

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 (UFSC - 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.

**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**

**THE ARTISTIC FREEDOM AND THE DUTY OF NON-DISCRIMINATION IN
VIRTUE OF SEXUAL ORIENTATION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE 1988
CONSTITUTION FROM THE ANALYSIS OF A CONCRETE CASE**

Alisson Alves Pinto ¹
Mariel Rodrigues Pelet ²
Fernando Lacerda Rocha ³

Resumo

O objetivo da presente pesquisa é investigar o exercício do direito de liberdade de expressão da população LGBTQI. A escolha do tema decorre de sua relevância jurídica, social e política. Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, desenvolvida a partir de análises críticas, teóricas e interpretativas, foi possível demonstrar que a igualdade referente ao exercício dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQI exige a reconstrução do processo histórico, o reconhecimento do outro como igual no que tange ao exercício dos direitos fundamentais e a proposição de parâmetros hermenêuticos que privilegiem a dignidade humana, direitos a liberdade de expressão e igualdade.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Liberdade de expressão artística, Direito à igualdade, Minorias sexuais, Intolerância

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the research is to investigate the LGBTQI population's right to freedom of expression. The choice of the theme stems from its legal, social and political relevance. Through a bibliographic and documentary research, developed from critical, theoretical and interpretive analyzes, it was possible to demonstrate that the equality regarding the exercise of the fundamental rights of the LGBTQI community requires the reconstruction of the historical process, the recognition of the other as equal in terms of the exercise of fundamental rights and the proposition of hermeneutical parameters that privilege human dignity, rights to freedom of expression and equality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dignity of human person, Freedom of artistic expression, Right to equality, Sexual minorities, Intolerance

¹ Mestre em Direitos Fundamentais Doutorando em Direito pela Unb Professor Universitário Advogado

² Mestre em Direitos Fundamentais Professora Universitária Coordenadora de Curso de Direito

³ Especialista em Direito Tributário Professor Universitário

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é problematizar a investigação científica do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão das minorias sexuais frente à consciência religiosa no Brasil. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância jurídica, social e política, bem como sua atualidade, considerando-se que o Brasil é um dos países que lidera mundialmente o *ranking* de violações de direitos humanos contra a população LGBTQI.

O advento da constituição brasileira de 1988, marcada pelo seu caráter garantista no que atine à efetividade dos direitos fundamentais, consagra, dentre seus fundamentos e referenciais hermenêuticos o pluralismo político, a liberdade de expressão, a cidadania, a vedação de discriminações e a igualdade entre as pessoas quanto ao tratamento jurídico recebido pelo Estado, sociedade civil, instituições públicas e privadas.

A constituição de 1988 instituiu não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Significa dizer que o ordenamento jurídico pátrio, além de respeitar os requisitos formais que o legitima, deverá ser coerente com os princípios e valores constitucionais a um só tempo. Nesse sentido, o garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar ocorrências de arbitrariedades e um sistema de proteção de bens e direitos, estendendo-se a todas as pessoas indistintamente, não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do Estado.

Entretanto, verifica-se a existência de diversos grupos de pessoas que são subjugados em relação a outros, em razão de suas diferenças étnicas, culturais, linguísticas, sexuais dentre outras, o que culminou na criação de grupos minoritários que se encontram em situação desigual em relação a uma maioria que dita padrões universalizantes de condutas. A consequência dessa exclusão e marginalidade dos grupos minoritários é a ofensa da dignidade humana e a violação de direitos humanos, ressaltando-se que as violações por eles suportadas é extensa, incluindo-se tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações tornam-se ainda mais gravosas quando

baseadas em questões relacionadas a gênero e sexualidade, já que decorrem da ruptura com o binarismo e com a doutrina da heteronormatividade compulsória.

Com o condão de robustecer criticamente o estudo proposto, desenvolveu-se pesquisa documental, especialmente focada na análise dos autos do processo nº 1016422-86.2017.8.26.0309, cuja decisão judicial proibiu a exibição de uma peça de teatro. Trata-se de *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu*, que seria apresentada no Sesc em Jundiaí (SP) no dia 15 de setembro de 2017, retratando Jesus Cristo como uma mulher transgênero nos dias atuais. A decisão foi proferida pelo juiz Luiz Antônio de Campos Júnior, da 1ª Vara Cível da referida cidade.

A temática da proibição judicial da peça de teatro que representa Jesus como mulher transgênero envolve uma grande discussão jurídica, especialmente no que concerne à questão da liberdade artística, bem como a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Objetivando sistematizar o debate do tema proposto, desenvolveu-se inicialmente um estudo sobre o direito à diferença na constituição brasileira de 1988, a dimensão teórico-interpretativa do direito fundamental à liberdade religiosa sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, o direito à livre orientação sexual como corolário da dignidade humana e a relevância do direito à liberdade de expressão no âmbito das relações privadas. Ou seja, o estudo da dignidade humana no contexto propositivo da ponderação de valores; o direito à diferença previsto no texto da constituição brasileira de 1988; o exercício da liberdade de expressão como corolário da dignidade humana; o discurso de ódio contra as minorias sexuais por razões religiosas e a problematização do debate acerca do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão frente ao papel do Estado diante das relações privadas são questões debatidas com o propósito de apresentar aporias no sentido de evidenciar a relevância da discussão proposta.

