

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação

A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO HOMOFÓBICO NO BRASIL

Érika Aparecida Pretes

Belo Horizonte

2014

ÉRIKA APARECIDA PRETES

A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO HOMOFÓBICO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado submetida à apreciação da banca examinadora como requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

LINHA DE PESQUISA: História, Poder e Liberdade

PROJETO ESTRUTURANTE: Identidade e Reconhecimento

PROJETO INDIVIDUAL: A regulação penal dos corpos

Orientador: Professor Doutor Túlio Lima Vianna

Belo Horizonte

2014

ÉRIKA APARECIDA PRETES

A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO HOMOFÓBICO

Dissertação de Mestrado submetida à apreciação da banca examinadora como requisito parcial para conclusão do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Túlio Lima Vianna (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Lucas de Alvarenga Gontijo (Titular)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2014.

À Elisa

*Tus manos son mi caricia
mis acordes cotidianos
te quiero porque tus manos
trabajan por la justicia*

*si te quiero es porque sos
mi amor mi cómplice y todo
y en la calle codo a codo
somos mucho más que dos*

*tus ojos son mi conjuro
contra la mala jornada
te quiero por tu mirada
que mira y siembra futuro*

*tu boca que es tuya y mía
tu boca no se equivoca
te quiero porque tu boca
sabe gritar rebeldía
(Mario Benedetti)*

AGRADECIMENTOS

Devo prestar reconhecimento especial ao amigo e mestre Professor Doutor Túlio Vianna, que no exercício apaixonado do magistério despertou em mim o interesse pelo Direito Penal; pela orientação imprescindível para a realização dessa dissertação de mestrado; e por ter me incentivado e acreditado no meu potencial desde meus primeiros passos no mundo acadêmico.

Ao Professor Doutor Lucas Gontijo pelas aulas incríveis durante a graduação e por ter me apresentado à obra de Michel Foucault, sem a qual esta dissertação talvez não fosse possível.

À Elisa, pelo amor e pela compreensão, sem os quais a vida e a escrita seriam sem inspiração; por ter tornado a vida mais leve e por me fazer acreditar em mim quando tudo parecia mais difícil.

À Cynthia Semíramis, indispensável por sua amizade, apoio e orientação e que apesar de nunca ter-me dado aulas, revelou-se uma grande mestre.

A Jailane Pereira, Cristiano Meireles e Thiago Viana pelas conversas, pelos apontamentos e críticas, por serem sempre francos e amigos.

Aos meus pais, agradeço o apoio, a compreensão por minhas ausências durante todos esses anos e por sempre me incitarem a lutar por meus ideais.

Aos meus amigos por estarem ao meu lado nas alegrias e nas lágrimas.

E por fim, a CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), pelo financiamento no último ano do mestrado.

RESUMO

A presente dissertação analisa as práticas discriminatórias dos discursos de ódio homofóbicos, tendo por questão de fundo a análise das demandas por criminalização de tais atos. Busca-se avaliar em que medida sua criminalização afeta a mecânica da discursividade nas sociedades normalizadoras contemporâneas. Propõe-se romper com a dicotomia clássica entre discurso de ódio e liberdade de expressão, posto que essa simples e superficial ponderação não é capaz de impedir que o discurso odioso circule de maneira indiscriminada. Tendo em conta que a mecânica de violência dos discursos de ódio acaba por inviabilizar que indivíduos pertencentes às parcelas não-hegemônicas da sociedade tenham acesso à arena política, e que por isso políticas públicas de caráter afirmativo nem sempre consigam garantir que estes acessem espaços que lhes foram historicamente negados, o Direito Penal é chamado a atuar como um instrumento capaz de possibilitar a emergência de discursos não-hegemônicos, como mecanismo que se opõe aos processos de normalização. O discurso de ódio não é entendido aqui como mera discordância de opinião ou percepção negativa em face de indivíduos ou grupos socialmente inferiorizados, mas como práticas que buscam prejudicar indivíduos no gozo e exercício de direitos.

Palavras-chave: Criminalização. Discurso de ódio. Homofobia. Racismo. Lei 7716/89.

ABSTRACT

This dissertation examines the discriminatory practices of homophobic hate speeches, with the substance of the analysis of the demands for the criminalization of such acts. It seeks to assess the extent to which the criminalization thereof affects the mechanics of normalizing discourse in contemporary societies. It is proposed to part with the classical dichotomy between hate speech and free speech, since this simple and superficial consideration is not able to prevent hate speech from circulating indiscriminately. Given that the mechanics of hate speech violence eventually derail individuals belonging to non-hegemonic portions of society from accessing the political arena, and that therefore public affirmative actions do not always ensure that they are able to access those areas from which they were historically segregated, Criminal Law is called to act as a tool to enable the emergence of non-hegemonic discourses, as a mechanism that opposes the normalization processes. Hate speech is not understood here as mere disagreement of opinion or negative perception in the face of socially inferior groups or individuals, but as practices that seek to harm individuals in the enjoyment and exercise of rights.

Keywords: Criminalization. Hate speech. Homophobia. Racism. Law 7.716/89.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. HOMOFOBIA E HETERONORMATIVIDADE	13
1.1 Homofobia	13
1.2. <i>Scientia Sexualis</i>	17
1.3 A invenção da homossexualidade.....	24
1.4. A matriz heteronormativa.....	26
2. CARTOGRAFIA DO ÓDIO HOMOFÓBICO	35
2.1 Da construção da identidade à morte política	38
2.1.1. A especificidade da transfobia	42
2.2. Políticas públicas de enfrentamento à homofobia pelo Estado brasileiro ..	46
2.3. Homofobia de Estado	54
3. DISCURSO E PODER	58
3.1 Teoria dos Atos de Fala	59
3.2. Palavras tem o poder de ferir?	64
4. DISCURSO DE ÓDIO (<i>HATE SPEECH</i>).....	85
4.1. Proibição ou proteção dos discursos de ódio?	89
4.1.1. Estados Unidos da América	96
4.1.2. Canadá	117
5. A PROIBIÇÃO DE DISCURSOS E PRÁTICAS DE ÓDIO RACIAL NO BRASIL.....	122
5.1. Notas sobre o racismo no Brasil.....	122
5.1.1 Lei 1.390/51 - Lei Afonso Arinos	129
5.1.2. A Constituição de 1988 e a criminalização do Racismo.....	132
5.2. A tutela penal da igualdade racial no art. 20 da Lei 7.716/89 e no art. 140 § 3º do Código Penal Brasileiro	135
6. Habeas Corpus 82.424/RS - Caso Ellwanger.....	143
6.1. Voto do Ministro Moreira Alves.....	146
6.2. Voto do Ministro Maurício Correia.....	148

6.3. Voto do Ministro Gilmar Mendes	151
6.4. Voto do Ministro Marco Aurélio	154
6.5. Voto do Ministro Celso de Mello	159
7. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL	166
7.1 O Congresso Nacional e os Projetos de Lei Anti-Homofobia.....	166
7.1.2. A demanda por inclusão da homofobia na Lei 7.716/89.....	168
7.2 A legitimidade jurídica da tutela penal da igualdade em razão da orientação sexual e da identidade de gênero	176
7.2.1. Tutela da igualdade ou limitação da liberdade?	179
7.2.2. A legitimidade da estratégia político-criminal.....	191
CONCLUSÃO	200
BIBLIOGRAFIA	203

INTRODUÇÃO

No Brasil, ainda são poucos os pesquisadores que se utilizam da terminologia discurso de ódio para se referir ao “*discurso agressivo e incitador ao ódio para com determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais e religiosos*”,¹ sendo comum a utilização da terminologia genérica *discriminação ou preconceito*.²

Debates recentes tem dividido a sociedade brasileira acerca da introdução em nosso ordenamento jurídico de norma penal incriminadora dos discursos de ódio homofóbicos. A demanda do movimento social de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis – LGBTs –³ parte do pressuposto que tal como acontece com os discursos e práticas de ódio racistas, aqueles de ódio homofóbico também merecem tutela penal.

Muitos dos estudos referentes à regulação dos discursos de ódio partem do pressuposto de que a adoção de medidas coercitivas no âmbito do Direito Penal representaria um grande risco para a integração social Democrática por ferir frontalmente o princípio da liberdade de expressão.⁴ Aqueles que esposam este entendimento pautam-se num suposto resultado necessário da opção pela criminalização destes discursos: um total cerceamento da existência de opiniões contrárias a de determinados grupos sociais que, com efeito, inviabilizaria o espaço democrático de aprendizado mútuo e de respeito às etnicidades envolvidas.⁵

Inicialmente, para melhor compreensão deste trabalho, cumpre-nos diferenciar dois termos que têm sido utilizados como sinônimos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e muitas vezes pela própria lei, que são, pois, os termos *preconceito* e *discriminação*. Adotamos aqui as definições empregadas pelo pesquisador Roger Raupp Rios:

¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.23.

² “O termo discurso de ódio tem sua origem atribuída ao projeto de lei norte-americano intitulado Lei das

² “O termo discurso de ódio tem sua origem atribuída ao projeto de lei norte-americano intitulado Lei das Estatísticas de Crimes de Ódio. Tal projeto foi requerido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América, no ano de 1985, para que fosse feita a coleta estatal e publicação de dados referentes aos números de crimes motivados por discriminação de origem étnica, racial e religiosa.” JACOBS, James B. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics. p.25.

³ A partir de agora faremos uso da sigla LGBT.

⁴ LOPES, Silvia Regina Pontes. Crimes de ódio e repressão penal da homofobia no Brasil: Riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflituosidade, violência e democracia.; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio.; SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um Silêncio incomodo: Crítica a incriminação do discurso de ódio.

⁵ LOPES, Silvia Regina Pontes. Crimes de ódio e repressão penal da homofobia no Brasil: Riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflituosidade, violência e democracia. p.3059.; Ver também: SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um Silêncio incomodo: Crítica a incriminação do discurso de ódio. p.22.

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos.⁶

Ante a essa diferenciação, importante ressaltar que, no que tange aos discursos e práticas odiosas já criminalizadas no Brasil, só se pode falar em punição quando há externalização, por qualquer meio que seja, das “percepções mentais negativas” que visem ou importem em prejuízo para o indivíduo ou grupo alvo da externalização.⁷

Entendemos ser o discurso de ódio homofóbico efeito de uma ordem heteronormativa que estabelece uma diferenciação entre os sujeitos e cria um sistema de hierarquização no qual as pessoas LGBT foram e são categorizadas como “anormais”, e que tal construção é um mecanismo utilizado há séculos para manter estes setores à margem do direito comum, inscrevendo-os em regimes de exceção.⁸

Nesse sentido, esta dissertação busca analisar a demanda do movimento social LGBT pela criminalização dos discursos de ódio homofóbico, examinando, para tanto, sua historicidade e contingência, suas especificidades e sua mecânica de funcionamento, além de sua (não) semelhança para com o discurso racista, no Brasil.

De início, no primeiro capítulo, trataremos precisamente da historicidade e contingência da homofobia, traçando sua construção histórico-social e sua matriz heteronormativa. Partimos da obra de Michael Foucault para desvelar o surgimento da homossexualidade enquanto categoria científica que permitiu a inserção do sujeito homossexual num sistema de opressão e marginalização que ainda produz efeitos perversos na contemporaneidade.

No segundo capítulo, estreitaremos a análise iniciada contextualizando a lógica de sujeição da pessoa LGBT na sociedade brasileira, tratando dos processos reais de exclusão dessa parcela da população desde a sua morte física até sua morte política. Analisamos, ainda, a tentativa do Estado brasileiro de reverter tal lógica por meio de políticas afirmativas.

⁶ RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação. p.15.

⁷ “Para efeito da lei 7.716, portanto, o elemento do tipo discriminação deve ser interpretado [...], como qualquer espécie de segregação (negativa) dolosa, comissiva ou omissiva, adotada contra alguém por pertencer, real ou supostamente, a uma raça, cor, etnia, religião ou por conta de sua procedência nacional e que visa atrapalhar, limitar ou tolher o exercício regular do direito da pessoa discriminada, contrariando o princípio constitucional da isonomia.” SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação. p.46

⁸ RIOS, Roger Raupp. Em defesa dos direitos sexuais. p.121.

No capítulo intitulado Discurso e Poder, especialmente a partir das análises de John L. Austin e Judith Butler, buscaremos demonstrar que os discursos de ódio são mais do que meras opiniões. À luz da teoria de atos de fala, analisaremos a potencialidade lesiva de certos enunciados e a possibilidade de sua (des)construção performativa.

Em seguida, no capítulo quarto deste trabalho, traremos um breve panorama do tratamento dado aos discursos de ódio nos Estados Unidos da América e no Canadá. Apontamos as principais justificativas dadas por estes Estados democráticos de direitos para a regulação ou não dos discursos de ódio em face de uma potencial ou hipotética colisão entre discurso de ódio e liberdade de expressão.

Nas últimas três partes dessa dissertação, voltamos novamente o olhar ao panorama brasileiro, trazendo debates acerca da proibição dos discursos racistas no Brasil, fazendo breves considerações em relação ao emblemático Caso Ellwanger e, por fim, adentrando pontualmente no tratamento dispensado à criminalização da homofobia no Brasil.

Espera-se com a conclusão deste trabalho demonstrar a (i)legitimidade do uso do Direito Penal, esse ramo controverso do Direito que sempre foi utilizado para a manutenção de discursos hegemônicos, no combate aos discursos de ódio homofóbicos na sociedade brasileira. Buscamos possibilidades diferenciadas para seu uso, dando-lhe um papel ativo na promoção e proteção à cidadania. O desafio que assumimos nesse trabalho é o de pensar o Direito Penal como um instrumento capaz de possibilitar a emergência de discursos não-hegemônicos, como mecanismo que se opõe aos processos de normalização.

1. HOMOFOBIA E HETERONORMATIVIDADE

1.1 Homofobia

O termo homofobia é um neologismo fruto da junção dos radicais gregos ὁμός (semelhante) e φόβος (medo)⁹ que costuma ser empregado normalmente para designar sentimentos de aversão, desprezo, ódio ou medo em relação ao homossexual e às homossexualidades.¹⁰

Acredita-se que o termo tenha sido publicado em um artigo científico pela primeira vez em 1971 e sua autoria é comumente associada à K. T. Smith, psicólogo que empreendia estudos acerca da personalidade homofóbica e suas características. No entanto, a definição corrente que se tem da homofobia como sentimentos de aversão é creditada ao também psicólogo George Weinberg, quando da publicação de sua obra *Society and Healthy Homosexual*, em 1972.¹¹

Os sentimentos homofóbicos, a partir da abordagem psicológica, se manifestariam em alguns casos pelo medo do contato com homossexuais, que representariam um perigo eminente e causariam angústia ao indivíduo homofóbico. Em outros casos tal aversão poderia evidenciar o conflito interno do indivíduo com suas próprias tendências homossexuais, de modo que atitudes intolerantes representariam a eclosão de uma “insuportável identificação” com a homossexualidade.¹²

Na vida cotidiana, o medo ou os medos organizam o ódio. Medo e ódio provocam evitamento, fuga, desejo de se esconder; impedem a confrontação das causas que os provocam. Debater a homofobia nos obriga a ultrapassar a análise semântica do termo. Fobia, em grego antigo, é medo, desgosto, repulsa. Na acepção popular do termo, a homofobia estaria situada entre o medo do mesmo, entre outros homens, e o medo dos outros homens. Isto expande o conceito para incluir a ideia de que, na homofobia, se expressa o receio de uma possível homossexualidade no próprio sujeito homofóbico, como se sua identidade sexual não fosse suficientemente assentada e ele incorresse no risco de ver eclodir, em si, um escuso desejo por outros homens.¹³

A partir dos anos 1970, outros termos também foram utilizados para expressar sentimentos de repulsa em relação aos homossexuais. O jurista franco-argentino Daniel

⁹ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. p.3.

¹⁰ PRADO, Marco Aurélio Máximo. In: prefácio - Homofobia: História e crítica de um preconceito. p.7.

¹¹ “[...] G. Weinberg definirá a homofobia como “o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo.” BORRILLO, Daniel. Homofobia: História e crítica de um preconceito. p.21.

¹² RIOS, Roger Raupp. Em defesa dos direitos sexuais. p.119-120.

¹³ SMIGAY, Karin Ellen Von. Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política. p.35.

Borrillo, em seu trabalho *Homofobia – história e crítica de um preconceito* cita alguns destes termos: “*Homoerotofobia (Churchill, 1967), homossexofobia (Levit; Klassen, 1974), homossexismo (Lehne, 1976) e heterossexismo.*”¹⁴

O termo homofobia acabou se popularizando e atualmente é utilizado de forma ampla por diversos setores sociais, se projetando desde o movimento LGBT até os campos das ciências médicas, sociais e jurídicas. Tentaremos aqui expor alguns usos, críticas e ressignificações que se tem dado a este tipo de discurso e prática de ódio.

Inicialmente, tratando já de um assunto tão polêmico quanto à homofobia, vários teóricos e diversos militantes dos movimentos sociais, acreditam que o mais satisfatório, diante da enorme complexidade deste fenômeno, seria a utilização de termos que denotassem as especificidades de cada grupo, levando em consideração, assim, questões relativas ao sexo e a identidade de gênero de cada sujeito alvo da homofobia.

