescindível do Estado, pois, em sua omissão, o entendimento dirige-se para a normalidade das condutas discriminatórias e “o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie” (SARMENTO, 2006, p. 53).

Para tanto, faz-se necessária a identificação dos discursos que não podem ser protegidos pelo amparo constitucional. Tem-se, então, a caracterização, a seguir, do tipo de discurso de ódio contra a comunidade LGBT+: o discurso da Ideologia de Gênero.

4. LGBTFOBIA: IDEOLOGIA DE GÊNERO COMO DISCURSO DE ÓDIO

Há pouco menos de uma década, a expressão “ideologia de gênero” é percebida nas discussões nacionais por conta “da formulação do Plano Nacional de Educação (PNE), o qual apresentava metas a serem alcançadas entre os anos de 2014 a 2024 – tais como a ‘garantia do direito a educação básica, redução das desigualdades e valorização da diversidade, valorização dos profissionais da educação e metas para o ensino superior’” (GALDINO; MARTINS, 2020).

Os termos *gênero* e *orientação sexual* chamaram a atenção de determinados grupos políticos, os quais manejaram o sentido dessas expressões e passaram a defender a não discussão sobre questões de gênero. Justificaram sua posição política na alegação, sem lastro na realidade, de que esses debates promoveriam “conversão das crianças em crianças trans e gays” (GALDINO; MARTINS, 2020), defenderiam a extinção da sociedade, da família, dentre outras. Assim, as discussões sobre gênero que pretendiam obstar foram denominadas por tais grupos como “Ideologia de Gênero”:

De acordo o que chamavam de “ideologia de gênero”⁹, havia uma tentativa de conversão das crianças em crianças trans e gays a partir da proposta de ensino sobre violência sexual, sobre LGBTfobia, racismo e violência contra a mulher, sobre diversidade de gêneros e diversidade sexual. A partir de então, esses grupos reacionários passaram a reclamar por alterações no texto do PNE e pedir por leis

⁹ “Conforme o levantamento da origem do discurso da “ideologia de gênero” feito por JUNQUEIRA (2019), a primeira vez que o termo foi empregado foi em um documento eclesiástico, no ano de 1998, na Conferência Episcopal do Peru, em uma nota publicada com o título “A ideologia de gênero: seus perigos e seus alcances”, escrita pelo bispo auxiliar de Lima”, Cf. GALDINO; MARTINS, 2020; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”. In: RIBEIRO, Marcos (org.). *A conversa sobre gênero na escola: aspectos conceituais e político-pedagógicos*. Rio de Janeiro: Wak Editora. 2019. p. 122 - p. 136.

que proibissem a abordagem dos temas nas escolas. Não resistindo à pressão social, o Plano Nacional de Educação sofreu alterações em seu texto passando a apresentar a promoção de “cidadania e da erradicação de todas as formas de discriminação” em sua proposta (GALDINO; MARTINS, 2020).

Desde então, no Brasil, há disputas narrativas sobre o que é ou o que não é violência dentro do cenário referido. No entanto, percebe-se que o intento por trás da narrativa da “Ideologia de Gênero” é impedir qualquer espécie de manifestação que esteja vinculada à temática sobre gênero e marcadores coligados, tais como identidade de gênero e orientação sexual.

Além de pretender a interrupção e exclusão de qualquer manifestação relacionada a gênero, a seus marcadores e à comunidade LGBT+, a versão mais extremista do movimento também promove um processo de marcação de determinadas pessoas. Esse processo de marcação de pessoas consiste em tornar determinados indivíduos, que tenham manifestem-se sobre tais temas, seja de forma pública ou de forma privada, como alvos de suas manifestações e inflamar a sociedade brasileira ou grupos específicos contra as pessoas marcadas. Nesse processo de marcação, por exemplo, as pessoas marcadas são apontadas como “doutrinadoras” e como possíveis agentes de destruição de valores defendidos socialmente.

Assim, as pessoas-alvo, apontadas por tais grupos políticos, são alocadas em um lugar de “inimigas públicas” no imaginário social, correlacionando-as com práticas violentas e destruidoras do que preza a sociedade. Em tal maniqueísmo, a narrativa da “Ideologia de Gênero” ganha força pelo convencimento do senso comum, visto que, conseqüentemente, a comunidade posiciona-se contra aquele que teria o potencial destrutivo de seus valores.

Assim, a narrativa da “Ideologia de Gênero”, manifestada por determinados grupos políticos, pretende à eliminação não somente de falas, mas também de comportamentos e, por conseguinte, das existências LGBT+. Dentro do discurso sobre a Ideologia de Gênero, portanto “há uma construção da existência de uma única forma possível de ser: o branco, heterossexual-cisgênero (CARNEIRO, 2005)”, em uma lógica que os não são se relacionam a tal enquadramento, são alvo “de exclusão, discriminação e extermínio, caracterizando, assim, um discurso de ódio” (GALDINO; MARTINS, 2020). O discurso de ódio presente na narrativa da Ideologia de Gênero, portanto, caracteriza-se como LGBTFobia.