A pergunta problema que delimita o objeto da pesquisa é a seguinte: a proibição judicial para a apresentação da peça “O evangelho segundo Jesus, rainha do céu”, encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio?

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível apresentar fundamentos teóricos para legitimar cientificamente o debate proposto, especialmente no que tange aos limites do exercício das liberdades como meio de resistência e desconstrução de discursos intolerantes e transfóbicos. O método dedutivo foi utilizado para recortar a proposta de pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual

seja, o exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, delimitando-se no estudo dos limites do exercício do respectivo direito como forma de desconstruir os discursos de intolerância contra as minorias sexuais. A construção das análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas foi de essencial importância para viabilizar a abordagem crítica do objeto de pesquisa, levantando-se novas questões para o desenvolvimento de outras investigações.

2 O DIREITO À DIFERENÇA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O respeito à diversidade, a superação da desigualdade historicamente estrutural e o compromisso com o projeto democrático de efetividade das normas constitucionais que colocam como centro de proteção jurídica a pessoa humana são algumas premissas essenciais para o entendimento crítico do objeto da presente pesquisa.

O direito à diferença exige reconhecimento das diferentes identidades dos sujeitos, enquanto o da igualdade traz em si a premissa de não discriminação ao que é diferente. A ética dos direitos fundamentais, que versa sobre o desenvolvimento da autonomia e respeito ao desenvolvimento das potencialidades humanas em suas mais diversas facetas, traz a concepção de que o ser humano é merecedor de igual respeito e consideração. (PIOVESAN, SILVA, 2008). Importante ressaltar que a violação dos direitos fundamentais ocorre em grande medida pela dificuldade de reconhecer o outro como igual em suas diferentes formas de ser, agir e se posicionar diante da vida. O temor ao diferente, que gera a dicotomia eu x outro faz com que o distinto seja motivo para violar o outro em seus direitos e dignidade.

Nesse contexto propositivo surgem as fases de proteção dos direitos fundamentais, ressaltando-se que a primeira é marcada pela proteção abstrata da igualdade formal das pessoas e a segunda se refere à proteção à diversidade dos seres humanos:

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua

própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção (PIOVESAN, 2005, p. 46).

A primeira fase se caracteriza pela ideia mais genérica de que todos os seres merecem igual proteção. O direito à igualdade é consagrado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim como no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Verificada a particularidade de cada ser humano, a segunda fase já coloca o direito à diferença como fundamental, de modo que a proteção ao diverso é ressaltada. Ademais, ao assumir o direito à igualdade como imanente a todos os cidadãos, o direito à diferença acaba sendo um fator de enriquecimento dessa igualdade. O reconhecimento da diversidade coloca todos os indivíduos na mesma posição (com os mesmos direitos e liberdades), de modo que a dicotomia *eu x outro* não enalteça e tampouco subjuguie ninguém (PIOVESAN; SILVA, 2008). Nesse sentido:

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade. Assim, a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação. (PIOVESAN; SILVA, 2008, p. 12).

O desafio quanto à igualdade passa diretamente pela efetividade e concretude das premissas trazidas pelo texto da constituição de 1988. A norma jurídica em si não é suficiente para romper com as estruturas históricas que naturalizam essa desigualdade estrutural quanto às questões de gênero, embora represente significativa contribuição no que atine à ressignificação de todo o contexto de reprodução vegetativa da condição desigual assumida e vivenciada por muitos sujeitos. O pensamento de Boaventura de Souza Santos vai ao encontro com os objetivos da segunda fase:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 56).

O compromisso com a proteção da diversidade é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. A visibilidade das diferenças é o que leva a busca por uma sociedade igualitária, ou seja, com o reconhecimento da diferença entre as pessoas é possível buscar um tratamento igualitário a todas. Em contrapartida, a tentativa de tratar da maneira igual aqueles que são diferentes contribui para o aumento da discriminação,

haja vista que a norma jurídica deve ser o recinto para a proteção individualizada de grupos de sujeitos, de modo a protegê-los conforme suas demandas e necessidades.

Nesse sentido:

[...] se torna legítimo pensar no reconhecimento da diferença e da peculiaridade de uma minoria (negros, mulheres, deficientes, sem-terra...), mais do que na pressuposição da igualdade genérica de todos (povo, cidadão). É recente, portanto, a percepção de que a noção de igualdade faz sombra à possibilidade de um reconhecimento da singularidade ou particularidade de cada qual. (BITTAR, 2009, p. 552).