Daniel Borrillo, nesse sentido, entende que melhor seria se utilizássemos *gayfobia* para nos referirmos à homofobia específica dirigida aos homossexuais masculinos, *lesbofobia* no caso das mulheres homossexuais, *bifobia* no caso daqueles que expressam a orientação bissexual e, ainda, em relação àqueles que atualmente sofrem de maneira mais intensa a homofobia, em sociedades como a nossa, deveríamos utilizar *transfobia* e *travestifobia* para nos referirmos aos atos e discursos de preconceito e discriminação sofridos por transexuais, transgêneros e travestis.¹⁵

O termo homofobia é constantemente problematizado em decorrência de sua possível homogeneização sobre a diversidade de sujeitos que pretende abarcar, invisibilizando violências e discriminações cometidas contra lésbicas e transgêneros (travestis e transexuais). Nesse sentido, optam por nominá-las especificamente como lesbofobia (sobre as quais recaem também o machismo e o sexismo) e transfobia (sobre as quais recai o preconceito relativo ao inominável que não se encaixa em uma estrutura dual naturalizante e acachapante).¹⁶

Entretanto, conforme Daniel Borrillo e outros teóricos que buscaram tratar do tema, por questões de ordem prática, utilizaremos o termo homofobia para nos referirmos a todas estas violências, sem nos esquecermos de suas especificidades, que buscaremos apontar durante toda esta dissertação.

¹⁴ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: História e crítica de um preconceito*. p.22.

¹⁵ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: História e crítica de um preconceito*. p.23.

¹⁶ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica. p.10.

Para autores como Rogério Junqueira,¹⁷ a homofobia parece ter se tornado objeto de estudo acadêmico e passado a ser discutida socialmente em função dos estudos empreendidos por grupos feministas, *queer*¹⁸ e pela luta dos movimentos sociais LGBT. Estes grupos começaram a problematizar as questões pertinentes aos processos discursivos e de diferenciação identitária que levaram a heterossexualidade a ser considerada como única orientação válida, correta, e que levava aqueles indivíduos que não se encaixavam neste padrão às situações de violação e discriminação.

Conforme Rogério Junqueira e Daniel Borrillo, tais problematizações surgiram já nos 1970, quando ainda eram predominantes os estudos que buscavam as causas e a cura pra homossexualidade. A definição de homofobia no senso comum ainda se encontra eivada de traços do discurso clínico e patologizante, apesar de toda a luta de resignificação que movimentos LGBT, feministas e de contracultura têm realizado em favor do enfrentamento da homofobia como um problema social e não como uma questão médica.¹⁹

Rogério Junqueira expõe certa ironia existente no embate empreendido entre alguns setores sociais que ainda endossam o discurso de que a homossexualidade consistiria em uma doença e aqueles que rechaçam tal assertiva dizendo que doente é o sujeito homofóbico. Ambos os discursos adotam posturas extremamente medicalizadas. Junqueira afirma, ainda, que aqueles que buscam reconhecer socialmente a orientação sexual diversa da heterossexual através da aquiescência dos saberes médicos não estão muito distantes dos grupos supracitados, que também se utilizam destes saberes mas com fim de patologizar sujeitos.

Neste último caso, costuma-se mencionar que, em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria (APA) retirou a homossexualidade de seu Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais e que, em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) excluiu-a do Código Internacional de Doenças (CID). Lembra-se também que, no Brasil, os Conselhos Federais de Medicina (desde 1985) e de Psicologia

¹⁷ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. p.3.

¹⁸ “O termo “queer” tem sido usado, na literatura anglo-saxônica, para englobar os termos “gay” e “lésbica”. Historicamente, “queer” tem sido empregado para se referir, de forma depreciativa, às pessoas homossexuais. Sua utilização pelos ativistas homossexuais constitui uma tentativa de recuperação da palavra, revertendo sua conotação negativa original. Essa utilização renovada da palavra “queer” joga também com um de seus significados, o de “estranho”. Os movimentos homossexuais falam, assim de uma política *queer* ou de uma teoria *queer*.” BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’*. p.172.

¹⁹ “Considerar equivocado pensar a homofobia como expressão de uma “fobia” não comporta discordar que determinadas manifestações de caráter homofóbico derivem de graves psicopatologias.” JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. n.7.p.4.

(somente desde 1999) não consideram a homossexualidade como doença, distúrbio ou perversão.²⁰

O sociólogo considera de inegável importância social o valor simbólico que tais pronunciamentos por parte destas instâncias da comunidade médica têm como efeito na construção das narrativas cotidianas dos cidadãos LGBT. Entretanto, aponta como problemático que os discursos e as estratégias daqueles que lutam pelo reconhecimento de sua diversidade sexual e de gênero, acabem utilizando como instrumento de constituição e legitimação de suas identidades tais construções de saber-poder extremamente normalizadoras como seu único e exclusivo enfoque.

A medicina e a clínica constituem campos de saber-poder cujas proposições, modernamente, tornaram-se importantes parâmetros nas discussões acerca de vários aspectos relativos às experiências e às condições humanas. Justamente por isso, são capazes de produzir efeitos em diversas áreas e podem contribuir tanto para facultar quanto para limitar compreensões e possibilidades de reconhecimento e de construção de novos direitos. Diante das “verdades” da medicina e da clínica, é preciso não esquecer que todas as formas de conhecimento, pensamento ou prática social são construções interpenetradas de concepções de mundo, ideologias, relações de força, interesses e que, assim como qualquer forma de conhecimento, seus enunciados e enunciações são produzidos em meio a tensões sociais, históricas, culturais, políticas, jurídicas, econômicas etc. Além disso, não é preciso negligenciar que, quer sejam da área médica, clínica ou de outra, pesquisas relacionadas às esferas da sexualidade podem ser (e comumente são) fortemente afetadas pelos padrões morais e religiosos de cada época, sociedade ou grupo hegemônico. Percebê-lo certamente nos ajuda a compreender a obsessiva preocupação demonstrada por parte de cientistas das áreas biológicas, médicas ou clínicas em localizar as “causas naturais” (genéticas, hormonais, orgânicas, ambientais etc.) do desejo homossexual.²¹

Apartados da compressão médico-psicológica, alguns setores sociais compreendem a homofobia como uma violação aos direitos humanos, que tem seu funcionamento a partir da marcação e estigmatização do homossexual como o diferente, o *Outro*, inferior, contrário e anormal, e que possui mecânica comum a práticas e discursos de ódio como o racismo, sexismo, xenofobia e o antissemitismo.

Rogério Junqueira acredita que não há uma necessária dissociação entre a concepção que percebe a homofobia como uma violação de direitos humanos daquela que procura entender este fenômeno a partir da reflexão que leva em conta as relações de poder e os processos de produção de identidade e de diferenças sexuais como fator fundante deste tipo de representação simbólica e discursiva que é a homofobia.

²⁰ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. p.4.

²¹ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. p.5.

Nesse sentido, inspirados na obra de Michel Foucault, autores como a historiadora Guacira Louro,²² percebem que a compreensão da homofobia tal como desenvolvida inicialmente pela psicologia, *per se*, não é capaz de responder às problematizações acerca das raízes sociais, culturais e políticas de tal fenômeno e da necessidade de criação de instrumentos efetivos de enfrentamento social de seus efeitos.²³

Essa corrente, da qual esta dissertação também é parte, entende a homofobia como efeito de poder da *matriz heteronormativa*,²⁴ de representação social forjada culturalmente e dirigida especificamente para determinados indivíduos identificados como inferiores e anormais por expressarem orientação sexual diversa da identidade heterossexual ou por não se conformarem às normas de identidade de gênero esperadas.

Parafraseando Michel Foucault, numa sociedade como a nossa em que, *afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a certa maneira de viver ou a certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros* [sobre o sexo], *que trazem consigo efeitos específicos de poder*, as invenções da identidade e da diferença heteronormativa merecem *um pouquinho de atenção*.²⁵

1. 2. *Scientia Sexualis*

Fomos, durante muito tempo, levados a crer que tudo aquilo que se referia ao sexo e ao corpo era de cunho privado, e que o sexo era aquilo sobre o qual reinavam as

²² LOURO, Guacira. Pedagogias da sexualidade. p.32.

²³ LOURO, Guacira. Pedagogias da sexualidade. p.32.

²⁴ “A ideia de heterossexismo se apresenta como alternativa a esta abordagem [a psicológica], designando um sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito. Uma vez institucionalizado, o heterossexismo manifesta-se em instituições culturais e organizações burocráticas, tais como a linguagem e o sistema jurídico. Daí advém, de um lado, superioridade e privilégios a todos que se adéquam a tal parâmetro, e de outro, opressão e prejuízos a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e até mesmo heterossexuais que porventura se afastem do padrão de heterossexualidade imposto.” RIOS, Roger Raupp. Em defesa dos direitos sexuais. p.121. Ver também WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia p.467-468.

²⁵ “Portanto, são discursos que têm, no limite, um poder de vida e de morte. [...] de onde lhes vêm esse poder? Da instituição judiciária, talvez, mas eles o detêm também do fato de que funcionam na instituição judiciária como discursos de verdade, discursos de verdade porque discursos com o estatuto com estatuto científico, ou como discursos formulados exclusivamente por pessoas qualificadas, no interior de uma instituição científica. Discursos que podem matar, discursos de verdade e discursos – vocês são prova disso – que fazem rir. E os discursos que fazem rir e que têm o poder institucional de matar, são no fim das contas, numa sociedade como a nossa, discursos que merecem um pouco de atenção.” FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975). p.8.

maiores restrições e interdições.²⁶ O sexo era, portanto, sob esta ótica, aquilo sobre o qual nada deveria ser dito, especialmente em público e para pessoas de fora do círculo familiar. O sexo era aquilo que deveria permanecer escondido, recatado e, se insistisse em vir à luz, deveria ser escrutinado, avaliado, medido, julgado.²⁷

Entretanto, a partir do estudo das obras de alguns historiadores, filósofos, educadores, psicólogos e sociólogos que se colocaram a problematizar a *verdade* deste estatuto do *não dito e proibido* do sexo, somos levados a perceber que, muito pelo contrário, o sexo pertence ao campo do público e não do privado, como somos levados a imaginar.²⁸ O sexo, antes de ser reprimido, é incentivado, produzido e desejado, mas sob certos critérios específicos e *verdadeiros*.

Nota-se que a obra de Michel Foucault, a *História da sexualidade*, que teve seu primeiro volume, *A vontade de saber*, publicado em 1976, representa um importante marco, ou melhor dizendo, uma fissura para as análises críticas sobre o sexo, o gênero e a sexualidade na contemporaneidade e, conseqüentemente, para as pesquisas feitas sobre a homofobia e a possibilidade de seu enfrentamento.²⁹

A categoria do “sexo” é, desde o início, normativa: ela é aquilo que Foucault chamou de ideal regulatório. Nesse sentido, pois, o “sexo” não apenas funciona como uma norma, mas é a parte de uma prática regulatória que produz corpos que governa, isto é, toda força regulatória, manifesta-se como uma espécie de poder produtivo, o poder de produzir – demarcar, fazer, circular, diferenciar – os corpos que ela controla. Assim, o “sexo” é um ideal regulatório cuja materialização é imposta: esta materialização ocorre (ou deixa de ocorrer) através de certas práticas altamente reguladas. Em outras palavras, o “sexo” é um construto ideal que é forçosamente materializado através do tempo.³⁰

No volume inicial *da História da sexualidade*, questões como o caráter inato, natural e normal do sexo são desveladas e desconstruídas. Michel Foucault afirma que

²⁶ “A sexualidade é, entretanto, além de uma preocupação individual, uma questão claramente crítica e política, merecendo, portanto, uma investigação e uma análise histórica e sociológica cuidadosas.” WEEKS, Jeffrey. *O corpo e a sexualidade*. p.39.

²⁷ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. *Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentalidade*. p.15.

²⁸ “De modo específico, mais acentuadamente a partir do século XIX, o corpo e a sexualidade passaram a ser objeto privilegiado das políticas de controle e moralização da vida social. Articulados com um projeto de sociedade verticalizadas e hierárquica, o corpo e o prazer se tornaram campos de luta e debate político, revelando formas ideológicas de circunscrição de identidades sexuais de reconhecimento social.” PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. p.12.

²⁹ “Em a “vontade de saber” Foucault se dedica a mostrar que nas sociedades ocidentais modernas o sexo é alvo de um investimento político. O dispositivo representado pela sexualidade faz parte de um agenciamento político da vida, ou seja integra uma biopolítica.” FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. p.199.

³⁰ BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do ‘sexo’*. p.153-154.

não buscava reconstruir uma história das condutas ou das práticas sexuais, muito menos analisar as ideias, sejam científicas, religiosas ou filosóficas, que se ocuparam do sexo e de seus efeitos:³¹

*É imperativo, então, contrapor-se a esse tipo de argumentação. É necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas é a forma como essas características são representadas ou valorizadas, aquilo que se diz ou se pensa sobre elas que vai constituir, efetivamente, o que é feminino ou masculino em uma dada sociedade e em um momento histórico. Para que se compreenda o lugar e as relações de homens e mulheres numa sociedade importa observar não exatamente seus sexos, mas sim tudo o que socialmente se constituiu sobre os sexos. O debate vai se construir, então, através de uma nova linguagem, na qual gênero será um conceito fundamental.*³²

De acordo com Michel Foucault, esta obra detém-se na análise genealógica desta noção tão cotidiana e tão corrente, de pouco mais de duzentos anos, que temos de *sexualidade* como algo do campo do *natural* e do *normal* (identidade heterossexual) e que eventualmente suscitava algumas *anomalias* (toda sexualidade que não se conforma à heterossexualidade).³³

Para Michel Foucault,

*Falar assim da sexualidade implicaria afastar-se de um esquema de pensamento que era tão corrente: fazer da sexualidade um invariante e supor que, se ela assume nas suas manifestações, formas historicamente singulares, é porque sofre o efeito dos mecanismos diversos de repressão a que ela se encontra exposta em toda sociedade; o que equivale a colocar fora do campo histórico o desejo e o sujeito do desejo, e a fazer com que a forma geral de interdição dê contas do que pode haver de histórico na sexualidade. Mas a recusa dessa hipótese, por si só, não era suficiente. Falar da "sexualidade" como uma experiência historicamente singular suporia, também, que se pudesse dispor de instrumentos suscetíveis de analisar, em seu próprio caráter e em suas correlações, os três eixos que a constituem: a formação dos saberes que a ela se referem, os sistemas de poder que regulam sua prática e as formas pelas quais os indivíduos podem e devem se reconhecer como sujeitos dessa sexualidade. Ora, sobre os dois primeiros pontos, o trabalho que empreendi anteriormente – seja a propósito da medicina e da psiquiatria, seja a propósito do poder punitivo e das práticas disciplinares – deu-me os instrumentos dos quais necessitava; a análise das práticas discursivas permitia focalizá-las como estratégias abertas, escapando à alternativa entre um poder concebido como dominação ou denunciado como simulacro.*³⁴

Continua, Michel Foucault:

³¹ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.31.

³² LOURO, Guacira. Gênero, sexualidade e educação. p.21.

³³ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.159.

³⁴ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume 2: O uso dos prazeres. p.10.

*A experiência da sexualidade pode muito bem se distinguir, como figura histórica singular, da experiência cristã da “carne”: mas elas parecem ambas dominadas pelo princípio do “homem de desejo”. Em todo caso, parecia difícil analisar a formação e o desenvolvimento da experiência da sexualidade a partir do Século XVIII, sem fazer, a propósito do desejo e do sujeito desejante, um trabalho histórico e crítico. Sem empreender, portanto, uma “genealogia”. Com isso, não me refiro a fazer uma história das concepções sucessivas do desejo, da concupiscência ou da libido, mas analisar as práticas pelas quais o indivíduos foram levados a prestar atenção a eles próprios, a se decifrar, a se reconhecer e se confessar como sujeitos de desejo, estabelecendo de si para consigo uma certa relação que lhes permite descobrir, no desejo, a verdade de seu ser, seja ele natural ou decaído. Em suma, a ideia era a de pesquisar, nessa genealogia, de que maneira os indivíduos foram levados a exercer sobre eles mesmos e sobre outros, uma hermenêutica do desejo a qual o comportamento sexual desses indivíduos sem dúvida deu ocasião, sem no entanto constituir seu domínio exclusivo. Em resumo, para compreender de que maneira o indivíduo moderno podia fazer a experiência dele mesmo enquanto sujeito de uma “sexualidade”, seria indispensável distinguir previamente a maneira pela qual, durante séculos, o homem ocidental fora levado a se reconhecer como sujeito de desejo.*³⁵

Durante nossas leituras e pesquisas sobre homofobia parece-nos ser impossível tratar do assunto sem recordar a assertiva de Michel Foucault no primeiro volume da *História da Sexualidade* e que se repete em diversos textos e entrevistas: a noção de que a sexualidade é um *dispositivo* ou *grade de inteligibilidade* do poder.³⁶

A homofobia, nesse sentido, nos parece um efeito simbólico e discursivo de poder desse sistema heteronormativo construído a partir da colocação do sexo em discurso, a partir da criação do que Michel Foucault identificou como *Scientia Sexualis*. Ou, nos dizeres de Vladimir Safatle, uma das mais impressionantes invenções da modernidade: “uma ciência da sexualidade, um discurso científico sobre o que devo fazer para não ter uma sexualidade patológica.”³⁷

De acordo com Jeffrey Weeks, Michel Foucault, no primeiro volume da *História da Sexualidade*, se contrapõe primeiro às correntes essencialistas que viam no sexo um domínio privilegiado do saber, alvo do descobrimento das leis da natureza que regiam

³⁵ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: Volume 2: O uso dos prazeres*. p.10-11.