Como mencionado anteriormente, a comunidade LGBTQ+ contempla pessoas que não correspondem às expectativas de um determinado padrão de existência, comportamento, afetividade e convivência que é o *padrão heterossexual-cisgênero*, conforme termo adotado por Maria Berenice Dias (2014). Pode-se ser utilizado, também, a expressão *padrão heterocisnormativo*¹⁰.

Dito isto, insta ressaltar que todas e todos somos diversos. Na medida em que nos identificamos de maneira relacional, nossas referências de identidade são pautadas exatamente pela diferença. Esta é nossa condição humana, que nos sedia na pluralidade e na diversidade de existências. Contudo, a problemática reside na hierarquização das diferenças, como se determinadas existências fossem modelos ou referências para outras – as quais, sim, por conta de tal hierarquização, acabam sofrendo discriminação.

Aí, o discurso da Ideologia de Gênero embasa-se numa lógica de diferenciação e hierarquização entre o que seria “nós” e “eles” (em uma concepção binária e maniqueísta sobre a vida), trazendo a discriminação sobre “eles”, as pessoas vinculadas à comunidade LGBTQ+. Em tal diferenciação aloca-se perigosamente a pessoa alvo do discurso em um lugar que fora criado pelas pessoas de um movimento extremista que são contrárias à diversidade sexual. O lugar criado, muitas vezes, é o lugar da “doutrinação”, em que as pessoas que ali estão são acusadas de todos os tipos de violência e, assim, fomentam o clamor público contra essas pessoas. Fere-se, assim, o direito à não-discriminação, à igualdade, e confrontando a dignidade da pessoa humana da pessoa marcada, invocando o clamor público, dentro da lógica falaciosa da “Ideologia de Gênero”.

Veja-se: a lógica desse argumento consiste em (a) descontextualizar e desumanizar a pessoas LGBTQ+ e (b) produzi-la como um inimigo dos valores unânimes sociais, a fim de que haja consenso em sua exclusão social (seja via invisibilidade ou pela morte).

Destaca-se que a Ideologia de Gênero se fundamenta em valores que são altamente defensáveis: precisamos lutar a favor das vidas; precisamos proteger nossa família; precisamos proteger crianças; etc. Não há quem negue tais discursos, pois se

¹⁰ De plano, destaca-se que não se critica a forma de vida e afeto heterossexual - inclusive, pessoas trans podem ser heterossexuais. São legítimas e devem ser respeitadas, com a observância de todos os seus direitos constitucionalmente direcionados. Aspira-se, sim, (a) ao reconhecimento de formas de vida que não estejam necessariamente enquadradas neste formato; com esse reconhecimento enquanto possibilidade legítima de vida, (b) a contenção e eliminação das violências contra pessoas LGBTQ+.

vinculam a necessidades humanas, bem como a valores que nos mantêm em sociedade. Nisso, a criação de um inimigo – um inimigo em comum –, também forma um falso mundo ideológico inconsistente, mas condizente com tais necessidades de proteção. Esse próprio discurso traz, ainda, que a defesa de tais necessidades deve ser feita por meio de luta, de posicionamento, de rigidez perante um inimigo – o outro. O outro, na perspectiva heterocisnormativa, conforme aqui delineado, é a pessoa da comunidade LGBTQ+. Esse outro, produzido no meio social, é inimigo e, por isso, ameaçador, ao passo que não pode ser integrado ou dialogado. Como se esses “inimigos” estivessem colocando em risco necessidades humanas (materiais e morais) que estruturam a “nossa” sobrevivência. Discursivamente, então, a vida, em sua pluralidade, é desconsiderada e o mal se entranha na superficialidade do discurso falacioso entre bem e mal (BAGGENSTOSS, 2019).

Nessa sequência, aquele que lutará em prol de tais necessidades será um idealista. Seu objetivo é o ideal de libertação ou de salvação dos seus, em uma fé inabalável. Ele restará disposto a dar a sua vida por este ideal, assim como estará apto tirar vidas para isso. É uma lógica que opera no sentido de desumanizar e legitimar violências contra as pessoas LGBTQ+. Como se a pessoa da comunidade não tivesse localizada em família, com crianças, comprometida com a vida.