No Brasil, a diferença tem sido fator de grande desigualdade social, pois, diante da realidade política, econômica e social, o diferente é motivo de discriminação. Romper com essas estruturas de naturalização de desigualdades vai além da simples alteração legislativa; exige novas formas de interpretar e aplicar as proposições normativas existentes:

O Brasil possui uma identidade cultural híbrida (CANCLINI, 2001) ante a pluralidade. Historicamente, a diferença no país tem sido motor da desigualdade social. As dinâmicas culturais estão entrecruzadas com as realidades políticas, econômicas e sociais. O imaginário incrustado na diferença resulta numa sociedade desigual e injusta. (CARDOSO, 2003). Isso porque a diferença passou a significar desigualdade, exclusão. (CANCLINI, 2001; CARDOSO, 2003 *apud* MELO, 2017, p. 91).

A partir do entendimento de que um tratamento homogeneizante com pessoas desiguais é insuficiente para atender os anseios sociais, o tratamento jurídico do direito à diferença no Brasil tem se modificado. Nesse sentido, a constituição brasileira de 1988 traz a ideia de pluralismo e incentiva a participação dos mais diversos grupos na política nacional. Diante desse cenário, nota-se que a ideia de um Estado Democrático de Direito, proclamado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), apresenta destaque especial ao princípio da dignidade humana e a igualdade material no exercício dos direitos fundamentais.

Ressalta-se, ainda, o total destaque dado ao (super) princípio da dignidade da pessoa humana, que emerge como maior fundamento do Estado Democrático de Direito, ocupando o lugar de destaque antes dado ao princípio da legalidade. Tal tendência não é um fenômeno isolado, tendo sido verificado de forma geral ao redor do mundo, como parte da renovação constitucional impulsionada pelo pós-guerra e pelas discussões em torno da terceira geração dos direitos fundamentais. (FARIAS, 2015, p. 26).

O direito à diferença se traduz em uma luta pelo reconhecimento das classes minoritárias da sociedade, que dentro da dicotomia *eu x outros* constantemente são prejudicadas. “Nesse contexto, ocorre a afirmação da urgência de reconhecimento das necessidades não apenas da ampla coletividade, mas dos grupos minoritários que compõem o tecido social, dando-lhes proteção e visibilidade” (FARIAS, 2015, p. 26).

Esse reconhecimento da diversidade humana, por ser uma manifestação latente da proteção aos direitos fundamentais, acaba se tornando um dos valores constitutivos da ideia de justiça social, juntamente com a igualdade. Ou seja, o que é único não pode ser comparado nem classificado, tampouco visto como igual ou desigual (HELLER, 1998). E junto à ideia de justiça social, a sociedade contemporânea, em razão de sua pluralidade, tem como forte característica a luta pelo reconhecimento e igual tratamento de todos os cidadãos na medida de suas diferenças. Para Habermas, “as condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma ‘luta por reconhecimento’ (HABERMAS, 2003, p. 168-9).

Ante todo o exposto, nota-se que o direito à diferença está necessariamente atrelado à liberdade individual, de tal modo que cada ser humano seja capaz de se autodeterminar em suas mais diferentes singularidades. Nesse sentido, a liberdade individual se manifesta como um direito capaz de contribuir para a ‘luta do reconhecimento’ na sociedade contemporânea. Resta saber os limites de sua manifestação por cada indivíduo, para evitar que esse direito, ao invés de dar voz às minorias, as oprima com mais veemência.

3. O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O exercício das liberdades individuais e coletivas no Estado Democrático de Direito exige o respeito, reconhecimento e proteção integral de premissas genéricas e individualizantes hábeis a assegurar a igualdade e a dignidade da pessoa humana em seu mais alto espectro. Nesse sentido, a religião é vista como o complexo de princípios que dirigem pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, e que compreende a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. Dessa forma, a religião pode ser vista e compreendida como o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e adoração. Assim, a religião se relaciona diretamente com os assuntos mais básicos e importantes da vida de uma pessoa, traduzindo os seus valores mais íntimos e a sua crença em algo que tem significado último e genuíno.

De todas as religiões, o cristianismo se destacou no cenário mundial, assumindo um papel de divisor de águas sob vários aspectos. O valor da liberdade,

assim como a dignidade da pessoa humana, assume destacada importância com o cristianismo. O fato de o filho de Deus ter vindo para trazer libertação, confere a todos o sentimento de possuir uma liberdade irrenunciável e que nenhum poder, político ou social, pode violá-la. Após anos de perseguição aos judeus e cristãos, Roma – Império dominante da época – juntou-se a eles sob o lema de que, se não pode contra eles, juntem-se a eles, decretando o cristianismo como religião oficial do império. A religião, assim, continuava ligada ao Estado, de forma que ou o Estado controlava a religião ou a religião controlava o Estado. A conquista da liberdade religiosa, todavia, começa com a quebra da unidade cristã, a partir do século XVI com a Reforma protestante, conforme ensinou Jorge Miranda:

A quebra da unidade da Crístandade, a Reforma e a Contra-Reforma abriram profundas fissuras individuais e políticas, perseguições e guerras político-religiosas que, num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do Príncipe (Cujus Regio Ejus Religio). Todavia, também a muitos mostraram que a possibilidade de professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era algo de insubstituível que, quando posto em causa, poderia ser procurado noutras terras: foi o que aconteceu no século XVII na América do Norte. (MIRANDA, 2011, p. 121).