³⁶ “Dispositivo se distingue, primeiramente, de episteme, que abrange as práticas não discursivas do mesmo modo que as discursivas. E definitivamente heterogêneo, incluindo “os discursos, as instituições, as disposições arquitetônicas, os regulamentos, as leis, as medidas administrativas, os enunciados científicos, as proposições filosóficas, a moralidade, a filantropia etc.” A partir desses componentes díspares, tentamos estabelecer um conjunto de relações flexíveis, reunindo-as em um único aparelho, de modo a isolar o problema histórico específico. Esse aparelho reúne poder e saber em uma grande específica de análise. Foucault define dispositivo afirmando que, quando conseguimos isolar “as estratégias das relações de força que suportam tipos de saber e vice-versa”, então temos um dispositivo. [...] Esse dispositivo é, em dúvida, uma grade de análise construída pelo historiador. São, porém, também, as próprias práticas, atuando como um aparelho, uma ferramenta, constituindo sujeitos e organizando-os.” DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. p.161.

³⁷ SAFATLE, Vladimir. *Aulas do curso: Erotismo, sexualidade e gênero*. p.2.

os corpos sexuais; depois à noção, tão corrente até os dias de hoje, da *hipótese repressiva* do sexo; e, por fim, estabelece o eixo de sua análise crítica das relações de saber-poder-prazer estabelecidas entre Ciência, Estado e Igreja em torno do sexo.³⁸

Para Michel Foucault, e outros autores que se dedicaram a análise crítica da construção da naturalidade do corpo, o que se impõe não é o simples surgimento de um novo campo de saber, mas o acontecimento de uma nova lógica de poder que teria no corpo e no sexo um eixo de atuação, que permitiria o acesso ao corpo individual e ao corpo-espécie.³⁹

Servimo-nos dele como matriz das disciplinas e como princípio das regulações. É por isso que, no século XIX, a sexualidade foi esmiuçada em cada existência, nos seus mínimos detalhes; foi desencavada nas condutas, perseguida nos sonhos, suspeitada por trás das mínimas loucuras, seguida até os primeiros anos da infância; tornou-se a chave da individualidade: ao mesmo tempo, o que permite analisá-la e o que torna possível constitui-la. Mas vemo-la também tornar-se tema de operações políticas, de intervenções econômicas (por meio e incitações ou freios à procriação), de campanhas ideológicas de moralização ou de responsabilização: é empregada como índice da força de uma sociedade, revelando tanto sua energia política como seu vigor biológico. De um polo a outro dessa tecnologia do sexo, escalona-se toda uma série de táticas diversas que combinam, em proporções variadas, o objetivo da disciplina do corpo e o da regulação das populações.⁴⁰

De acordo com Guacira Louro, é bem verdade que todo processo que culminou nessa mudança discursiva, de ordem epistemológica e política, em relação ao corpo e ao sexo, já vinha se desenrolando há um bom tempo, pelo menos, desde o século XVIII, ao largo de outras transformações:

[...] transformações políticas, culturais, sociais e econômicas articuladas ao industrialismo e à revolução burguesa, acompanhadas por uma outra visão sexual do trabalho e pela circulação de ideias de caráter feminista, foram constituindo todo um conjunto de condições para que os corpos, a sexualidade e a existência de homens e mulheres fossem significados de outro modo.⁴¹

Mas, para Michel Foucault, é o início do século XIX que representa um marco na história da sexualidade, pois daí data a emergência dessa tecnologia de poder sobre o sexo que se fundamenta inicialmente nos saberes *científicos* elaborados pela pedagogia, medicina e economia. Estes mecanismos de saber, a partir do momento em que passam a elaborar discursos de verdade sobre o sexo, retiram dos porões da Igreja

³⁸ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentalidade. p.17.

³⁹ FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade. p.286.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.159; ver também: FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População: curso no Collège de France (1977-1978) p.478.

⁴¹ LOURO, Guacira. Heteronormatividade e homofobia. p.87.

Católica a exclusividade de sua produção, permitindo assim a laicização do conhecimento.⁴²

Com essa *scientia sexualis* o Estado burguês toma para si as rédeas da vida humana, da gestão da vida humana, vida essa que é entendida com um *corpus* inserido num organismo vivo, a sociedade. Ao fomentar saberes sobre a sexualidade humana *a vida passa a ser gerida* da maneira como o Estado entender ser útil, e a medicina torna-se a herdeira legítima dos saberes e do poder da Igreja Católica sobre o corpo e tudo que lhe diz respeito.⁴³

O que temos aqui, então, é a constituição de uma nova episteme, de um outro conjunto de regras ou de formas de compreender e dar sentido ao mundo. Novos saberes, novas verdades são instituídas. Como parte desse contexto – aliás como parte especialmente importante – foram sendo construídas novas formas de representar e dar significado ao homem e à mulher, às suas relações, à sexualidade. Tais mudanças não são banais: elas são constituídas e constituintes de outras estratégias de poder. Como os novos Estados nacionais estarão agora, mais do que antes preocupados em controlar suas populações e garantir sua produtividade, seus governantes vão investir numa série de medidas voltadas para a vida: passam a disciplinar a família e a ter especial cuidado com a reprodução e as práticas sexuais. É importante prestar atenção em quem, neste contexto, tem autoridade para afirmar a verdade e quem será alvo preferencial de ação dos governos.⁴⁴

Esta nova tecnologia abandonou as antigas concepções que a Pastoral da Igreja Católica elaborou durante séculos a respeito da *carne* e do *pecado* e passou a trabalhar com algo mais amplo e complexo: o problema da *carne* dá lugar ao *organismo*, as síndromes e a patologização do indivíduo ocupam o domínio que outrora era do *pecado*. Nenhum milímetro do corpo passou despercebido nesta cruzada pela produção de um conhecimento técnico-científico sobre o sexo.⁴⁵

A ciência, baseando-se no funcionamento econômico e utilitário do corpo humano, desenvolveu um gabarito de inteligibilidade, um padrão ou sistema de normalidade, ao qual todo indivíduo seria comparado. Uma norma que possibilitaria a sujeição daquele indivíduo que pelas suas características imanentes não se conformasse ao sistema de regularidades exigido.⁴⁶

⁴² FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.127.

⁴³ FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População: curso no Collège de France (1977-1978). p.263.

⁴⁴ LOURO, Guacira. Heteronormatividade e homofobia. p.87-88.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População: curso no Collège de France (1977-1978). p.472.

⁴⁶“O aparecimento do tema ‘norma’ nesse contexto servirá para caracterizar a forma que determinados saberes assumem na modernidade. O traço distintivo de tais saberes seria justamente seu ‘caráter normativo’, pelo qual os objetos e os sujeitos neles implicados ou por eles estudados são separados em

Nesse contexto a norma se afasta de uma forma que a oferece como um princípio de distribuição de objetos e sujeitos nos campos do normal e do anormal e assume a forma de uma ação, remetendo à ideia de mecanismos e estratégias de constituição dos objetos e dos sujeitos. A norma se desubstantiva e se torna verbo. Mais pertinente do que se falar em 'norma', será falar em 'normalização'.⁴⁷

As primeiras teorias construídas nesta época acerca do sexo e de sua patologização não tinham como alvo a sociedade como um todo, não se dirigiam a qualquer sujeito, ou a qualquer grupo.⁴⁸ Esta tecnologia era orientada para um novo corpo que surgia no final do século XVIII na Europa. Seu campo de projeção foi delimitado pelo corpo da família burguesa, e teve como exigência funcional a formação de *quatro domínios estratégicos*; a histerização do corpo da mulher; a pedagogização do sexo da criança; a socialização das condutas de procriação e a psiquiatrização do prazer do perverso.⁴⁹

Uma ciência que não apenas descreve, mas que também, e principalmente, produz. Uma ciência que, de forma muito peculiar, produz seus objetos: "O que acabamos por chamar de 'sexualidade' é o produto de um sistema do conhecimento psiquiátrico que tem seu estilo muito particular de raciocínio e argumentação". Ou seja, assim o problema da sexualidade não se encontra na identificação de uma espécie de libido natural que deve se fazer sentir. O problema da sexualidade se transforma na descrição de modos de produção de corpos, histórias e identidades a partir das categorias de um discurso social fortemente normativo como a ciência.⁵⁰

Nesse sentido, Jeffrey Weeks aponta a importância crucial que a invenção da *heterossexualidade* e da *homossexualidade* (enquanto categorias, não enquanto práticas⁵¹) tem para as sociedades modernas, por indicarem mudanças mais amplas do que a mera nomeação de condutas milenarmente existentes.

O termo *homossexual* apareceu publicado em pela primeira vez em um panfleto em 1869, e a autoria foi atribuída ao austro-húngaro Karl Maria Kertbeny.⁵² De acordo com Jeffrey Weeks, o contexto no qual tal neologismo surgiu evoca o período em que, na Alemanha, alguns setores buscavam pela revogação de leis penais que puniam a prática do pecado-crime de *sodomia*.

dois campos, aqueles do normal e do anormal, do normal e do patológico." FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o Direito. p.43.

⁴⁷ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o Direito. p.60.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975). p.341.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.114-125.

⁵⁰ SAFATLE, Vladimir. Aulas do curso: Erotismo, sexualidade e gênero. p.2.

⁵¹ WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. p.467.

⁵² SPENCER, Colin. Homossexualidade: uma história. p.274.

O sodomita era considerado, até então, meramente praticante de uma ação considerada pecado e tipificada como delito em alguns países. A teologia cristã se importava mais pela caracterização de atos sexuais, tidos como *contra-natura*, do que com o sujeito causador do pecado-delito.⁵³

1.3 A invenção da homossexualidade

O homossexual foi considerado uma figura totalmente diversa, não praticava um ato particularizado, como na sodomia, que o define como objeto de saber-poder-prazer.⁵⁴ O homossexual foi visto como um conjunto de regularidades imanentes que o marcam como indivíduo e como espécie sexual,⁵⁵ um modo de vida a vir a ser assujeitado. Citando Michel Foucault, no que diz respeito ao homossexual, suas condutas sexuais, afetivas, familiares, sua biologia, sua fisiologia, sua psique, “*nada do que ele é escapa à sua sexualidade*”.⁵⁶

*A sodomia – a dos antigos direitos civil ou canônico – era um tipo de ato interdito e o autor não passava de seu sujeito jurídico. O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também, uma morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo, subjacente a todas as suas condutas, já que ele é um princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita sem pudor na sua face e no seu corpo, já que é um segredo que se trai sempre. É-lhe consubstancial, não tanto como pecado habitual, porém, como natureza singular.*⁵⁷

Para Michel Foucault, as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo entraram definitivamente no campo de projeção da ciência quando da publicação do artigo de Westphal em 1870,⁵⁸ pois esse assinalou o início das primeiras pesquisas médicas sobre as causas da homossexualidade como uma anomalia do instinto sexual.

⁵³ VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos Pecados. p.146.

⁵⁴ “O homossexual seria, a partir de então, um personagem dotado de uma trajetória particular, uma infância, um caráter e uma anatomia específicas e, quem sabe, de uma fisiologia misteriosa. A “medicalização do homossexual se oporia, assim, à antiga concepção de sodomia presente nos Direitos Civil ou canônico enquanto ato proibido pelos mandamentos divinos e pelas leis humanas.” VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos Pecados. p.144.

⁵⁵ “O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie.” FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p51.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.50.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.50.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975). p.395.

Michel Foucault sinaliza que Westphal foi possivelmente o primeiro médico a estudar o comportamento de um grupo de homossexuais numa instituição psiquiátrica, o primeiro a fazer pesquisa com seres humanos, identificar e catalogar as regularidades aparentes desta hipotética “*disfunção sexual*”.⁵⁹ A adoção do termo homossexual cumpriu, além de instituir ao objeto de estudo uma terminologia científica, também a função de absorver por completo o sujeito homossexual em sua integralidade biológica, física e psíquica.⁶⁰

Michel Foucault, ao fazer, assim, a genealogia da sexualidade, nos mostra como em determinado período histórico noções como travestismo, homossexualidade, sadomasoquismo vão sendo inventadas. Todo um processo de entomologização, de definição de características básicas, especificação de uma variedade de práticas sexuais ilegítimas, e hierarquização de condutas.⁶¹

*Nessas circunstâncias, não estou argumentando que esses recentemente definidos homossexuais fossem fruto da imaginação desses prestigiados autores. Pelo contrário, esses autores estavam tentando descrever e explicar indivíduos que encontravam através dos tribunais, de suas práticas médicas, de seus amigos ou nas suas vidas pessoais (Ulrichs e Hirschfeld, por exemplo, eram eles próprios homossexuais, Hevelock Ellis foi casado com uma autodenominada lésbica). O que afirmo, porém, é que esse novo zelo categorizador e definidor, ao redor do final do século XIX, constituiu uma mudança tão significativa na definição pública e privada da homossexualidade quanto à emergência de uma política gay e lésbica aberta e desafiadora nas cidades americanas, em fim dos anos 1960 e início dos anos 1970. Ambas representavam uma transformação crítica do que significava ser sexual. Elas simbolizavam ruptura cruciais nos significados dados à diferença sexual.*⁶²

No mesmo sentido Vladimir Safatle,

De certa forma, nós podemos dizer que não era possível ser homossexual antes de meados do século XIX. Nós podemos mesmo dizer que não havia homossexuais antes de meados do século XIX. Claro que práticas homossexuais existiram antes e sempre existirão, mas não a concepção, tão evidente para nós, de que elas, por si só, definem uma identidade social em toda sua extensão, fazendo com que o conjunto dos atos, de modos de percepção sejam atos de um homossexual, modo de perceber de um homossexual. Por exemplo, havia práticas homossexuais na Grécia antiga, mas elas não eram uma questão em si, não estávamos em um mundo no qual se classificava o comportamento de alguém a partir de suas preferências por pessoas do mesmo sexo ou do sexo oposto. A verdadeira questão definidora na Grécia era se alguém desempenhava ou não o papel de um agente passivo, se alguém era ou não

⁵⁹“Em 1870, Westphal criou e propôs a expressão ‘sentimento sexual contrário’, para designar esse desvio da sexualidade humana, afirmando tratar-se do resultado de uma doença ou estado degenerativo.” RIBEIRO, Leonídio. Criminologia. p.66.

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p.50.

⁶¹ WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.63.

⁶² WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.65.

*capaz de ser senhor de seus desejos. Daí porque alguém como Foucault dirá: “O que opunha um homem com temperança e senhor de si mesmo a outro que se consagrava aos prazeres era, do ponto de vista moral, muito mais importante do que aquilo que, entre eles, distinguia as categorias de prazeres aos quais se poderia abandonar voluntariamente”. Isto significa que, em última instância, a homossexualidade como identidade é uma invenção que só aparecerá no século XIX. Ela é uma construção produzida por uma forma de circulação do discurso psiquiátrico e médico que tem na ideia de “sexualidade” seu dispositivo principal.*⁶³

A partir do desvelamento deste momento cumpre-nos tentar perceber os efeitos desta construção e os significados (mesmo que modificados ao longo dos últimos dois séculos) que nos chegam hoje do que é homossexualidade, heterossexualidade, natural, não-natural, normal e anormal. E, ainda, quais as implicações destas significações em nossa cultura, sociedade e nas relações jurídicas.

1.4. A matriz heteronormativa

Um estudo que se prese sobre a homofobia deve, necessariamente, reconhecer a existência dessa matriz heteronormativa, que é compreendida pelos teóricos *construtivistas*⁶⁴ como dispositivo responsável por estabelecer fronteiras sexuais entre homossexuais e heterossexuais, reforçar diferenças de gênero entre homens e mulheres, desqualificando toda conduta não-heterossexual ou não correspondente ao gênero a que se pertence.

A diferença hétero/homo não é só pode constatada, mas serve, sobretudo para ordenar um regime das sexualidades, em que comportamentos heterossexuais são os únicos que merecem a qualificação de modelo sexual e de referência para qualquer outra sexualidade. Assim, nessa ordem sexual, o sexo biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento sexual específico (masculino/feminino). Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como componentes necessários do regime binário das sexualidades. A divisão dos gêneros e do desejo (hétero) sexual funcionam de preferência, como um dispositivo de reprodução da ordem social que como um dispositivo de reprodução biológica da espécie. A homofobia se torna, assim, guardiã das fronteiras sexuais (hétero/homo), quanto gênero (masculino/feminino). Eis por que os homossexuais deixaram de ser as únicas vítimas da violência homofóbica, que acaba visando, igualmente, todos aqueles

⁶³ SAFATLE, Vladimir. Aulas do curso: Erotismo, sexualidade e gênero. p.2.