Além da construção argumentativa falaciosa, a narrativa conclama um posicionamento público equivocando contra as pessoas marcadas, que é colocado em uma situação de risco de violência iminente. É aí que o discurso de ódio, por ser (a) discriminatório; (b) incompatível com o princípio democrático; (c) ofender direitos não só individuais, mas também da comunidade LGBTQ+; (d) não ser orientada a objetivos legítimos, (e) não atender necessidades legítimas da sociedade e das instituições democráticas; e, inclusive, (e) incitar as pessoas à instabilidade da ordem pública, não pode ser protegido por um direito fundamental tão importante para o Estado Democrático de Direito como o é a liberdade de expressão.

Diante disso, a partir de decisão que inicia este trabalho, é de extrema relevância que os direitos humanos das pessoas da comunidade LGBTQ+ sejam tutelados, não só pela concretização das políticas públicas, mas também em reconhecimento de que o que é sustentado como liberdade de Expressão, por justificativa do “combate à Ideologia de Gênero”, representa falas de ódio que pretendem silenciar e invisibilizar a condição humana. É um discurso de ódio, em

abuso de um direito fundamental, que marca pessoas e aponta contra a própria democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, a partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, em que o STF definiu o enquadramento dos atos reconhecidos como homofobia e os atos lidos como transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), pesquisou-se sobre os limites da liberdade de expressão, especialmente no tocante a falas trazidas pela Ideologia de Gênero enquanto um discurso não albergado pela liberdade de expressão, por se caracterizar como expressão de ódio – em verdade, o discurso discriminatório trata-se de um abuso de direito, ultrapassando a esfera defensável da expressão.

Tal compreensão encontra amparo em sistemas normativos internacionais e nacional, em proteção aos direitos humanos, em respeito à vida em toda a sua pluriversalidade e em sua condição diversa. Assim, a orientação de delimitar o alcance da liberdade de expressão observa o princípio da igualdade, na conformação de diretrizes antidiscriminatórias, e forma-se quando há abuso do direito da liberdade de expressão, demonstrando-se incompatível com o princípio democrático. O discurso de ódio em comento, por ofender direitos da comunidade LGBTQ+, não se nota orientado a objetivos legítimos, não atende necessidades legítimas da sociedade e das instituições democráticas, e, ainda, incita as pessoas à instabilidade da ordem pública, não pode ser protegido pelo Estado.

Na configuração da decisão comentada, portanto, o discurso LGBTQfóbico, assim, pela Ideologia de Gênero, caracteriza-se como a prática, o induzimento e a incitação de discriminação em razão de diversidade sexual, caracterizando, assim, racismo por LGBTQfobia, conforme art. 20, §§ 2º, da Lei n.º 7.716/89. Nesse sentido, sabe-se que a prática do crime de racismo ofende os direitos fundamentais, expondo a pessoa alvo a tratamento desumano e degradante e a risco de violência de outras pessoas, razão pela qual é cabível indenização por danos morais, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, e do art. 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Ainda, podem ser verificáveis, no caso em concreto, outras medidas judiciais cabíveis, dependendo do ambiente em que o discurso de ódio for proferido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABGLT. **Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos**. Disponível em <<https://www.abglt.org/>>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *Em Nosso Nome*. Carta Capital, 2019. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/opiniaio/em-nosso-nome/>>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA E DIREITOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Washington: OEA, 2010. DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.97

DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catherine A. **Pornography and civil rights: a new day for women's equality**. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988.

GALDINO, Valéria Silva; MARTINS, Ingrid Gili. **Ideologia de gênero enquanto discurso de ódio**: uma análise jurídica. No prelo, 2020.

HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. Estudos de gênero no Brasil. in: MICELI, Sérgio (org.) **O que ler na ciência social brasileira** (1970-1995), ANPOCS/CAPES. São Paulo: Editora Sumaré, 1999, p. 183-221. Disponível em <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/102_653_EstudiosdeGeneronoBrasil1.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”. In: RIBEIRO, Marcos (org.). **A conversa sobre gênero na escola**: aspectos conceituais e político-pedagógicos. Rio de Janeiro: Wak Editora. 2019. p. 122 - p. 136.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACKINNON, Catherine A. **Are women human?** And other internacional dialogues. Cambridge: Harvard University, 2007.

_____. La pornografia como trata de personas. In: CORLETO, Julieta. **Justicia, genero y violencia**. Buenos Aires: Libreria, 2010.

_____. **Only words**. Cambridge: Harvard University, 1996.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017.

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil** (2014). Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/publico/Dissertacao_INTEGRAL_O_discurso_de_odio_contra_as_minorias_sexuais.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

OLIVEIRA, Maria Fernanda Moreira Marques de. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. PUC-RJ, 2013. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22481/22481.PDF>>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Yogyakarta. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível em <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

_____. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez., 1995.

SUSTEIN, Cass R. Free speech now. In AMAR, Vikram David (org). **The first freedom of speech**: its constitutional history and de contemporary debate. New York: Prometheus Books, 2009.