Sem plena liberdade religiosa, em todas as suas dimensões – compatível com diversos tipos jurídicos de relações das confissões religiosas com o Estado – não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim, onde falta liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada. Tal afirmação se justifica porque a liberdade religiosa – como uma faceta do princípio da liberdade – tem como objetivo concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Rui Barbosa: “de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa” (1940, p. 50).

A liberdade de religião é, portanto, um direito fundamental que consiste na liberdade de pensamento e consciência, de livre escolha de expressão, manifestação e culto. Falar em liberdade religiosa também é falar em direito de o Estado abster-se de impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial; é falar em direito a não ter ou ter uma religião, segundo a sua livre escolha, e poder professá-la. As autoridades públicas, portanto, em face desse direito fundamental à liberdade religiosa ficam impedidas de proibir o livre exercício de qualquer religião ou mesmo de impor qualquer limitação. Além do aspecto negativo, ou seja, da abstenção do Estado na esfera de escolha do crente, o direito à liberdade religiosa também implica em uma ação positiva por parte do

Estado em garanti-lo e proporcioná-lo, seja por meio de leis ou outro meio que impeça o cerceamento de direitos ou quaisquer discriminações.

O Brasil é considerado um país laico ou não confessional, ou seja, não há qualquer relação entre o Estado Brasileiro e a religião, consagrando-se a liberdade e igualdade de todas as religiões e a busca pela convivência harmônica entre as diferentes manifestações de crença. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no inciso VI do seu artigo 5º, protege o direito individual de crença religiosa, garantindo a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico que toma a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovido e estimulado. O dispositivo do art. 5º, inciso VI, da Constituição de 1988 é norma de eficácia plena e imediata. É chamada pela doutrina de norma de direito fundamental sem expressa previsão de reserva legal, ou seja, o constituinte, diante da importância da liberdade religiosa, não previu a possibilidade de intervenção legislativa, restringindo ou disciplinando tal direito. Contudo, há posicionamentos jurídicos no sentido de defender que a colisão entre a liberdade religiosa e demais direitos fundamentais ou outros valores jurídicos protegidos pela Constituição justificaria excepcionalmente o estabelecimento de restrições a essa liberdade.

De fato, o direito à liberdade religiosa não pode ser invocado para se opor irrestritamente ao cumprimento das leis, ou seja, por exemplo, não se pode praticar um ilícito alegando a liberdade religiosa. Tal direito, como todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto e, por isso, não se pode exercer um direito quando se viola o direito de outrem.

A efetividade constitucional do direito fundamental à liberdade de religião, crença ou religiosidade no Estado Democrático de Direito exige uma compreensão sistemática no contexto da dignidade humana, ressaltando-se que qualquer interpretação segregacionista utilizada para discriminar ou excluir pessoas deve ser refutada pelas premissas racionais e críticas preconizadas pelo constitucionalismo democrático. No

próximo tópico, discorrer-se-á acerca do direito à livre orientação sexual e o seu papel fundamental no exercício da dignidade humana.

4. O DIREITO À LIVRE ORIENTAÇÃO SEXUAL E SEU PAPEL FUNDAMENTAL NO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE HUMANA

O direito fundamental à liberdade de escolha e autodeterminação é corolário da dignidade humana e igualdade. Importante ressaltar que “uma das principais objeções contra a ideia de um direito geral de liberdade é aquela que afirma que um tal direito seria vazio de conteúdo, sem substância, e que não haveria, por isso, nenhum parâmetro para decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade” (ALEXY, 2018, p, 345). Nesse sentido, reconhecer juridicamente a dignidade de as pessoas serem livres constitui requisito essencial para implementar a igualdade material.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui uma das principais formas de externalização da autonomia privada, conferindo ao seu titular a faculdade de autodeterminar-se, de escolher a forma como exercerá os direitos previstos no plano legislativo, inclusive assegurar-lhe a faculdade de abster-se de exercê-los, garantindo ao indivíduo a capacidade de decidir, por si só e livremente, sobre o exercício do direito, sem qualquer espécie de vinculação de natureza heterônoma, desde que não contrárias aos direitos de terceiros ou à ordem pública. Traduz-se, portanto, na faculdade de que gozam os indivíduos do direito de atuar de acordo com seu peculiar modo de ser, colocando em prática suas diferenças pessoais.

Nesse contexto propositivo é importante ressaltar que Dworkin (2006) diferencia em sua obra moralidade e ética. Para ele, a moralidade está relacionada à intervenção estatal, enquanto a ética diz respeito à liberdade alcançada por meio da autonomia privada de cada indivíduo. A intervenção moral do Estado no campo da liberdade ética de exercício da autonomia privada somente se justificaria quando comprovadamente o objetivo for proteger os direitos da coletividade. Algo distinto disso configuraria discurso de ódio, intolerância, preconceito e discriminação. Nota-se, portanto, que o princípio da dignidade está relacionado intrinsecamente com a noção de liberdade, na medida em que a mais alta manifestação da dignidade ocorre quando o ser humano é, na sua singularidade, livre para se manifestar em suas mais diferentes crenças, ideias, jeito de ser, pensar, agir e se construir como pessoa humana. A

igualdade quanto ao exercício digno da liberdade de expressão pressupõe ruptura com os juízos apriorísticos fundados em máximas generalizantes que não respeitam as diferenças, visto que esses padrões universais retroalimentam o discurso segregacionista que enaltece a exclusão e a marginalidade de pessoas.