⁶⁴ “A expressão ‘construcionismo social’ será usada como um termo abreviado para descrever a abordagem, historicamente orientada, que estaremos adotando, relativamente aos corpos e à sexualidade. A expressão talvez tenha um tom áspero e mecânico, mas tudo o que ela basicamente pretende fazer é argumentar que só podemos compreender as atitudes em relação ao corpo e à sexualidade em seu contexto histórico específico, explorando as condições historicamente variáveis que dão origem à importância atribuída à sexualidade num momento particular e apreendendo as várias relações de poder que modelam o que vem a ser visto como comportamento normal ou anormal, aceitável ou inaceitável.” WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.43.

*que não aderem à clássica dos gêneros: travestis, transexuais, bissexuais, mulheres heterossexuais dotadas de forte personalidade, homens heterossexuais delicados ou que manifestam grande sensibilidade.*⁶⁵

Nesse sentido, autores como Daniel Welzer-Lang,⁶⁶ Judith Butler,⁶⁷ Jeffrey Weeks,⁶⁸ Rogério Junqueira⁶⁹, Guacira Louro⁷⁰ e Daniel Borillo,⁷¹ dentre outros, influenciados pelo trabalho de Michel Foucault, partem do pressuposto de que categorias como sexo, gênero e sexualidade são dispositivos históricos de poder *produzidos discursivamente por discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais.*⁷²

As correntes construtivistas se contrapõem às concepções *essencialistas*, dominantes até bem recentemente, que compreendiam o sexo, gênero e a sexualidade como categorias *inatas*, ou seja, naturais, universais e normais. Guacira Louro recorda, ainda, que os adeptos dessa última corrente acreditam que exista uma equivalência necessária, uma espécie de alinhamento entre sexo-gênero-sexualidade, entendendo, por exemplo, que um indivíduo com genitália masculina, deve ser necessariamente visto como homem e heterossexual.⁷³

Podemos citar alguns cientistas como Tardieu, em 1858; Krafft-Ebing, em 1877; Charcot e Magnan, em 1883; Lacassagne, em 1885; Raffalovich, em 1896 enquanto principais expoentes da corrente tida como essencialista que se empenhou profundamente, entre os séculos XIX e XX, em especificar a anormalidade (seja na busca de fatores hereditários, biológicos ou psíquicos) das condutas que se opunham à naturalidade, universalidade e normalidade das condutas sexuais heterossexuais e dos ideais de feminilidade e masculinidade.⁷⁴ Ou, para dizer com Michel Foucault, corrente que fez proliferar as sexualidades heréticas e disparatadas, que forjou arduamente as noções de natural e normal com que somos sujeitos e assujeitados, cotidianamente, na relação que estabelecemos com nossos corpos, à custa daqueles que teriam passado

⁶⁵ BORILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito p.16.

⁶⁶ WELZER-LANG, Daniel. Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia p.470.

⁶⁷ BUTLER, Judith. Problemas de gênero. p.25

⁶⁸ WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.43.

⁶⁹ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia nas escolas: um problema de todos. p.17.

⁷⁰ LOURO, Guacira. Heteronormatividade e homofobia. p.89.

⁷¹ BORILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito p.16.

⁷² BUTLER, Judith. Problemas de gênero. p.25

⁷³ “Essa abordagem reduz a complexidade do mundo à suposta simplicidade imaginada de suas partes constituintes e procura explicar os indivíduos como produtos automáticos de impulsos internos.” WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.43.

⁷⁴ RIBEIRO, Leonídio. Criminologia. p.69.

despercebidos na história se o *olho do poder* não os houvesse procurado com tanto desejo e com tanta vontade de verdade estimulasse sua aparição.⁷⁵

*Diz-se que nenhuma sociedade teria sido tão recatada, que as instâncias de poder nunca teriam tido tanto cuidado em fingir ignorar o que interditavam, como se não quisessem ter nenhum ponto em comum com isso. É o inverso que aparece, pelo menos numa visão geral: nunca tantos centros de poder, jamais tanta atenção manifesta e prolixa nem tantos contatos e vínculos circulares, nunca tantos focos onde estimular a intensidade dos prazeres e a obstinação dos poderes para se disseminarem mais além.*⁷⁶

A própria (in)definição do termo *sexo* pode ser utilizada como um gabarito de inteligibilidade na percepção da mudança discursiva e dos efeitos de poder que esta vontade de saber acabou exercendo no ocidente. Vontade de verdade que é refletida, portanto, nos usos da linguagem e nas convenções que estabelecemos com nós mesmos e com os *Outros*.

Jeffrey Weeks acredita que:

*O desenvolvimento da linguagem que usamos é um indicador valioso disso: está em constante evolução. O termo “sexo”, por exemplo, significava, originalmente, simplesmente, “o resultado da divisão da humanidade no segmento feminino e no segmento masculino”. Referia-se, naturalmente, às diferenças entre homens e mulheres, mas também à forma como homens e mulheres se relacionavam. Como veremos adiante, esse relacionamento era significativamente diferente daquele que nossa cultura compreende atualmente, como dado – que homens e mulheres são fundamentalmente diferentes. No período que compreende, aproximadamente, os dois últimos séculos, “sexo” adquiriu um sentido mais preciso: ele se refere às diferenças anatômicas entre homens e mulheres, a corpos marcadamente diferenciados e ao que nos divide, e não o que nos une. Tais mudanças não são acidentais. Elas indicam uma complexa história, na qual a diferença sexual (sejamos homem ou mulher, heterossexual ou homossexual) e a atividade sexual acabaram por ser vistas como de importância social única.*⁷⁷

Para autores como Daniel Borrillo, Guacira Louro e Rogério Junqueira, a construção dessas verdades que acabam por impor a desigualdade é, inegavelmente, similar ao que acontece e tem os efeitos da construção de ideologias como as racistas, antissemitas, classistas e sexistas.

O objetivo não é a mera nomeação, mas antes a diferenciação, e aparece como práticas e discursos que tem como foco desumanizar o *Outro*, torná-lo inexoravelmente

⁷⁵ FOUCAULT, Michel; MOTTA, Manoel Barros da. Ética, sexualidade, política. p.208.

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber. p. 57.

⁷⁷ “Essa abordagem reduz a complexidade do mundo à suposta simplicidade imaginada de suas partes constituintes e procura explicar os indivíduos como produtos automáticos de impulsos internos.” WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.42.

estranho, para assim inscrevê-lo à margem de toda e qualquer sociabilidade, em regimes de exceção.⁷⁸

Nesse período histórico o sexo era considerado a fonte de todo o mal social; os altos índices de criminalidade, as doenças, o surgimento de novas síndromes e práticas sexuais consideradas anormais ou desviantes (a homossexualidade, bissexualidade, transexualidade, travestinidade, ninfomania, sadismo, masoquismo, dentre outras práticas sexuais consideradas desviantes em sociedades moralistas como a nossa), a tudo isto a ciência conferiu como responsabilidade direta de hereditariedade viciada. O indivíduo considerado anormal representaria, nesta lógica, um perigo para si e para a população, de modo que a anomalia que carrega corrompe não apenas a sua individualidade ou seu próprio corpo, mas também a sua descendência. E é deste modo que ele é capaz de contaminar o organismo populacional, pois, ao transmitir a sua anomalia aos descendentes, que transmitem aos seus, portanto, a hereditariedade degenerada, funciona como produtor de anomalias em escala industrial.⁷⁹

Para Daniel Borillo:

Essa categorização constitui uma forma de poder gerador de desigualdades. Sejam de raça ou de classe, sejam de gênero ou de sexualidade, todas as categorias têm por objeto organizar intelectualmente a divergência, naturalizando-a. Durante muito tempo, a diferença de sexos justificou o tratamento discriminatório (tutelar) das mulheres da mesma maneira que a diferença de raças legitimou a escravidão e o colonialismo. Apesar dos avanços, o problema da desigualdade está longe de ser resolvido: as mulheres continuam recebendo salários inferiores aos dos homens e assumindo as tarefas do lar e a educação dos filhos, além de exercerem suas atividades profissionais. No que se refere ao mercado de trabalho, são os indivíduos de origem africana ou magrebina os que mais encontram dificuldades em ser contratados na Europa. Na interação das diversas formas de opressão que acabamos de recordar, é possível delimitar a lógica da dominação, que consiste em fabricar diferenças para justificar a exclusão de uns e a hegemonia de outros. Disposição de um poder que vai do individual ao social, as categorias evocadas organizam um critério de acesso desigual aos recursos econômicos, políticos, sociais e/ou jurídicos.⁸⁰

Para Tomaz Tadeu da Silva, esse processo de produção simbólica e discursiva da identidade (heteronormativa) e da diferença (homossexual) revela a presença do poder de incluir/excluir, demarcar fronteiras, classificar e normalizar. A normação/nomeação, a afirmação da identidade heterossexual e marcação da diferença homossexual é indicador de posições-de-sujeito.⁸¹

⁷⁸ “Seja no âmbito do senso comum, seja revestido por uma linguagem “científica”, a distinção biológica, ou melhor, a distinção sexual, serve para compreender – e justificar – a desigualdade social.” LOURO, Guacira. Gênero, sexo e educação. p.21.

⁷⁹ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentabilidade. p.21.

⁸⁰ BORRILLO, Daniel. A Homofobia. p.31.

⁸¹ SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. p.5.

Fixar uma determinada identidade como a norma é uma das formas privilegiadas de hierarquização das identidades e das diferenças. A normalização é um dos processos mais sutis pelos quais o poder se manifesta no campo da identidade e da diferença. Normalizar significa eleger - arbitrariamente - uma identidade específica como o parâmetro em relação ao qual as outras identidades são avaliadas e hierarquizadas. Normalizar significa atribuir a essa identidade todas as características positivas possíveis, em relação às quais as outras identidades só podem ser avaliadas de forma negativa. A identidade normal é "natural", desejável, única. A força da identidade normal é tal que ela nem sequer é vista como uma identidade, mas simplesmente como a identidade. Paradoxalmente, são as outras identidades que são marcadas como tais. Numa sociedade em que impera a supremacia branca, por exemplo, "ser branco" não é considerado uma identidade étnica ou racial. Num mundo governado pela hegemonia cultural estadunidense, "étnica" é a música ou a comida dos outros países. É a sexualidade homossexual que é "sexualizada", não a heterossexual. A força homogeneizadora da identidade normal é diretamente proporcional à sua invisibilidade. Na medida em que é uma operação de diferenciação, de produção de diferença, o anormal é inteiramente constitutivo do normal. Assim como a definição da identidade depende da diferença, a definição do normal depende da definição do anormal. Aquilo que é deixado de fora é sempre parte da definição e da constituição do "dentro". A definição daquilo que é considerado aceitável, desejável, natural é inteiramente dependente da definição daquilo que é considerado abjeto, rejeitável, antinatural. A identidade hegemônica é permanentemente assombrada pelo seu Outro, sem cuja existência ela não faria sentido. Como sabemos desde o início, a diferença é parte ativa da formação da identidade.⁸²

É importante ressaltar que quando se parte das correntes construtivistas para explicar a relação da contemporaneidade com o sexo, o corpo, o gênero e a sexualidade não se está dizendo que determinadas práticas não existiam antes. Para Guacira Louro (2009), é a conotação que ganha o fator diferencial, é o olhar "autorizado" da ciência que muda o tom do entendimento em relação a tais práticas.

Não se argumenta, por exemplo, quando se diz da invenção da homossexualidade e da heterossexualidade, que antes dos séculos XIX e XX as pessoas não praticavam sexo com outras do mesmo sexo. Entretanto, compreende-se que os valores que tais práticas e identidades têm hoje em sociedades como a nossa, são profundamente marcados pela história.⁸³

Tendo sido nomeados o homossexual e a homossexualidade ou seja, o sujeito e a prática desviantes, tornava-se necessário nomear também o sujeito e a prática que lhes haviam servido como referencia. Até então, o que era 'normal' não tinha nome. Era evidente por si mesmo, onipresente e, conseqüentemente, por mais paradoxal que pareça, invisível. O que, até então, não precisava ser marcado agora tinha de ser identificado. Estabelecia-se, a partir daí, o par heterossexualidade/homossexualidade (e heterossexual/ homossexual), como oposição fundamental, decisiva e definidora de práticas e sujeitos. Entendia-se o primeiro elemento como primordial e o segundo como subordinado, numa posição que, segundo teóricos contemporâneos, encontra-se onipresente na sociedade, marcando saberes,

⁸² SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. p.3.

⁸³ WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. p.63.

*instituições, práticas, valores. Consolidava-se um marco, uma referência-mestra para a construção dos sujeitos.*⁸⁴

Guacira Louro, ao analisar a celebre pergunta de Michel Foucault no prefácio do Diário de Herculine Barbin: *“precisamos verdadeiramente de um verdadeiro sexo?”*⁸⁵, ressalta que o que o filósofo elucida não é só que o sexo é uma categoria importante nas sociedades Ocidentais, mas que constituiu e constitui uma questão perturbadora e decisiva.

Fato é que, para a autora, em um dado momento, circunstâncias perpassadas por relações de poder propiciaram que em relação ao sexo fossem construídas narrativas de vida verdadeiras e narrativas falsas, e tais narrativas nos chegam e somos a elas submetidas.⁸⁶

*É claro que é mais fácil assumir uma postura crítica em relação ao passado. É provável que possamos entender que determinadas estratégias e tecnologias de poder estão articuladas na constituição dos “discursos científicos” antigos; por exemplo, discursos que “comprovam” que tais e tais sujeitos ou que tais e tais práticas eram sadios ou doentes, positivos ou negativos. Foi e é assim que se produziram e se produzem discursos jurídicos, religiosos, educativos, psicológicos que mostram ou tornam evidente os sujeitos e as práticas que são bons ou que são maus, integrados ou desintegrados, produtivos ou prejudiciais para o conjunto da sociedade. Determinadas relações e estratégias de poder sustentam-se através desses saberes e “verdades”; elas precisam desses discursos para se tornar evidentes o que, paradoxalmente, faz com que relações de poder se tornem invisíveis. Não há como negar (e todos podemos lembrar de situações para comprovar isso) que quanto menos for notada ou quanto mais for invisível uma relação de poder mais ela será eficiente.*⁸⁷

Nesse sentido, o sociólogo Alípio de Souza Filho, relembra que as teorias psicológicas e biodeterministas que buscaram, ao longo dos últimos dois séculos, descobrir as causas da homossexualidade, são responsáveis por desenvolver um *verdadeiro senso comum social* sobre as homossexualidades.⁸⁸

⁸⁴ LOURO, Guacira. Heteronormatividade e homofobia. p.89.

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. MOTTA, Manoel Barros da. Ética, sexualidade, política. p.82.

⁸⁶ No mesmo sentido entendem Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado: Em nossa sociedade, a não heterossexualidade foi gravemente condenada pelo discurso religioso e medicocientífico, legitimou instituições e práticas sociais baseadas em um conjunto de valores heteronormativos, os quais levaram à discriminação negativa e à punição de diversos comportamentos sexuais.”. PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade. p.12.

⁸⁷ LOURO, Guacira. Heteronormatividade e homofobia. p.86.

⁸⁸ SOUZA FILHO, Alípio de. Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. p.98.

Alípio de Souza Filho afirma que a homofobia funciona como um “*dispositivo de domesticação do imaginário de nossas sociedades*”⁸⁹ a respeito das homossexualidades, marcando-as em regimes de exceção como desvio ou inversão e que teve como efeito uma busca incessante pelas causas específicas de uma anomalia.

*Mas a manutenção dessas posições hierarquizadas não acontece sem um investimento continuado e repetitivo. Para garantir o privilégio da heterossexualidade – seu status de normalidade, o que ainda é mais forte, seu caráter de naturalidade – são engendradas múltiplas estratégias nas mais distintas (na família, na escola, na igreja, na medicina, na mídia, na lei). Através de estratégias e táticas aparentes ou sutis reafirma-se o princípio de que os seres humanos nascem como macho ou fêmea e que seu sexo – definido sem hesitação em uma destas duas categorias – vai indicar um de dois gêneros possíveis – masculino ou feminino – e conduzirá a uma única forma normal de desejo, que é o desejo pelo sujeito de sexo/ gênero oposto ao seu.*⁹⁰

Guacira Louro e Rogério Junqueira, sustentam que é esse alinhamento entre sexo-gênero-sexualidade que dá sustentação ao processo de heteronormatividade:

*Nós estamos claramente em presença de um modelo político de gestão de corpos e desejos. E os homens que querem viver sexualidades não-heterocentradas são estigmatizados como não sendo homens normais, acusados de serem “passivos”, e ameaçados de serem associados a mulheres e tratados como elas. Pois se trata bem disto, ser homem corresponde ao fato de ser ativo. E não foi por acaso que encontramos os estupradores de homens, pois ativos e penetrantes não vivem como homossexuais. Michäel Pollack menciona o mesmo na obra *les homossexuels et le sida*. Ele evoca “a hierarquia tradicionalmente estabelecida [...] entre o “fodido” e o “fodedor”, o primeiro sendo recriminado socialmente pois ele transgride a ordem “natural” das coisas, organizada segundo a dualidade feminino (dominação) e masculino (dominante). De forma que em algumas culturas, só é considerado um “verdadeiro veado” aquele que se deixa penetrar e não aquele que “penetra”.*”⁹¹

Concordamos com Rogério Junqueira, que não nos cabe questionar a legitimidade daqueles que buscam questionar o porquê das coisas e usam a ciência como instrumento de aferição, mas é interessante que essa incessante busca pelas causas e o funcionamento da homossexualidade teve como fruto mais de setenta diferentes teorias, já o descobrimento das causas da heterossexualidade não mereceu tamanha dedicação. Para o autor, a homofobia encontra assim formas laicas e não-religiosas de permanecer em circulação.