Os sujeitos políticos do movimento LGBTQI+ possuem uma diversidade de questões envolvidas, predominantemente relacionadas a gênero e a sexualidade. No curso da história, os indivíduos que possuíam estas diferenças em relação a maioria dominante foram rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados, e, até hoje, possuem dificuldades quanto ao exercício do direito fundamental ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Lamentavelmente a perseguição da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a estes grupos. Neste sentido:

[...] violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais [*sic.*], tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação, e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. (CORRÊA, MUNTARBHORN, 2006, p. 7)

O preconceito que segrega este grupo minoritário é algo estrutural. As formas como as sociedades modernas se estruturam em torno de questões religiosas, juntamente com a falta de conhecimento acerca do tema, fazem com que os parâmetros socialmente aceitáveis sejam essencialmente preconceituosos, o que acaba por legitimar discursos contrários à diversidade sexual. Os movimentos sociais favoráveis à comunidade LGBTQI+ no mundo ocidental são vistos como um tema político de esquerda, típico de partidos mais liberais, e dentre seus principais objetivos encontra-se a ruptura com o binarismo e a heteronormatividade compulsória. Entretanto, existem movimentos sociais contrários e favoráveis às minorias sexuais, tanto em partidos mais conservadores quanto nos liberais, além de inúmeras religiões serem espaços utilizados para a perpetuação estrutural da segregação sexual. É importante consignar que, dentre as minorias que mais sofrem atualmente em virtude do discurso de ódio, destacam-se justamente as minorias sexuais, submetidas a essa forma de violência em todo o mundo, em menor ou em maior grau. Políticos e, sobretudo, líderes religiosos, têm se manifestado veementemente no sentido de que os direitos LGBTQI+ não devem ser reconhecidos e respeitados. Tais discursos utilizam-se, com frequência, de argumentos

de impacto na psicologia individual e coletiva dos interlocutores, de modo a segregar socialmente tais indivíduos. Assim, exercem forte influência na opinião dos brasileiros, o que coloca mais obstáculos à luta das minorias sexuais pela afirmação de seus direitos no país.

Em razão da dor, sofrimento e tratamento desigual por motivo de orientação sexual, o movimento LGBTQI+ se levantou na luta em favor de seus direitos, recebendo cada vez mais o apoio do governo e de diversos segmentos da sociedade civil. A garantia do livre exercício da sexualidade relaciona-se com os postulados da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana. Além do princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios que repudiam a discriminação atentatória e o preconceito estrutural sobre a orientação sexual e a identidade de gênero, são o princípio da não discriminação e o princípio da igualdade. O princípio da não discriminação é corolário do princípio da igualdade e determina que o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais pertence a todas as pessoas, ou seja, deve existir uma igualdade de tratamento a todo ser humano, independentemente de raça, nacionalidade, língua, etnia, cor, sexo, religião, condição social. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLI, dispõe que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, determinando, assim, a proibição da discriminação como bem jurídico a ser tutelado.

A liberdade, de modo geral, está estritamente relacionada à autonomia, ao direito de escolha, à legitimidade conferida a cada sujeito de direito de gerir sua própria existência em conformidade com seus ideais e perspectivas de vida. Em se tratando de liberdade sexual, refere-se à liberdade de escolher com quem se relacionar afetivamente. É um direito que deve ser tutelado e reconhecido pelo Estado. Quando o Estado nega ao indivíduo o reconhecimento e tutela deste direito, inibe-o de viver plenamente de acordo com a sua orientação sexual, com os seus anseios. Impossibilita o indivíduo de constituir uma família nos moldes aos quais lhe é pertinente, limitando a sua realização pessoal. A liberdade é um direito que tem como objetivo dar aos homens a garantia de não perecerem nas mãos de tiranos ou na arbitrariedade de seus governantes. No entanto, além dos governos de muitos países, a própria sociedade e religião interferem na vida sexual e reprodutiva da sociedade, isso por causa de um contexto histórico forte e enraizado em muitos países (CORRÊA). Tal situação leva pessoas se filiarem a paradigmas que geram atos que atentam contra os direitos individuais e humanos. Por certo, a liberdade desenvolve inúmeros outros direitos, os quais são imprescindíveis

para que a parte mais vulnerável da sociedade, no que tange a pessoas que tem orientações sexuais diferentes, possam pleitear seus direitos e a sua dignidade (RIOS, 2006).

Nesse sentido, os direitos sexuais vão além da forma com que a pessoa realizará sua sexualidade, tratam também sobre saúde e a necessidade da prevenção contra doenças e que o direito a saúde sejam distribuídos a qualquer pessoa independente de sua orientação sexual (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Da mesma forma para com a educação, que deve ser distribuída a todos com a meta de afastar a ignorância e o preconceito e, assim, fazer com que as pessoas entendam e respeitem uns aos outros, as determinações dos direitos humanos e sexuais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Enfim, a tutela dos direitos sexuais faz parte da realização do mínimo existencial, pois a positivação sobre estes direitos proporciona isonomia quanto ao tratamento estatal durante a distribuição destes bens, os protegendo. Proporcionar o mínimo de forma abstrata pode não ser possível, porém, o Estado não pode ignorar os próprios princípios constitucionais, muito menos ignorar os direitos fundamentais que tangem o assunto direito sexual. Portanto, a prestação do mínimo proporcionaria uma vida digna (WEBER, 2013), e além disso também traria o desenvolvimento de uma sociedade pautada na dignidade da pessoa humana, na pluralidade de pensamentos, observando-se as premissas propostas pelo Estado Democrático de Direito.

Observa-se, pois, que o direito à liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que busca a efetivação da dignidade humana, de acordo com a forma que é interpretado e, por consequência, utilizado, pode causar o efeito justamente contrário, com a mitigação da dignidade de quem é afetado pela liberdade de expressão de um terceiro. Neste aspecto é que se questionará até que ponto a liberdade de expressão deve ser preservada e a partir de que ponto deve-se resguardar a dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade de expressão religiosa. Com efeito, mesmo vivendo em um Estado Democrático de Direito, é necessário observar o contexto plural da sociedade brasileira, devendo a liberdade de expressão estar amparada na alteridade e no respeito ao próximo. No próximo tópico discutiremos acerca da liberdade de expressão, discurso de ódio e o papel do Estado nas relações privadas por intermédio de uma análise de um caso concreto envolvendo liberdade de expressão, religiosidade e orientação sexual.

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DISCURSO DE ÓDIO E O PAPEL DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS A PARTIR DA ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

Expostos os principais entendimentos quanto à dignidade humana, liberdade de expressão e discurso de ódio, propõe-se analisar a decisão judicial proferida pelo juízo da 1.^a Vara Cível da cidade de Jundiaí-SP, no bojo dos autos de n.º 1016422-86.2017.8.26.0309, proibindo a exibição de uma peça de teatro que retrataria Jesus Cristo como travesti. O objetivo do relato desse caso não é meramente reproduzir a decisão tomada pelos tribunais competentes, mas sim compreender e identificar quando o fato pode ser considerado liberdade de expressão religiosa ou um discurso de ódio na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, contextualizando o estudo com o debate acerca do direito fundamental à liberdade sexual.

Em setembro de 2017 uma decisão judicial no Brasil proibiu a exibição de uma peça de teatro. Trata-se de *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu*, que estrearia no Sesc em Jundiaí (SP), no dia 15 de setembro daquele ano e retrata Jesus Cristo como uma mulher transgênero nos dias atuais. A decisão foi do juiz Luiz Antônio de Campos Júnior, da 1.^a Vara Cível daquela cidade. Para ele, figuras religiosas e sagradas não podem ser "expostas ao ridículo" (BRASIL, **VioMundo**, 2017). Adaptado na obra da dramaturga inglesa Jo Clifford, o espetáculo se propõe a recontar passagens bíblicas sob uma perspectiva contemporânea e promover a reflexão sobre a opressão e intolerância sofridas por transgêneros e minorias em geral, destacando que a mensagem cristã é de amor, perdão e aceitação. A ação contra o Sesc foi promovida pela advogada Virgínia Bossonaro Rampin Paiva, que alegou que a peça afeta a dignidade cristã, expondo ao ridículo símbolos religiosos como a cruz e a religiosidade que ela representa. O juiz de Jundiaí concordou com os argumentos da advogada e aceitou o pedido de antecipação de tutela, impondo multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia de descumprimento. O magistrado considerou o espetáculo de mau gosto e explicou que sua intenção com a decisão é impedir um ato que maculará o sentimento do cidadão comum. Na sentença, o juiz, também faz questão de ressaltar que, no entendimento dele, não se trata de censura prévia e que não se pode confundir liberdade de expressão com agressão e falta de respeito. "Não se pode admitir a exibição de uma peça com um baixíssimo nível

intelectual que chega até mesmo a invadir a existência do senso comum, que deve sempre permear por toda a sociedade", escreveu (BRASIL, **VioMundo**, 2017).