Vemos, com Alípio de Souza Filho, que:

⁸⁹ SOUZA FILHO, Alípio de. Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. p.98.

⁹⁰ SOUZA FILHO, Alípio de. Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. p.97.

⁹¹ WELZER-LANG, Daniel. Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia p.470.

Ora, a questão que não aparece aí é que, como a priori o preconceito sobre a homossexualidade já são, de antemão, encaradas como determinações de um “problema”, de uma “inversão”, de um “desvio”, de uma “perversão”, isto é, de uma escolha não conforme a ideologia da “normalidade”. Simples é ver que o preconceito age em círculo: como a homossexualidade é a priori encarada como “inversão”, “desvio”, “anormalidade”, “perversão” etc., suas supostas “determinações” não são compreendidas como determinações de uma escolha objetiva normal e saudável (uma escolha entre outras, supostamente quando haveria uma compreensão sem juízo de valor), mas, diferentemente, como “causa” de um “problema”, de um “desvio” no âmbito da sexualidade dos indivíduos. Até aqui, de todo modo, é o que se pode depreender do discurso de muitos nos diversos modelos teóricos das psicologias, na pedagogia, e mesmo nas ciências sociais.⁹²

Nesse diapasão, Rogério Junqueira aponta que estes estudos sobre as origens da homossexualidade devem ser vistos, principalmente, como indicadores de que a homossexualidade ainda é pensada como algo que deve explicações à ciência. A heterossexualidade, no entanto, não precisa dar explicações, a heterossexualidade não deve nada a ninguém, é algo dado como universal, natural, normal.

Para Alípio Souza Filho os movimentos LGBT, feministas e de contracultura são os principais responsáveis por iniciar e fortalecer a desconstrução do discurso hegemônico da heterossexualidade, que sempre foi vista, histórica e juridicamente, como inata, natural, universal e normal e que aponta àqueles sujeitos que não aderem à identidade de gênero e de orientação sexual hegemônica como indivíduos desviados, imorais, doentes e pecadores.

Estamos chamando de discurso hegemônico aquele discurso capaz de criar formas e práticas de consentimento, de modo a transformar uma experiência particular (neste caso a experiência homossexual burguesa) em pretensamente universal, inferiorizando ou invisibilizando quaisquer outras possibilidades da experiência social. Barret esclarece que a melhor maneira de entender a hegemonia é como a organização do consentimento: os processos pelos quais se constroem formas subordinadas de consciência, sem recurso a violência ou à coerção. As práticas sociais baseadas na heteronormatividade construíram-se, ao longo da história ocidental, em processos capazes da construção e subordinação de outras práticas sexuais e sociais. O que significa não a exclusão das homossexualidades do cenário social, mas sim a sua subalternidade no interior de processos hegemônicos.⁹³

Do ponto de vista do referido autor, foi à luta inquebrantável dos movimentos sociais, em diversos países, questionando as raízes da homofobia e de seus efeitos danosos à sociedade, que tornou possível à pessoa LGBT, outrora vista como sujeito

⁹² SOUZA FILHO, Alípio de. Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. p.97.

⁹³ PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade. p.14.

pecador, criminoso e anormal, vir se transformando em um “sujeito político e sujeito de desejos”.⁹⁴

A recente preocupação com a hostilidade contra gays e lésbicas modifica a maneira como a questão havia sido problematizada até aqui: em vez de se dedicar ao estudo do comportamento homossexual, tratado no passado como desviante, a atenção fixa-se, daqui em diante, nas razões que levaram a atribuir tal qualificativo a essa forma de sexualidade. De modo que o deslocamento do objeto de análise para a homofobia produz uma mudança tanto epistemológica quanto política: epistemológica porque se trata não tanto de conhecer ou compreender a origem e o funcionamento da homossexualidade, mas de analisar a hostilidade desencadeada por essa forma específica de orientação sexual; e política porque deixa de ser a questão homossexual (afinal de contas, banal do ponto de vista institucional), mas precisamente a questão homofóbica que, a partir de agora merece uma problematização específica.⁹⁵

Nesse sentido, compreendemos que a homofobia é expressa pela institucionalização da heterossexualidade como norma social, política, econômica e jurídica e que necessariamente afeta qualquer sujeito, independente de sua orientação sexual. Heterossexuais e todos os não-heterossexuais são instados a todo instante a reafirmar a matriz heteronormativa – as normas de orientação sexual e identidade de gênero.

⁹⁴ SOUZA FILHO, Alípio de. “Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude” p.102.

⁹⁵ BORILLO, Daniel. Homofobia: História e crítica de um preconceito. p.21.

2. CARTOGRAFIA DO ÓDIO HOMOFÓBICO

O brasileiro James Green, em seu trabalho sobre a história das relações homossexuais nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo no século XX, relata que a aparente liberalidade com que o povo brasileiro trata sua sexualidade transmite ao observador estrangeiro a ideia de que no Brasil, em relação ao sexo, tudo é permitido.⁹⁶

Para o pesquisador, o principal propagador desta imagem é o *Carnaval* brasileiro com sua atmosfera de alegria, sensualidade e liberdade sexual, que traz para o Brasil todos os anos milhares de estrangeiros buscando a permissividade sexual que aparentemente este país regala a seus cidadãos. Esta aparente liberalidade é refletida na escolha, em 2011 e 2012⁹⁷, do Rio de Janeiro como o melhor destino gay do mundo pela *MTV*, rede de televisão dos Estados Unidos da América, em parceria com um sítio da internet, *TripOut Gay Travel Awards*.⁹⁸

A cidade do Rio de Janeiro disputou com Buenos Aires, Barcelona, Londres, Montreal e Sydney o título de melhor destino gay do mundo, em 2011. A então presidente da Embratur, Jeanine Pires, declarou à época da primeira votação que o Rio de Janeiro é “*mundialmente conhecido por acolher diferentes tribos, manifestações culturais, concepções religiosas e orientações sexuais*”.⁹⁹

De acordo com o *Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE) realizado no ano de 2010, cerca de 60.002 brasileiros e brasileiras estão em coabitação com parceiro do mesmo sexo. Entretanto, apesar de o Censo de 2010 tratar da coabitação, ainda não existem perguntas específicas em relação à orientação sexual ou à identidade de gênero no *Censo Demográfico* ou na *Pesquisa Nacional Por Amostragem de Domicílios*.¹⁰⁰

Para James Green, a prática da homofobia está de tal modo arraigada nas micro-relações de poder que, assim como acontece no caso de discursos e práticas racistas, a contradição entre discriminação e permissividade são capazes de enganar o pesquisador, ao ponto de se acreditar que “*ao sul do equador não existe pecado*”¹⁰¹ ou discriminação.

⁹⁶ GREEN, James N. Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX p.25.

⁹⁷ O GLOBO. 'NY Times' elege Rio como melhor destino para visitar em 2013.

⁹⁸ O GLOBO. Rio é eleito o melhor destino gay do mundo entre seis cidades.

⁹⁹ O GLOBO. Rio é eleito o melhor destino gay do mundo entre seis cidades.

¹⁰⁰ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica. p.11.

¹⁰¹ GREEN, James N. Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX p.25.

*Para muitos observadores estrangeiros, de Buenos Aires a São Francisco e Paris, essas imagens variadas dos homossexuais brasileiros, extrovertidos e licenciosos, que expressam a sensualidade, a sexualidade ou a atitude camp durante o carnaval, acabaram sendo confundidas com uma suposta tolerância da homossexualidade e da bissexualidade nesse país. A permissividade aberta do carnaval, assim diz o estereótipo, simboliza um regime sexual e social que aceita a ambiguidade sexual sem restrições, incluindo a sexualidade do homem em relação ao homem.*¹⁰²

O estereótipo de permissividade e tolerância em relação ao sexo é logo rechaçado pela realidade vivida pelos cidadãos LGBT neste país de extensão continental. Os processos de segregação que normalmente acometem esses sujeitos se dão desde muito cedo, normalmente dentro dos ambientes familiar, escolar e de trabalho.

As pessoas LGBT além de sofrerem um forte rechaço social, que pode ser percebido no simples gesto de irem à padaria e de serem alvos de olhares preconceituosos, estão sujeitas cotidianamente a agressões físicas e verbais.

*Apesar de ser um evento único que encerra uma escalada de violações, o homicídio é apenas uma das violências entre uma constelação de outras consideradas “menores”, como discriminações e agressões verbais e físicas dos mais variados tipos. Discriminações são violências cometidas contra indivíduos por motivos diversos, possuem um forte componente de violência simbólica, e podem ser exercidas também pelo poder das palavras que negam, oprimem ou destroem psicologicamente o outro. Nesse sentido, é notável o poder do preconceito sofrido, que infere não apenas na conformação das identidades individuais, mas também no delineamento de possibilidades de existência e trajetória de vida da população LGBT na sociedade brasileira.*¹⁰³

O Grupo Gay da Bahia (GGB), documentou tais padrões de violência, em 2013, revelando que naquele ano houve 336 pessoas LGBT vítimas de homicídio, no Brasil. Desses, 128 foram cometidos contra pessoas trans, número esse que pode ser ainda maior em razão das subnotificações a respeito da identidade de gênero das vítimas. O *modus operandi* de tais crimes evidencia alto nível de crueldade para com o corpo da vítima, antes e depois da morte, por meio de inúmeros disparos de armas de fogo ou cortes e perfurações e, ainda, mutilações, esquarteramentos e empalamentos. Só em janeiro de 2014, 42 homicídios de LGBT já foram relatados, um homicídio a cada 18 horas.¹⁰⁴

¹⁰² GREEN, James N. Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX p23; e TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade;

¹⁰³ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica. p.11.

¹⁰⁴ GRUPO GAY DA BAHIA. Relatório 2012: Assassinatos de homossexuais (LGBT) no Brasil.

Os gays lideram os “homicídios”: 186 (59%), seguidos de 108 travestis (35%), 14 lésbicas (4%), 2 bissexuais (1%) e 2 heterossexuais. Nessa lista foram incluídos 10 suicidas gays que tiveram como motivo de seu desespero não suportar a pressão homofóbica, como aconteceu com um gay de 16 anos, de São Luís, que se enforcou dentro do apartamento “por que seus pais não aceitavam sua condição homossexual.”¹⁰⁵

Como relata James Green, a maior parte dos homicídios de pessoas LGBT são marcados por atos de extrema violência, característicos de crimes de ódio:

O caso que exemplifica de forma mais dramática a violência contra homossexuais no Brasil envolveu o assassinato de Renildo José dos Santos, vereador do município de Coqueiro Seco, no Estado de Alagoas. Em 2 de fevereiro de 1993, a câmara municipal aplicou-lhe uma suspensão de suas atividades por trinta dias porque ele havia declarado num programa de rádio que era bissexual. Ele foi acusado de “praticar atos incompatíveis com o decoro parlamentar”. Quando terminou o período de suspensão, ele não foi readmitido e teve que pleitear a ordem de um juiz para que pudesse reassumir o posto na câmara. No dia seguinte, ele foi sequestrado. Seu corpo foi encontrado em 16 de março. Seus braços e a cabeça haviam sido amputados e o cadáver queimado. Apesar de cinco homens terem sido presos nesse caso, incluindo o prefeito da cidade, eles foram inocentados de qualquer envolvimento no assassinato. Ninguém foi punido por esse crime.¹⁰⁶

Buscando cobrir um vácuo histórico, a *Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)*, lançou no ano de 2012, pela primeira vez no país, um relatório com dados oficiais das denúncias sobre a violência homofóbica no Brasil. O relatório foi desenvolvido pela *Coordenação de Promoção dos Direitos LGBT*, e tem como fontes os serviços prestados, no ano de 2011, pelo *Disque 100* da própria SDH, o *Ligue 180* da *Secretaria de Políticas para as Mulheres*, e a *Ouvidoria do Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde*.

As violações dos direitos humanos relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, que vitimizam fundamentalmente a população LGBT, constituem um padrão que envolve diferentes espécies de abusos e discriminações e costumam ser agravadas por outras formas de violências, ódio e exclusão, baseadas em aspectos como idade, religião, raça/cor, deficiência e situação socioeconômica. Essa superposição de vitimizações exacerba a vulnerabilidade de grupos sociais, cuja discriminação é intensificada quando ao racismo, sexismo, pobreza ou credo agrega-se orientação sexual e/ou identidade de gênero estigmatizadas.¹⁰⁷

De acordo com o *2º Relatório Sobre Violência Homofóbica*, lançado em 2013, o número de denúncias aumentou 166% em relação ao ano anterior, subindo de 1.159 para 3.084 atendimentos. O número de violações também aumentou de 6.809 para

¹⁰⁵ GRUPO GAY DA BAHIA. Relatório 2012: Assassinatos de homossexuais (LGBT) no Brasil.

¹⁰⁶ GREEN, James N. Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX p.25.

¹⁰⁷ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica. p.11.

9.982, um aumento de 46,6% em apenas um ano. Importante ressaltar, conforme informa a SDH/PR, que em uma única ligação pode haver mais de um tipo de denúncia de violação, como se vê na figura 1.¹⁰⁸

	2011	2012	% de Aumento
Denúncias	1.159	3.084	166,09
Violações	6.809	9.982	46,6%
Vítimas	1.713	4.851	183,19%
Suspeitos	2.275	4.784	110,29%
Média- Violação/Vítima	3,97	3,23	

Figura 1

Fonte: BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica.

2.1 Da construção da identidade à morte política

Dentre os vários processos de exclusão e morte política, que a pessoa LGBT sofre durante a vida, talvez aquele que seja o definidor da identidade e que dá início à trajetória política destes sujeitos se dê nos espaços familiar e escolar. Aos primeiros sinais de um possível desvio em relação à norma heterossexual as crianças que manifestam traços não condizentes com a orientação sexual ou identidade de gênero esperadas começam a sofrer um processo de rejeição tanto por parte da família, que muitas vezes as expulsam de seus lares, quanto por parte dos professores e dos colegas que acabam os expulsando do espaço escolar.

Para o sociólogo Rogério Junqueira, a *pedagogia do insulto* é a primeira forma de subjugação e dominação que o sujeito LGBT vivencia e que é marcante em sua trajetória de vida. Essa *pedagogia do insulto* é muitas vezes invisibilizada, quando não estimulada pelos próprios pais e professores:

Tratamentos preconceituosos, medidas discriminatórias, ofensas, constrangimentos, ameaças e agressões físicas ou verbais têm sido uma constante na vida escolar e profissional de jovens e adultos LGBT. Essas pessoas veem-se desde cedo às voltas com uma “pedagogia do insulto”, constituída de piadas, brincadeiras, jogos, apelidos, insinuações, expressões desqualificantes – poderosos mecanismos de silenciamento e de dominação simbólica. Por meio dessa pedagogia, estudantes aprendem a “mover as alavancas sociais da hostilidade contra [a homossexualidade] antes mesmo de terem a mais vaga noção quanto ao que elas se referem”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. 2º Relatório Sobre Violência Homofóbica. p.10.

¹⁰⁹ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia nas escolas: um problema de todos. p.17.

No que tange à percepção do preconceito em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, Rogério Junqueira, recorda que a pesquisa realizada pela UNESCO com 5 mil professores da rede pública e privada, em todo território nacional, no ano de 2002, intitulada *Perfil dos Professores Brasileiros*,¹¹⁰ revelou que para 59,7% dos entrevistados é inadmissível que uma pessoa possa ter relações homossexuais e que 21,2% não gostariam de ter vizinhos homossexuais.¹¹¹

No ano de 2004, a mesma organização realizou pesquisa semelhante em escolas da rede pública e privada, no Distrito Federal e em 13 capitais, revelando, de acordo com Rogério Junqueira, que:

- *o percentual de professores/as que declaram não saber como abordar os temas relativos à homossexualidade em sala de aula vai de 30,5% em Belém a 47,9% em Vitória;*
- *acreditam ser a homossexualidade uma doença cerca de 12% de professores/ as em Belém, Recife e Salvador, entre 14 e 17% em Brasília, Maëó , Porto Alegre, Rio de Janeiro e Goiânia e mais de 20% em Manaus e Fortaleza;*
- *não gostariam de ter colegas de classe homossexuais 33,5% dos estudantes de sexo masculino de Belém, entre 40 e pouco mais de 42% no Rio de Janeiro, em Recife, São Paulo, Goiânia, Porto Alegre e Fortaleza e mais de 44% em Maëó e Vitória;*
- *pais de estudantes de sexo masculino que não gostariam que homossexuais fossem colegas de seus filhos: 17,4% no Distrito Federal, entre 35% e 39% em São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador, 47,9% em Belém, e entre 99 a 60% em Fortaleza e Recife;*
- *estudantes masculinos apontaram “bater em homossexuais” como o menos grave dos seis exemplos de uma lista de ações violentas.*¹¹²

O relatório da *Pesquisa Política, Direitos, Violência e Homossexualidade*, realizada durante a 9ª Parada do Orgulho LGBT de São Paulo, no ano de 2005, revelou que 72,1% dos LGBTs entrevistados já sofreram algum tipo de discriminação entre as modalidades previstas no questionário (emprego; comércio; sistema de saúde; escola ou faculdade; ambiente familiar; entre amigos e vizinhos; ambiente religioso; ao doar sangue; em delegacias).¹¹³ A pesquisa informa ainda que 67,5% dos entrevistados já teriam sido vítimas de algum tipo de violência física ou verbal.¹¹⁴

¹¹⁰ UNESCO, Office Brasília. O Perfil dos professores brasileiros: o que fazem, o que pensam, o que almejam.