Os artistas da peça *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu* lamentaram o cancelamento do espetáculo em sua página no *Facebook*. Afirmaram que o juiz atendeu a um pedido que vinha sendo articulado por congregações religiosas, políticos e pelo TFP (Tradição, Família e Propriedade). A proibição da exibição da obra prova a sua importância, disseram os artistas, lembrando que o Brasil é o país que mais assassina travestis e transexuais no mundo. “Abençoada sejas se abusam de você ou te perseguem. Isso significa que você está trazendo a mudança. E abençoados sejam aqueles que te perseguem também. O ódio é o único talento que têm, e não vale nada, declararam os artistas (BRASIL, **VioMundo**, 2017). Por sua vez, a diretora e tradutora da peça, Natalia Mallo, classificou a decisão de Luiz Antônio de Campos Junior de um tratado de fundamentalismo e preconceito. “Censurar um espetáculo, em nome dos bons costumes, da fé e da família brasileira parece ser, para alguns fariseus, mais importante e prioritário do que olhar para a sociedade e tentar fazer alguma contribuição concreta para mudar o quadro de violência em que estamos todas e todos soterrados. Inconformado com a decisão liminar de primeira instância, o Sesc recorreu para garantir a exibição do espetáculo, que provoca reflexões em torno de questões de gênero. Ao analisar o recurso interposto pelo SESC, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo revogou a liminar que proibia a exibição da peça. Para o relator do acórdão, desembargador José Luiz Mônaco da Silva, a proibição feriu de morte a atividade artística da atriz transgênera que interpreta o personagem bíblico Jesus Cristo. Pode-se até não concordar com o conteúdo da peça, mas isso não é motivo suficiente para alguém bater às portas do Judiciário para impedir a sua exibição. Basta não assistir ao espetáculo, ressaltou (BRASIL, **VioMundo**, 2017). Na decisão, o relator salientou ainda que a peça tem caráter ficcional e objetiva fomentar o debate sobre os transgêneros sem ultrajar a fé cristã.

Com visto, a constituição brasileira de 1988, sobretudo em seu artigo 5º, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito de igualdade e a liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações cuja mera invocação destes dispositivos não é capaz de solucionar as recorrentes violações de direitos humanos que afetam as minorias sexuais. Tal afirmação se justifica em razão da necessidade de compreender que a implementação efetiva do direito à igualdade de gênero e liberdade de expressão passa pela reconstrução do processo histórico fundado

na premissa de reconhecimento do outro como igual no que atine ao exercício dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte. A decisão do magistrado paulista de primeira instância reproduz as vozes das estruturas sociais de segregação e marginalidade sexual historicamente perpetrada contra a comunidade LGBTQI+, além de evidenciar com clareza o protagonismo e a discricionariedade judicial, fundada em parâmetros metrajurídicos utilizados para justificar pressupostamente a violação dos direitos fundamentais àqueles “ditos sujeitos” considerados inaptos ao gozo dos referidos direitos.

A falta de atuação do poder legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não pode o judiciário, o Estado e a sociedade civil permitir que a constituição se torne um mero instrumento utilitarista a serviço de uma maioria dominante que reproduz as vozes de um discurso que exclui as minorias sexuais. Nesse sentido, evidentemente que a proibição do juízo de primeira instância de Jundiaí é um ato de transfobia. Ora, se Jesus é tido como a imagem e semelhança de todo mundo, por que não o seria das pessoas trans? Diversas são as origens que tentam legitimar e explicar os discursos de ódio, e incomensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTQI+. Não se pode endossar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou seus agentes, tampouco de uma maioria em face de uma minoria, visto que não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente no âmbito de sua sexualidade. O judiciário, assim como outras instituições, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico, o que é imprescindível para o Estado Democrático de Direito, vez que constitui garantia da soberania popular e cidadania. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela constituição, a fim de coibir excessos e abusos de poder, bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

É importante ressaltar que a peça teatral censurada pelo juízo de Jundiaí-SP tem como objetivo desconstruir o preconceito histórico que marginaliza travestis e transexuais e faz do Brasil o país que mais mata membros dessa comunidade. Ao destacar a identidade travesti como elemento chave da dramaturgia e da encenação, o trabalho convida o espectador a refletir sobre a discriminação e a invisibilidade dos

grupos socialmente marginalizados e transformar o olhar através de mensagens de amor e perdão. Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária, principalmente quando a dogmatização da vontade majoritária é utilizada para segregar, excluir e marginalizar as minorias sexuais. Nesse sentido, os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, inclusive os que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa desenvolvida é possível concluir que o discurso de ódio historicamente construído contra a população LGBTQI constitui um meio de suprimir o exercício do direito fundamental de liberdade de expressão, haja vista a naturalização de prevalência do pensamento majoritário, que sistematizou a doutrina binária da heteronormatividade compulsória, como meio de categorização de corpos, pessoas e institucionalização de um modelo de sexualidade que não comporta esses sujeitos, constituindo-se no meio mais utilizado para a segregação e a marginalidade.

O presente artigo objetivou verificar se é possível conceder legitimidade à decisão judicial proferida pelo juízo de primeira instância da cidade de Jundiaí-SP, por intermédio da qual proibiu a exibição da peça teatral denominada *O Evangelho segundo Jesus, rainha do céu*, alegando, em síntese, que é inconcebível que Jesus seja retratado por uma transexual. A constituição brasileira de 1988, sobretudo em seu artigo 5º, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito de igualdade e a liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações cuja mera invocação destes dispositivos não é capaz de solucionar as recorrentes violações de direitos humanos que afetam as minorias sexuais. Tal afirmação se justifica em razão da necessidade de compreender que a implementação efetiva do direito à igualdade de gênero e liberdade de expressão passa pela reconstrução do processo histórico fundado na premissa de reconhecimento do outro como igual no que atine ao exercício dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

A falta de atuação do poder legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não pode o judiciário, o Estado e a sociedade civil permitir que a constituição se torne um mero instrumento utilitarista a serviço de uma maioria dominante que reproduz as vozes de um discurso que exclui as minorias sexuais. Nesse sentido, evidentemente que a proibição do juízo de primeira instância de Jundiaí é um ato de transfobia. Ora, se Jesus é tido como a imagem e semelhança de todo mundo, por que não o seria das pessoas trans?

Diversas são as origens que tentam legitimar e explicar os discursos de ódio, e incomensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTQI. Não se pode tolerar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou seus agentes, tampouco de uma maioria em face de uma minoria, visto que não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente no âmbito de sua sexualidade.

Ainda que não seja possível encontrar um sentido único para a realidade social e o intérprete judicial possua certo grau de subjetividade na criação do entendimento jurídico, político e social, especialmente no tocante às normas constitucionais, não se pode olvidar que o constitucionalismo contemporâneo tem como característica fundamental o conteúdo aberto, com estabelecimento de princípios e diretrizes ao Estado, que além de vincular o regime democrático, lhe confere um caráter antimajoritário. O judiciário, assim como os outros poderes, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico, o que é imprescindível para o Estado Democrático de Direito, vez que constitui garantia da soberania popular e cidadania. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela constituição, a fim de coibir excessos e abusos de poder, bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

Como contraponto a estas situações de violação, cabe ao judiciário interpretar os princípios constitucionais e formular as respostas constitucionalmente mais adequadas, a fim de se resguardar as características de um Estado democraticamente estabelecido. Tal proposta pode ser interpretada como uma variante dos discursos perpetrados pela maioria dominante, como uma forma de autoritarismo, só que desta vez em favor de uma minoria. Entretanto, não parece ser este o caso, pois a violação dos

direitos de grupos minoritários, como a comunidade LGBTQI, ultrapassa não somente os direitos e garantias fundamentais, pois violam a essência que o direito visa assegurar, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo no qual se sustenta todo o ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos e garantias fundamentais e até mesmo a democracia brasileira possuem um caráter contramajoritário. Violar tais direitos é conspurcar a essência, é ir à contramão da organização social estabelecida pela constituição brasileira de 1988. Uma das funções dos direitos fundamentais e da própria democracia é servir justamente de freio aos anseios da denominada maioria democrática, o que pode parecer um tanto quanto paradoxal, já que a democracia comumente é tida como o direito da maioria. Entretanto, a estrutura elegida pelo Estado Democrático de Direito assegura o bem comum, a dignidade humana, por meio de princípios como o da igualdade.

É importante ressaltar que a peça teatral censurada pelo juízo de Jundiaí-SP tem como objetivo desconstruir o preconceito histórico que marginaliza travestis e transexuais e faz do Brasil o país que mais mata membros dessa comunidade. Ao destacar a identidade travesti como elemento chave da dramaturgia e da encenação, o trabalho convida o espectador a refletir sobre a discriminação e a invisibilidade dos grupos socialmente marginalizados e transformar o olhar através de mensagens de amor e perdão.

Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária, principalmente quando a dogmatização da vontade majoritária é utilizada para segregar, excluir e marginalizar as minorias sexuais. Nesse sentido, os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, inclusive os que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. Reconhecimento e direito à diferença: teoria crítica, diversidade e a cultura dos direitos humanos. São Paulo: **Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104. Jan/dez 2009. 551-565p. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Reconhecimento+e+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a%3A+teoria+cr%C3%A9tica%2C+diversidade+e+a+cultura+dos+direitos+humanos&rlz=1C1GGGE_pt-PTBR686 BR6 87&oq=Reconhecimento+e+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a%3A+teoria+cr%C3%A9tica%2C+diversidade+e+a+cultura+dos+direitos+humanos&aqs=chrome..69i57j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n]. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BRASIL. **VioMundo**. Disponível em <https://www.viomundo.com.br/denuncias/censura-juiz-proibe-a-peca-evangelho-segundo-jesus-rainha-do-ceu-minutos-antes-de-comecar-no-sesc-jundiiai.html>. Acesso em 01 dez. 2019.

BRASIL. TJ/SP. Processo Digital n. 1016422-86.2017.8.26.0309. Relator: Juiz de Direito Luiz Antônio de Campos Júnior.

BRASIL. **Lei 7.716**, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: DOU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 31 mai. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FELDMAN, David. **Human dignity as a legal value – part I**. [S.l]: *Public Law*, 2000.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Florianópolis: **Sequência**, n. 66, jul. 2013. p. 327-355. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/14.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELLER, Agnes. **A condição política pós-moderna**. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HOMER, Chris; WESTACOTT, Emrmys. **O conceito de religião**. Disponível em: <http://www.pensamentocritico.com/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=29>. Acesso em: 23 out. 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta *et al.* **Constituição, minorias e inclusão social**. São Paulo: Rideel, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.