¹¹¹ JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia nas escolas: um problema de todos. p.17.

¹¹² JUNQUEIRA, Rogério. Homofobia nas escolas: um problema de todos. p.18.

¹¹³ CARRARA, Sergio. Política, direitos, violência e homossexualidade. Pesquisa. 9ª Parada do Orgulho GLBT. p.40.

¹¹⁴ CARRARA, Sergio. Política, direitos, violência e homossexualidade. Pesquisa. 9ª Parada do Orgulho GLBT. p.40-41.

A *fundação Perseu Abramo* em parceria com o instituto alemão *Rosa Luxemburgo* divulgou, no primeiro semestre de 2009, parte da pesquisa *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, Intolerância e respeito às diferenças sexuais* realizada em 150 municípios, distribuídos nas cinco macrorregiões do Brasil. De acordo com esta pesquisa cerca de 92% da população brasileira acreditam existir preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. No entanto, apenas 27% dos entrevistados declararam possuir algum tipo de preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.¹¹⁵

De acordo com sociólogo Gustavo Venturi¹¹⁶, sintomática é a comparação dos resultados obtidos pela pesquisa sobre *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, Intolerância e respeito às diferenças sexuais* com aqueles da pesquisa *Discriminação racial e preconceito de cor no Brasil*, também realizada Fundação Perseu Abramo, em 2003. Nesta, 90% dos entrevistados reconheciam a existência de racismo no Brasil. Em perguntas feitas levando em consideração a interação social para estabelecer uma escala de preconceito velado, 74% dos entrevistados manifestaram algum grau de preconceito racial e apenas 4% assumiram ter preconceito contra negros.¹¹⁷

Para Fabiano Silveira, *a acusação de racismo pesa como nódoa desonrosa*.¹¹⁸ Tal constatação pode ser inferida e estendida à homofobia por meio da análise dos dados obtidos pela Fundação Perseu Abramo, quais sejam, que quase a totalidade dos brasileiros reconhece a existência do racismo e da homofobia e, contudo, não se percebem como intolerantes, mesmo quando endossam discursos que legitimam uma hipotética inferioridade de todo aquele que não se adequa à norma, seja a do racismo seja a da heterossexismo.

Fabiano Silveira aponta, ainda, que a coexistência entre sentimentos intolerantes e a sua negação desvela um estado de contradição absoluta, sendo impossível a alegação categórica de não ser intolerante¹¹⁹ quando da repetição de discursos e práticas de sujeição do outro. Tal contradição é percebida na ideia veiculada pelo senso comum de

¹¹⁵ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*.

¹¹⁶ VENTURI, Gustavo. *Da construção dos dados à cultura da intolerância às diferenças*. p.176.

¹¹⁷ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais*.

¹¹⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*. p.34.

¹¹⁹ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*. p.34.

que não é possível ser racista ou homofóbico pelo simples fato de ter amigos, parentes ou conviver com colegas de trabalho negros e/ou LGBT.

A realidade é descoberta aos poucos, pela acumulação de contradições que não afetam o equilíbrio nem as orientações de comportamento das pessoas. Perguntas como – levaria um ‘preto’ à sua casa; aceitaria um ‘preto’ como chefe; deixaria uma filha (ou irmã) casar-se com um ‘preto’, etc. – conduzem à explicitação das inconsistências, em regra percebidas rapidamente pelos entrevistados e recebidas com bom humor. ‘É. Desse lado está certo. Nós temos preconceito mesmo. Mas, o que se vai fazer?’ Arranjos dessa ordem traduzem certa organização da personalidade, do comportamento e da concepção do mundo. Não se trata de leviandade nem de irresponsabilidade, mas de um padrão sociocultural, que confere aos indivíduos certo relativismo e segurança para superar conflitos insolúveis entre os padrões ideais da cultura e os procedimentos sancionados convenientemente pela prática.¹²⁰

A dimensão dessa acumulação de contradições a qual Fabiano Silveira se refere pode ser inferida da análise comparativa entre os dados das pesquisas feitas pela Fundação Perseu Abramo sobre discriminação: 70% dos entrevistados responderam que a homofobia é um problema exclusivamente pessoal e que não cabe ao Estado se ocupar do combate a esta forma de discriminação. No que diz respeito ao racismo, a pesquisa de 2003 revela que apenas 36% consideraram que cabia ao Estado o combate ao racismo e 49% reputaram que o racismo é um problema pessoal que deveria ser resolvido entre os envolvidos, apenas.¹²¹

De acordo com o trabalho desenvolvido por Fabiano Silveira acerca da criminalização do racismo, a atitude de reputar o discurso de preconceito e discriminação como questões pessoais e defender que sua erradicação não é de responsabilidade do Estado representa mecanismos sofisticados de negação e suavização da discriminação e do preconceito, que constituem uma complexa rede de discursos por meio da qual tais questões são retiradas do debate social, político e jurídico.¹²²

Esses mecanismos de negação e suavização expressam de maneira velada o próprio preconceito e acabam se imiscuindo de tal forma nas relações interpessoais que mitos como o da *tolerância sexual* – em comparação com o racismo e o *mito da democracia racial* – são legitimados e reiterados a todo o instante pelo senso comum.

¹²⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.34.

¹²¹ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Diversidade Sexual e Homofobia: Intolerância e respeito às diferenças sexuais.

¹²² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.35.

Fábula e mito são palavras etimologicamente vizinhas: expressam uma narração irrealística, recorrente e poderosa no imaginário coletivo. Assim é a percepção suavizante das relações inter-raciais que se fertilizou na saga da casa-grande ao sobrado, da senzala ao mucambo. Tem-se, pois, uma espécie de senha universal da cultura brasileira (sincretismo) e de suas arrumações sociopolíticas (democracia racial). Uma percepção que permite enxergar a complexidade da realidade social brasileira uma 'totalidade integrada' (Roberto da Matta) ou no quadro de injustiça social que aflige a comunidade afrodescendente uma 'transitoriedade' (Florestan Fernandes), perdendo-se de vista, contudo, a conflitualidade imanente ao estigma racial – que preside o mercado de trabalho, o mercado matrimonial e os contatos com a polícia, 'áreas duras', na expressão de Lívio Sansone – e a percepção do negro, como coletividade, na base da pirâmide social, excetuando-se casos de ascensão individual e intermitente.¹²³

Esses mitos, esses discursos de esvaziamento político, tendem a minimizar as lutas e conquistas de movimentos sociais e, para a pesquisadora Karin Smigay, representam um dos grandes empecilhos para a solução de tais conflitos, pois inviabilizam a discussão e o enfrentamento destes problemas pela sociedade.¹²⁴

2.1.1. A especificidade da transfobia

A garantia de direitos civis às pessoas transexuais e travestis depende, necessariamente, no Brasil, de pareceres médicos e jurídicos, seja para permissão do direito de fazer a cirurgia transsexualizadora ou para utilizar documentos de identidade civil com o nome condizente ao gênero apresentado socialmente.

As intervenções cirúrgicas transsexualizadoras, por exemplo, não são consideradas questões de cunho privado, como no caso de cirurgias plásticas meramente estéticas a que muitas pessoas se submetem cotidianamente e que, ao contrário das pessoas trans, não precisam passar por uma junta composta por médicos, assistentes sociais e psicólogos.

Importante ressaltar que enquanto o “homossexualismo” deixou de ser considerado uma doença, “desvio e transtorno sexual” em 1993, quando foi retirado do *Catálogo Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde* (OMS) e hoje a homossexualidade, considerada ao lado da heterossexualidade e da bissexualidade uma

¹²³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.27-28.

¹²⁴ SMIGAY, Karin Ellen Von. Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política.

orientação sexual válida,¹²⁵ a transexualidade e travestinidade ainda figuram no *Catálogo Internacional de Doenças* (CID-10) da Organização Mundial de Saúde¹²⁶ e no *Manual de Diagnósticos e Estatísticos de Transtornos Mentais* (DSM-V):

*Disforia de gênero (239): 302.6 (F64.2) Disforia de Gênero em Crianças. Especificar se: Com um distúrbio do desenvolvimento sexual.; 302,6 (F64.1) degenerou disforia em adolescentes e adultos. Especificar se: Com um transtorno do desenvolvimento sexual. Especificar se: pós-transição Nota: Código do distúrbio do desenvolvimento sexual se presente, além de disforia de gênero; 302,6 (F64.8). Outra disforia de gênero especificado (241); 302,6 (F64.9). Disforia de gênero não especificado (242).*¹²⁷

Inúmeras críticas são feitas por pessoas que militam em favor dos direitos das pessoas transexuais e travestis acerca da suposta necessidade de que a *nova identidade* construída por esses sujeitos passe pelo crivo de um cientista, seja esse um médico ou um jurista, para que se defina, então, a “*verdadeira identidade*” do sujeito.¹²⁸

Por conseguinte, destacam que o próprio processo de assunção de uma nova identidade de gênero importa em discursos e práticas de preconceito e discriminação. O atual procedimento de diagnóstico médico da transexualidade, por exemplo, envolve uma equipe multidisciplinar, composta por clínico-geral, psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social que definem se o sujeito está ou não apto a redesignação:

Os critérios normativos atuais de seleção dos pacientes para o processo transexualizador são: a) avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social; b) a conclusão do diagnóstico médico de transexualismo após no mínimo dois anos de

¹²⁵ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p.383.

¹²⁶ “A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10) apresenta os códigos e a tipificação da doença que devem estar presentes em todos os diagnósticos para que tenham validade legal. O “transexualismo”, por exemplo, é definido como “transtornos da identidade sexual (F64.0)”. Além “do transexualismo”, há o “travestismo bivalente (F64.1), o transtorno de identidade sexual na infância (F64.2), outros transtornos da identidade sexual (F64.8), o transtorno não especificado da identidade sexual (F64.9)”, ou seja, eliminou-se, em 1973, o “homossexualismo” do DSM e, em 1975, do CID-10, mas o que assistimos em seguida foi a uma verdadeira proliferação de novas categorias médicas que seguem patologizando comportamentos a partir do pressuposto heteronormativo, que exige uma linearidade sem fissuras entre sexo genital, gênero, desejo e práticas sexuais.” BENTO, Berenice. PELUCIO, Larissa. Despatologização do Gênero: A politização das identidades abjetas. p.573.

¹²⁷ No original: “Disforia de gênero (239): **302.6 (F64.2)** Disforia de gênero en niños/ Especificar si: Con un trastorno de desarrollo sexual **302.6 (F64.1)** Disforia de género en adolescentes y adultos. Especificar si: Con un trastorno de desarrollo sexual Especificar si: Postransición Nota: Codificar el trastorno de desarrollo sexual si está presente, además de la disforia de género. **302.6 (F64.8)**. Otra disforia de género especificada (241) **302.6 (F64.9)**. Disforia de género no especificada (242).” ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5.

¹²⁸ VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual p.85.

acompanhamento conjunto; c) que o paciente seja maior de 21 anos; e d) que possua características físicas apropriadas para a cirurgia. O protocolo terapêutico é dividido em uma fase de diagnóstico, seguida das intervenções da equipe de saúde propriamente ditas, que abrange psicoterapia, terapia hormonal, cirurgias e acompanhamento pós-cirúrgico. Os critérios para o diagnóstico são: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de outros transtornos mentais ou anomalias sexuais de base orgânica. A equipe de saúde está autorizada a realizar todas as intervenções necessárias para o alcance de um melhor resultado do tratamento e padrão estético compatível com o sexo desejado pela pessoa, como, por exemplo, as cirurgias de fonocirurgia, mamoplastia, mastectomia, histerectomia, dentre outras, desde que atendidos os critérios mínimos estabelecidos na norma vigente. Em linhas gerais, o consenso clínico atual para o tratamento do transexualismo mantém o tripé psicoterapia/tratamento hormonal/ cirurgia de “redesignação sexual”.¹²⁹

As críticas são no sentido de que todo o processo transexualizador parte do pressuposto de que aquele que nasce com um sexo e que em algum momento da vida decide mudar de sexo, é portador de um transtorno mental e que para *corrigir* este desvio deve passar por intervenções, cirúrgicas ou psiquiátricas de modo a se enquadrar no padrão heteronormativo.¹³⁰

Nesse sentido, no intuito de obter alteração da identidade social e civil para que condigam ou se adequem à sua aparência, muitas pessoas transexuais e travestis precisam recorrer ao judiciário para modificações em seus registros civis, tendo em vista a inexistência, no Brasil, de norma que regularize tal situação.¹³¹

A possibilidade de realizar essas alterações vem sendo viabilizada por meio de requerimento judicial individual, e a decisão judicial é estabelecida a partir da interpretação da lei geral civil brasileira, aplicada às circunstâncias concretas e individuais de cada requerente. A lei civil brasileira assegura a toda pessoa o direito a um nome (prenome e sobrenome), protegendo-o contra qualquer exposição que possa causar “desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória”; reconhece o direito de adotar-se um pseudônimo para fins lícitos, por exemplo, o uso de um nome feminino ou masculino por transexuais para evitar

¹²⁹ VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. p.89.

¹³⁰ “A situação atual é que, apesar do reconhecimento jurídico do direito da pessoa transexual ao acesso às modificações corporais e alteração da sua identidade sexual, a legitimidade dessa prática está condicionada à confirmação de um diagnóstico psiquiátrico e ao cumprimento de um protocolo terapêutico, cujos critérios e condições mínimas são estabelecidos previamente pela instituição médica, e implicam substancial redução da autonomia do sujeito transexual, e dos próprios profissionais de saúde, no processo transexualizador. Em resumo, só é possível o acesso aos recursos disponíveis com a tutela da Medicina e do Direito, e não como uma escolha livre do sujeito transexual, nem como resultado de um acordo entre as partes.” VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. p.82.

¹³¹ VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. p.85.

constrangimentos públicos, e ainda garante que a vida privada seja inviolável, cabendo ao juiz - se requerido - as providências necessárias para impedir ou fazer cessar qualquer ato atentatório a este direito. O sistema legal brasileiro não veda expressamente a possibilidade de alteração da identidade sexual, e as leis gerais vêm permitindo uma interpretação adequada à demanda da pessoa transexual, na medida em que as situações legais - que permitem alterações no estado civil - configuram situações vivenciadas pelas pessoas transexuais no seu dia-a-dia, e fundamentam os pedidos judiciais e as decisões favoráveis à alteração do prenome e sexo no registro civil.¹³²

No que diz respeito às intervenções cirúrgicas, muitas pessoas transexuais e travestis, seja por questões financeiras ou mesmo por não se enquadrarem em um determinado padrão de feminino ou masculino exigido pela equipe médica que nega laudo clínico favorável à cirurgia de redesignação, acabam por se automedicar, ingerindo doses de hormônios, aplicando silicone industrial e, em muitos casos, se automutilando:

O processo é rápido, ao contrário do tratamento com hormônios. Em horas, a travesti tem seu corpo modificado. Mas também é um processo doloroso. A sessão conta com a bombadeira, chamada assim por ser a responsável por “bombar” o corpo, isto é, injetar o silicone líquido na região. Também está presente uma assistente, em geral responsável pelo enchimento das seringas e pelo fechamento dos furos, realizado com pedaços de papelão e Superbonder. “O silicone injetável é um produto de uso industrial e migra no corpo. Migra para as virilhas, pernas, joelhos e pés. Nestes casos as travestis convivem com ele, e ocasionalmente têm problemas circulatórios”, explica a assistente social Eliana Chagas, que trabalha em uma organização de travestis em Aracaju (SE), a Associação das Travestis na Luta pela Cidadania (Unidas). O silicone já causou a morte de diversas travestis, principalmente quando a aplicação é nas mamas, pois pode migrar para os pulmões e outros órgãos vizinhos. Em Aracaju, a Unidas, realizou uma pesquisa com as travestis do estado e constatou que 92% das entrevistadas conheciam amigas que tiveram complicações na aplicação. Mesmo assim, 80% fariam a aplicação do conteúdo. Para conscientizar as bombadeiras e as travestis, a Unidas produziu o livro Silicone – Redução de danos e organiza oficinas sobre o tema. “Fizemos as cartilhas com fotos, algumas até chocantes. Insistimos sempre nas discussões sobre o assunto, no cuidado com a higiene e assepsia do espaço físico onde as aplicações são feitas”, relata a assistente social. “Temos percebido que pelo menos aqui em nosso estado as aplicações nas mamas não têm mais acontecido. Conversamos por diversas vezes com as bombadeiras sobre estes riscos e as travestis têm buscado colocar próteses mamárias”, informou Eliana Chagas.¹³³

Ao exercerem seu direito ao próprio corpo, efetuando transformações identitárias e corporais, as pessoas trans desafiam o caráter violento das normas de gênero, desestabilizando o dualismo em que se fundamentam. Entretanto, em sociedades como a nossa, em que a sexualidade e também o gênero atuam como

¹³² VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual p.82.

¹³³ REVISTA FÓRUM. Elas são mais corajosas.

dispositivos de poder, todas as configurações que não alinhem sexo-gênero-sexualidade são vistas como anormais ou abjetas.¹³⁴

2.2. Políticas públicas de enfrentamento à homofobia pelo Estado brasileiro

No intuito de discutir e enfrentar a homofobia, a *Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)* lançou, no ano de 2004, um programa de combate à violência e à discriminação e de promoção da cidadania de LGBT, o programa *Brasil sem Homofobia*.

Tal programa tem como escopo primordial a realização de ações de capacitação em direitos humanos e o apoio a projetos dos governos estaduais, municipais e de organizações não-governamentais, além da implantação de Centros de Referência para combate à homofobia e Núcleos de Pesquisa e Promoção da Cidadania LGBT nas universidades públicas de todo o país.¹³⁵

Em conformidade com tal política e numa iniciativa pioneira no Brasil e no mundo, a Presidência da República por meio do Decreto de 28 de novembro de 2007¹³⁶ convocou a primeira *Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais do Brasil*.

As conferências nacionais consistem em instâncias de deliberação e participação destinadas a prover diretrizes para a formulação de políticas públicas em âmbito federal. São convocadas pelo Poder Executivo através de seus ministérios e secretarias, organizadas tematicamente, e contam, em regra com a participação partiria de representantes do governo e da sociedade civil. As conferências nacionais são em regra precedidas por etapas municipais, estaduais ou regionais, e os resultados agregados das deliberações ocorridas nestes momentos são objeto de deliberação na conferência nacional, da qual participam delegados das etapas anteriores e da qual resulta, em regra, um documento final contendo diretrizes para a formulação de políticas públicas na área objeto da conferência.¹³⁷

No Brasil, este instituto participativo e deliberativo é conhecido desde a *Era Vargas*, quando da realização das primeiras conferências relativas à área da saúde.

¹³⁴ BENTO, Berenice. A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. p.15.

¹³⁵ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Brasil sem homofobia. p.11.

¹³⁶ Trata-se de Decreto Presidencial não numerado publicado no DOU no dia 29.11.2007, que convoca a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis, e dá outras providências.

¹³⁷ POGREBINSCHI, Thamy. SANTOS, Fabiano. Entre representação e participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro. p.07

Desde 1941 até o ano de 2010 foram realizadas 111 conferências nacionais, e centenas de milhares nas esferas intermediárias, as etapas estaduais e municipais.¹³⁸

*Do total de encontros nacionais, 9 aconteceram entre 1941 e 1988 – 11 delas referentes ao tema saúde e 1 de Ciência e Tecnologia; e as demais 99 conferências foram organizadas pós 1988.*¹³⁹

A *Conferência Nacional LGBT* surgiu como uma iniciativa do Governo Federal para a definição de políticas públicas voltadas para a população LGBT e consolidação do programa *Brasil sem Homofobia*, três anos após o seu lançamento.

As Conferências Nacionais tem como fulcro a participação da sociedade civil na elaboração de Políticas Públicas através dos Planos Nacionais. Estes documentos são elaborados em conjunto por setores da sociedade civil e do Poder Público em igualdade de condições e de participação. Nesse sentido, tal instituto tem como característica fundamental o empoderamento e a emergência de sujeitos que historicamente estão alijados do centro de discussão política, e que passam a se perceberem como coautores da norma e do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁰

*O Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais é fruto do compromisso do Governo Federal com a implementação de políticas públicas que contemplem ações de combate à homofobia e de promoção da cidadania e dos direitos humanos. Incorpora os resultados da Conferência Nacional GLBT e estabelece as diretrizes e medidas necessárias à transformação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em Plano de Ação da Gestão Pública.*¹⁴¹

Os pesquisadores Fabiano Santos e Thamy Pogresbischi, do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), em trabalho sobre a representação e participação popular nas conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro, apontam que deste processo de empoderamento surge um novo fenômeno da democracia:

¹³⁸ PETINELLI, Viviane. As conferências Públicas nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do governo federal. p.232.

¹³⁹ PETINELLI, Viviane. As conferências Públicas nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do governo federal. p.232.

¹⁴⁰ PRETES, Érika. O papel das Conferências de Direitos Humanos e das Políticas Públicas no combate à homofobia no Estado brasileiro. p. 67.

¹⁴¹ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas Bissexuais, Travestis e Transexuais. p.14.

No que tange especificamente aos impactos das conferências nacionais de políticas públicas sobre a atividade legislativa no Brasil, pode-se constatar que estamos diante de fenômeno novo e de enorme potencial no que concerne ao aprofundamento do exercício da democracia no Brasil. Não apenas as conferências têm influenciado a iniciativa de proposições no Congresso Nacional, mas também o tem feito de maneira relativamente eficiente, uma vez que diversas proposições aprovadas, além de emendas constitucionais promulgadas, são tematicamente pertinentes a diretrizes extraídas das diversas conferências.¹⁴²

Com efeito, da Conferência Nacional LGBT resultaram 27 diretrizes legislativas classificadas nos tópicos: Direitos Humanos, Saúde, Justiça e Segurança Pública, Previdência Social, Educação, Trabalho e Emprego e Cidades. Diretrizes estas que foram encaminhadas ao Legislativo e ao Executivo para pautar as discussões a respeito das políticas públicas voltadas para a população LGBT.

Salienta-se que o referido plano visa orientar as políticas públicas de promoção e proteção do livre exercício da orientação sexual e da identidade de gênero. Dentre suas diretrizes está a “*proposição de alterações legislativas e normativas que garantam os direitos fundamentais e sociais da(o) cidadã(o) LGBT*”¹⁴³. Busca-se, pois, a proposição de medidas que coíbam discursos e práticas de discriminação e preconceito que inviabilizam o pleno exercício da personalidade e da dignidade da pessoa LGBT.

A atuação do Estado, especialmente por meio da formulação e implementação de políticas, interfere na vida das pessoas, ao determinar, reproduzir ou alterar as relações de gênero, raça e etnia e o exercício da sexualidade. O Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT tem como compromisso e desafio interferir nas ações do Estado, de forma a promover a cidadania, com respeito às diversidades.¹⁴⁴

As propostas de ações afirmativas feitas pelo Governo brasileiro, tais como o Plano Nacional, são vistas por setores sociais como uma tentativa de combate e desvelamento dos privilégios de tratamento, legais e regulamentares, que permitem a manutenção da hegemonia heteronormativa.¹⁴⁵

Para Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado, não é possível que se desvincule as experiências não-heteronormativas das lógicas públicas de hierarquização dos direitos sociais. É justamente nesse entrelaçamento que se

¹⁴² POGREBINSCHI, Thamy. SANTOS, Fabiano. Entre representação e participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro. p.85.

¹⁴³ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas Bissexuais, Travestis e Transexuais. p.16.

¹⁴⁴ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais. P.11.

¹⁴⁵ PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade. p.18.

concretiza e perpetua a legitimidade dos preconceitos sociais e que se estabelece a distinção dos indivíduos em “cidadãos” e “subcidadãos” ou, melhor dizendo, se estabelece a construção legitimada de uma figura alienígena de “cidadania precária” em relação aos sujeitos LGBT.¹⁴⁶

O Plano Nacional, enquanto política afirmativa, tem como princípios norteadores:

- 4.1. *Dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1o da Constituição Federal);*
- 4.2. *Igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (art. 5o da Constituição Federal);*
- 4.3. *“...respeito à diversidade de orientação sexual e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (inciso IV do art. 3o da Constituição Federal);*
- 4.4. *Direito à Cidadania (inciso II do art. 1o da Constituição Federal);*
- 4.5. *Direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados (art. 6o da Constituição Federal);*
- 4.6. *Liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5o da Constituição Federal);*
- 4.7. *Laicidade do Estado: a pluralidade religiosa ou a opção por não ter uma religião é um direito que remete à autonomia e a liberdade de expressão, garantidos constitucionalmente;*
- 4.8. *Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X do art. 5o da Constituição Federal).¹⁴⁷*

No Brasil, no âmbito dos Direitos Humanos, existem outras diretrizes nacionais que orientam a atuação do Poder Público, são os conhecidos *Planos Nacionais de Direitos Humanos (PNDH)*. O primeiro destes planos, o PNDH-1, foi desenvolvido sob o governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. No ano de 2002, o programa (PNDH-2) sofreu revisão e foi ampliado incorporando direitos econômicos, sociais e culturais que ainda não constavam de sua primeira versão.

A Secretaria Especial de Direitos Humanos lançou no início de 2010 o terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos, o PNDH-3, que também trata em alguma medida de questões relativas à promoção e proteção dos direitos humanos da pessoa LGBT:

O PNDH-3 está estruturado em seis eixos orientadores, subdivididos em 25 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas, que incorporam

¹⁴⁶ PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade. p.18.

¹⁴⁷ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas Bissexuais, Travestis e Transexuais. p.12.

*ou refletem os 7 eixos, 36 diretrizes e 700 resoluções aprovadas na 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em Brasília entre 15 e 18 de dezembro de 2008, como coroamento do processo desenvolvido no âmbito local, regional e estadual. O Programa também inclui, como alicerce de sua construção, propostas aprovadas em cerca de 50 conferências nacionais temáticas realizadas desde 2003 sobre igualdade racial, direitos da mulher, segurança alimentar, cidades, meio ambiente, saúde, educação, juventude, cultura etc. No âmbito da SEDH/PR, cumpre destacar a realização de duas Conferências Nacionais das Pessoas com Deficiência; duas Conferências Nacionais dos Direitos da Pessoa Idosa; quatro Conferências Nacionais dos Direitos da Criança e do Adolescente; do 3o Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes; da 1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.*¹⁴⁸

Como já salientado, os Planos Nacionais são instrumentos norteadores de políticas públicas, que tem como função auxiliar no desenvolvimento de ações estatais com fulcro na garantia dos Direitos Humanos. Entretanto, foram expostos pela mídia nacional como instrumentos capazes de macular o Estado Democrático de Direito no Brasil ao conceder direitos a parcelas sócio-historicamente excluídas.¹⁴⁹

O PNDH-3 recebeu diversas críticas de alguns setores conservadores da sociedade brasileira. Uma das partes mais atacadas por tais setores foi justamente a que dispõe sobre a garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero.

Estes sujeitos contrários à introdução de políticas públicas de combate à homofobia e de promoção da dignidade e da cidadania LGBT afirmavam que grande parcela da sociedade rejeita as identidades homossexuais, transexuais e travestis. Sendo assim, tais políticas públicas acabariam criando direitos especiais concedidos apenas a uma parcela de indivíduos, também tidos como especiais, além de promover orientações sexuais e identidades de gênero não aceitas pela maioria da população brasileira.¹⁵⁰

Roger Raupp Rios ressalta a falibilidade de tais argumentos em um Estado Democrático de Direito, que se fundamenta na dignidade da pessoa humana e não na vontade arbitrária da uma pretensa maioria. Os princípios da não-discriminação e da igualdade não admitem que o Estado Democrático de Direito seja limitado em favor de um grupo dominante que pretenda perpetuar a situação de subordinação de grupos considerados minoritários e não-hegemônicos.¹⁵¹

Além disso, não se deve esquecer que por se tratar de ações de caráter antissubordinatórias, não seria adequado se pensar numa possível preleção de

¹⁴⁸ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). p.11.

¹⁴⁹ BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). p.11.

¹⁵⁰ PRETES, Érika. O papel das Conferências de Direitos Humanos e das Políticas Públicas no combate à homofobia no Estado brasileiro. p. 67.

¹⁵¹ RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação. p.55.

determinada parcela da sociedade. Fundamentalmente os Planos Nacionais apresentam-se como instrumentos capazes de corrigir distorções e discriminações perpetradas por práticas e discursos homofóbicos e tem sua legitimidade esboçada na participação aberta a todos os setores da sociedade e na deliberação conjunta com o poder público.

A participação de setores da sociedade civil e poder público nas Conferências de Direitos Humanos que culminam em Planos Nacionais de Direitos Humanos leva em consideração justamente o contexto histórico, político, econômico e social que mantém lésbicas, gays, bissexuais e transexuais à margem da sociedade e do direito, dando novo desenho a tais relações, possibilitando, assim, a emancipação desta parcela da sociedade que assume o papel de coautor da norma e do Estado Democrático de Direito.¹⁵²

Além dos Planos Nacionais e das Conferências criadas a partir do Governo Lula, podemos citar outros avanços, já no Governo Dilma, como a criação da *Coordenadoria Nacional de Promoção dos Direitos LGBT*, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos e a implantação do *Conselho Nacional LGBT*, que conta com a representação paritária do Governo Federal e da sociedade civil, ambos instituídos em 2010.¹⁵³

Percebemos que setores socialmente discriminados como as mulheres, afrodescendentes e lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, dentre outros, tem nas Conferências Nacionais a possibilidade de suprir de determinado modo certas distorções na deliberação e elaboração de programas orientadores de Políticas Públicas de Direitos Humanos. Em tais espaços estes sujeitos políticos podem discutir e levantar demandas específicas que muitas vezes passam despercebidas ao olhar do Legislador ordinário.¹⁵⁴

Apesar da realização de diversas outras Conferências Nacionais temáticas e suas etapas estaduais, municipais ou regionais, e a concomitante elaboração de Planos Nacionais, quando se trata de discutir a implementação de Políticas Públicas orientadas à população LGBT ainda temos muito que avançar. Nenhum dos Planos acima citados chegou a ser assumido como meta ou conjunto de diretrizes de planejamento de política pública por nenhum órgão, seja da União, dos Estados ou dos Municípios.¹⁵⁵

¹⁵² PRETES, Érika. O papel das Conferências de Direitos Humanos e das Políticas Públicas no combate à homofobia no Estado brasileiro. p. 71.

¹⁵³ MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. p.409.

¹⁵⁴ PRETES, Érika. O papel das Conferências de Direitos Humanos e das Políticas Públicas no combate à homofobia no Estado brasileiro. p. 71.

¹⁵⁵ “Quando se olha mais especificamente para áreas como educação, segurança, trabalho, assistência social, previdência social e saúde, a partir das entrevistas realizadas com gestoras governamentais e

*[...] as ações e programas esboçados pelo Governo Federal – e também pelos governos estaduais e municipais – parecem marcados pela fragilidade institucional e por deficiências estruturais, tendo em vista: a) ausência de respaldo jurídico que assegure sua existência como políticas de Estado, livres das incertezas decorrentes das mudanças na conjuntura política, da homofobia institucional e das pressões homofóbicas de grupos religiosos fundamentalistas; b) dificuldades de implantação de modelo de gestão que viabilize a atuação conjunta, transversal e intersetorial, de órgãos dos governos federal, estaduais e municipais, contando com a parceria de grupos organizados da sociedade civil; c) carência de previsão orçamentária específica, materializada no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA); e d) reduzido número de servidoras públicas especializadas, integrantes do quadro permanente de técnicas dos governos, responsáveis por sua formulação, implementação, monitoramento e avaliação.*¹⁵⁶

Acreditamos que as ações de promoção de direitos humanos são essenciais para a mudança deste quadro de intolerância em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Entretanto, elas não são suficientes, ainda mais quando sua implementação se apresenta ineficaz. As diretrizes legislativas encaminhadas ao Poder Legislativo permanecem estagnadas no Congresso Nacional devido ao preconceito de parte dos parlamentares que não dá continuidade às propostas encaminhadas pelas Conferências.

Na verdade, enquanto o Executivo brasileiro se mostra proativo no que diz respeito à elaboração de Planos que visam orientar políticas públicas e programas de proteção e promoção dos direitos humanos LGBT, o Legislativo queda inerte, isso quando não dificulta o andamento dos projetos que visam garantir algum direito a esta parcela da população como veremos em momento posterior.¹⁵⁷

Não se desconstituirá um fenômeno histórico e social dessa magnitude, altamente enraizado em nossa cultura cristã, como algo que desestabiliza estruturas consideradas naturais e “sagradas” se não houver uma maioria propensa a

lideranças LGBT, o que se constata é que as políticas públicas voltadas para o combate à homofobia e à garantia de direitos para a população LGBT igualmente são incipientes e pouco consistentes ou mesmo inexistentes, embora estejam previstas em programas e planos importantes do Governo Federal, como o Brasil sem Homofobia, o Plano Nacional LGBT e o Programa Nacional de Direitos Humanos 3. Naquelas áreas, as ações ainda tendem a privilegiar políticas universalistas, cujos princípios, objetivos e metas negam, na prática, a importância de marcadores sociais como identidade de gênero, raça e orientação sexual, por mais que estes sejam reconhecidos em documentos governamentais como centrais na definição de políticas públicas para segmentos específicos, com vistas à superação das desigualdades sociais e econômicas, bem como apara o enfrentamento das discriminações, opressões e exclusões que atingem os grupos subalternizados.” MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. p.419.

¹⁵⁶ MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. p.418.

¹⁵⁷ MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. p.409.

*respaldar organizadas e contínuas ações governamentais de combate ao preconceito e de promoção de uma cultura de paz, diversidade e respeito.*¹⁵⁸

É bem verdade que, de acordo com dados da ABGLT¹⁵⁹ cerca de 70 municípios possuem em suas leis orgânicas a expressa proibição de discriminação em razão de orientação sexual em estabelecimentos. Dados da ILGA¹⁶⁰ informam, ainda, que no âmbito estadual, a proibição de discriminação em razão da orientação sexual consta nas constituições ou em leis específicas da Bahia (1999), Rio de Janeiro (2000), Distrito Federal (2000) Alagoas (2001), São Paulo (2001), Minas Gerais (2002), Rio Grande do Sul (2002), Paraíba (2003) Piauí (2004), Mato Grosso (2005), Maranhão (2006) e Pará (2006). Ademais, oito estados brasileiros possuem legislação específica que proíbe a discriminação no trabalho em razão da orientação sexual.¹⁶¹

Entretanto, esta proteção estatal ainda está aquém do necessário, primeiro, se levarmos em consideração que o Brasil possui 5.564 municípios e que deste total apenas 70 municípios possuem em suas leis orgânicas a expressa proibição de discriminação, representando aproximadamente 1,25%. Ademais, há que se considerar que a maior parte destas legislações se apresentam ineficazes, seja pela falta de regulamentação, como foi o caso da Lei do município de Maceió que levou 12 anos para ser

¹⁵⁸ RODRIGUES, Julian. Direitos humanos e diversidade sexual: uma agenda em construção. p.37.

¹⁵⁹ “Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transexuais. A primeira e principal associação de abrangência nacional, que reúne mais de 200 grupos LGBT no Brasil, é a ABGLT, fundada em 1995 e hoje a maior rede LGBT latino-americana. Entre suas linhas prioritárias de atuação, destaca-se o trabalho de advocacy no âmbito dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para informações mais detalhadas, consultar www.abgl.org.br. Além desta Associação, que possui caráter misto, outras de alcance nacional, que reúnem grupos de segmentos identitários específicos, são a mencionada Antra, a Associação Brasileira de Lésbicas (ABL), a Liga Brasileira de Lésbicas (LBL), o Coletivo Nacional de Transexuais (CNT), a Associação Brasileira de Gays (ABRAGAY) e a Articulação Brasileira de Gays (Artgay). Outras organizações representam segmentos LGBT ainda mais específicos, a partir de atributos identitários como raça/cor e idade, a exemplo da Rede Afro GLBT, o Coletivo Nacional de Lésbicas Negras Feministas Autônomas (Candaces – BR) e a Rede E-Jovem.” MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades.

¹⁶⁰ Sigla em inglês para: International Lesbian and Gay Association. “Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo - é uma federação mundial que congrega grupos locais e nacionais dedicados à promoção e defesa da igualdade de direitos para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersex (LGBTI) em todo o mundo. Fundada em 1978, a ILGA reúne entre seus membros mais de 670 organizações, representando, assim, mais de 110 países, oriundos de todos os continentes. De pequenas coletividades a grupos nacionais, a ILGA chega a reunir, entre seus membros, até mesmo cidades inteiras. Atualmente, a ILGA é a única federação internacional a reunir ONGs e entidades sem fins lucrativos que concentra a sua atuação, em nível global, na luta pelo fim da discriminação por orientação sexual.” ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.111.

¹⁶¹ ILGA. Homofobia do Estado – Maio de 2013 p.64.

regulamentada,¹⁶² ou ainda, pelo desconhecimento da existência desse tipo de legislação por parte dos cidadãos e dos próprios operadores do direito.¹⁶³

Acreditamos que enquanto alguns grupos tidos como minoritários continuarem sendo tratados como menos humanos e tiverem o exercício pleno de sua personalidade e dignidade humana violadas, tanto pelo Estado quanto pela sociedade, não há que se falar em efetivação do Estado Democrático de Direito.

2.3. Homofobia de Estado

As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo e a identidade de gênero diversa da cisnormativa¹⁶⁴ não são consideradas crime no Brasil desde que foi sancionado o *Código do Criminal do Império*, em 1830.¹⁶⁵

Entretanto, muitos países no mundo ainda criminalizam a orientação sexual e identidade de gênero diversa da heteronormativa. As sanções penais aplicadas aos LGBT variam entre pena privativa de liberdade, medidas de segurança, penas degradantes¹⁶⁶, prisão perpétua¹⁶⁷ e pena de morte.

Até o ano de 2013, de acordo com o relatório anual divulgado pela ILGA sobre a *Homofobia do Estado*, cerca de 40% dos Estados membros da ONU, 76 países, ainda consideram a orientação sexual não heteronormativa como prática ilegal.¹⁶⁸

¹⁶² UOL. Após 12 anos "na gaveta", Maceió regulamenta lei que pune homofobia.

¹⁶³ VIANA, Thiago Gomes. O racismo homofóbico e o PLC nº122/2006: um olhar para além da *terrae brasilis*. p.4.

¹⁶⁴ Imposição normativa e normalizadora de identidade cisgênero, levando em consideração que "Diz-se cisgênero a pessoa cuja identidade de gênero é idêntica àquela que lhe foi atribuída no seu nascimento. O termo é usado em oposição a transgênero." VIANNA, Túlio. SEMÍRAMIS, Cynthia. Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos.

¹⁶⁵ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. A história da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. p.348.

¹⁶⁶ O Irã pune a sodomia com a morte, no caso das relações sexuais consensuais entre um adulto e um adolescente, o adulto é punido com a morte e o adolescente com 74 chicotadas. As execuções no Irã são realizadas em praça pública. Ver também: ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.36.

¹⁶⁷ Bangladesh.

¹⁶⁸ ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.18.

Atos homossexuais são criminalizados (76 países)	
África	Angola, Argélia, Botsuana, Burundi, Camarões, Comores, Egito, Eritreia, Etiópia, Gâmbia, Gana, Guiné, Libéria, Líbia, Maláui, Maurícia, Mauritânia, Marrocos, Moçambique, Namíbia, Nigéria, Quênia, São Tomé e Príncipe, Seicheles, Senegal, Serra Leoa, Somália, Suazilândia, Sudão, Sudão do Sul, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda, Zâmbia e Zimbábue.
Ásia	Afeganistão, Arábia Saudita, Bangladeche, Birmânia (Mianmar), Butão, Brunei, Catar, Emirados Árabes Unidos, Iémen, Irã, Kuwait ¹⁶⁹ , Líbano, Malásia, Maldivas, Omã, Paquistão, Singapura, Síria, Sri Lanka, Turcomenistão e Uzbequistão.
América Latina e Caribe	Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Domínica, Grenada, Guiana, Jamaica, Santa Lúcia, São Cristovão e Neves, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago.
Oceania	Ilhas Salomão, Kiribati, Nauru, Palau, Papua Nova Guiné, Samoa, Tonga e Tuvalu.
Territórios	Gaza (parte dos Territórios Palestinos Ocupados), Ilhas Cook (Nova Zelândia), Província de Samatra Meridional e Achém (Indonésia), República Turca e Chipre do Norte (Não reconhecida internacionalmente)
Atos Homossexuais com estatuto jurídico incerto (2 países)	
Ásia	Índia e Iraque
Atos Homossexuais puníveis com pena de morte (5 países e algumas partes da Nigéria e da Somália)	
África	Mauritânia, Sudão, doze estados do Norte da Nigéria e a parte meridional da Somália
Ásia	Arábia Saudita, Irã e Iémen

Figura 2

Fonte: ILGA. Homofobia do Estado – Maio de 2013

A maior parte das legislações penais que versam sobre o assunto consideram antinaturais as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo e trazem no texto legal o tipo de *sodomia* sob uma perspectiva religiosa e naturalista. Impossível não fazer

¹⁶⁹ Único país da região em que a transexualidade é considerada crime (artigo 198 do Código Penal). Ver: ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.18.

referência ao texto legal das *Ordenações Portuguesas* que vigoraram no Brasil por mais de 200 anos, em que a descrição legal do crime em nada difere dos textos e da interpretação cristã.¹⁷⁰

Tal como se pode verificar no *Código Penal da Jamaica*, no Título dos *Delitos Graves Contra a Pessoa*:

Lei do delitos graves contra o indivíduo

Art. 76 (delito não-natural) – Quem quer que seja que for condenado pelo abominável delito da sodomia (sexo anal), cometido contra humanos ou animais, fica sujeito à prisão e a trabalhos forçados por um período que não ultrapassa dez (10) anos.

Art. 77 (Tentativa) – Todo que tente praticar o abominável delito supracitado ou for tido como culpado de qualquer agressão com intenção de cometer o mesmo ou de qualquer agressão tida como imoral contra qualquer indivíduo do sexo masculino, será tido como culpado por comportamento desregrado, sendo condenado por isso e fica sujeito à prisão por período que não ultrapasse sete (7) anos, com ou sem trabalhos forçados.

Art. 78 (Prova de relação sexual) – Sempre na presença de qualquer delito grave passível de punição por este ato, podendo ser necessário à prova de relação/relação sexual, não devendo ser necessário à prova de real emissão de sêmen para que seja comprovada relação sexual mas toda relação sexual será julgada como completa com base na prova de penetração de forma isolada.

Art. 79 (Ultraje a ato tido como imoral)

– Todo indivíduo do sexo masculino que, no âmbito público ou privado, tenha cometido, ou tome parte de, ou procure ou tente procurar cometer qualquer ato tido como imoral com outro homem, será tido como culpado por comportamento desregrado, sendo condenado por isso e suscetível à prisão a critério da própria corte por período que não ultrapasse dois (2) anos, com ou sem trabalhos forçados.¹⁷¹

A pena de morte é aplicada como punição às relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo na Mauritânia, Sudão, em 12 estados do norte da Nigéria, em partes do sul da Somália, no Irã, na Arábia Saudita e no Iêmen.¹⁷²

Esse tipo de legislação pode ser exemplificado com o caso de Uganda cujo parlamento, em 2009, aprovou a “*Lei Contra a Homossexualidade*” que, dentre outras medidas, estabelece uma legislação abrangente e consolidada para “proteger a família tradicional”. A referida lei criminaliza qualquer forma de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo; proíbe, também, a promoção e o reconhecimento de tais relações sexuais em instituições públicas e privadas, em instituições que contem com o apoio de qualquer entidade governamental e em qualquer outra organização não-governamental

¹⁷⁰ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. A história da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. p.348.

¹⁷¹ LAWS OF JAMAICA. The Offences Against the Person Act.

¹⁷² ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.47.

dentro do país.

Para a *Comissão dos Assuntos Jurídicos e Parlamentares de Uganda*, a lei visa reforçar a capacidade do país para lidar com novas “ameaças internas e externas à família heterossexual tradicional”. A Comissão afirma que tal legislação também surge em face de necessidade de “proteger as crianças e os jovens” de Uganda que estão “vulneráveis ao abuso sexual e desvio” como resultado de mudanças culturais, como a introdução de novas tecnologias da informação sem o controle da família, e ainda do aumento de famílias “desestruturadas” que não tem a figura do pai para discipliná-las.¹⁷³

Na “*Lei Contra a Homossexualidade*” a sanção penal varia entre pena de prisão de 14 anos para aquele que pratica de modo “ativo” atos homossexuais, e de prisão perpétua pelo crime de “homossexualidade agravada” praticado por quem de modo “passivo” se submete a tais atos.¹⁷⁴

Para Gloria Careaga e Renato Sabbadini, Cossecretários Gerais da ILGA, tão gritante quanto à criminalização das identidades LGBT é a posição de alguns Estados da Europa oriental como a Rússia e a Polônia que estimulam a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, além de perseguir e punir militantes LGBT, por crimes de “propaganda homossexual” e “imoralidade pública”.¹⁷⁵

¹⁷³ UGANDA, Parliament of the Republic of. Parliament outlaws homosexuality.

¹⁷⁴ UGANDA, Parliament of the Republic of. Parliament outlaws homosexuality.

¹⁷⁵ CAREAGA, Gloria. SABBADIN, Renato in: ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.6.

3. DISCURSO E PODER

De acordo com Salo de Carvalho, a revisão da literatura jurídico-penal sobre a criminalização da homofobia nos permite demonstrar a existência de uma certa superficialidade dogmática que acaba comprometendo a qualidade do debate, por permanecer “*pulverizado em certos argumentos de consenso, teses genéricas e pouco palpáveis*”:¹⁷⁶

*[...] como por exemplo: (a) necessidade de tutela de novos bens jurídicos; (b) proibição da proteção penal deficiente; (c) ineficácia da lei penal na prevenção de condutas homofóbicas; e (d) a ruptura com a ideia da intervenção mínima.*¹⁷⁷

Nesse quadro, adverte o penalista, que tal superficialidade parece ser fruto da ausência de diálogo das ciências criminais (direito penal e criminologia) com as pesquisas realizadas em outras áreas, como os estudos de gênero, sexualidade e raça. Aparentemente, aqueles que se dedicaram a escrever sobre a regulação dos discursos de ódio, sejam estes racistas, sexistas ou homofóbicos, ignoraram completamente as teorias antirracistas, feministas, *queer* e LGBT produzidas acerca da potencialidade de silenciamento e a subordinação que este tipo de discurso e prática de ódio pode acarretar na sociedade e nos indivíduos.¹⁷⁸

Outra ausência percebida que também compromete fundamentalmente os debates feitos por teóricos do Direito sobre a regulação dos discurso de ódio, e que foi apontada por Reinaldo Cintra, diz respeito à falta de aprofundamento sobre as relações existentes entre linguagem, poder e a dominação.¹⁷⁹

Nesse sentido, no intuito de analisar as principais questões e críticas envolvidas na discussão sobre a regulação do discurso de ódio homofóbico no Brasil, faremos aqui uma breve exposição das teorias que problematizam a linguagem e suas relações com o discurso de ódio.¹⁸⁰

¹⁷⁶ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.190.

¹⁷⁷ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.190.

¹⁷⁸ LEVIN, Abigail. The cost of free speech: pornography, hate speech, and their challenge to liberalism. p.101.

¹⁷⁹ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.21.

¹⁸⁰ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.8.

3.1 Teoria dos Atos de Fala

Para Reinaldo Cintra, os principais juristas que trataram da temática no Brasil parecem adotar uma concepção tradicional ou clássica da linguagem, entendendo-a ainda como mera “*representação da realidade*”.¹⁸¹ Estabelecem, assim, uma separação irremediável entre a palavra e o objeto, em que o discurso é apenas uma atividade descritiva.¹⁸²

*Estamos falando da linguagem. Tão umbilicalmente ligada com o “discurso”, a ponto de serem quase sinônimos, a linguagem se apresenta no debate do discurso do ódio de uma forma mecânica, instrumental: o discurso é [visto como] a mera representação de uma ideia, de uma ideologia, sobre a qual recaem todas as atenções da doutrina e jurisprudência. Afinal, a ideia odiosa deve ser banida? Ela é capaz de ferir outras pessoas? Mas uma coisa não são as palavras, e outra as condutas que se baseiam nestas práticas? Não seria mais adequado punir as ações humanas discriminatórias do que tentar patrulhar o pensamento? Nesta disputa, a linguagem, que, materialmente falando, é o ponto central da questão, se torna um ponto cego da discussão: ela está lá, mas ninguém a percebe.*¹⁸³

Aqueles que defendem a não restrição dos discursos de ódio alegam, justamente, que tais discursos são apenas palavras, noções abstratas, não podendo ser cerceadas, posto que a liberdade de expressão é corolária da Democracia, e os discursos, mesmos os odiosos, devem ser vencidos na arena política e não proibidos pelo Estado.¹⁸⁴

Nesse sentido, para o pesquisador mineiro Marcelo Sarsur:

*Os discursos, valiosos ou odiosos, devem circular no pensamento social, viver ou morrer por seus méritos e por suas mensagens. Deve-se buscar a consagração do debate amplo e livre, em especial sobre as perniciosas formas de discriminação que resistem, na sociedade, ao passar do tempo.*¹⁸⁵

¹⁸¹ “Podemos afirmar, então que quando analisamos a linguagem nossa finalidade não é apenas analisar a linguagem enquanto tal, mas investigar o contexto social e cultural no qual é usada, as práticas sociais, os paradigmas e valores, “a racionalidade”, enfim, desta comunidade, elementos estes dos quais a linguagem é indissociável. A linguagem é uma prática social concreta e como tal deve ser analisada. Não há mais uma separação radical entre “linguagem” e “mundo”, porque o que consideramos a “realidade” é constituído exatamente pela linguagem que adquirimos e empregamos.” SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. Apresentação: a filosofia da linguagem de J. L. Austin. p.10.

¹⁸² “Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isso supõe que a relação entre o significado das expressões linguísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, inevitavelmente, estar armazenados em nossos conceitos.” NINO, Carlos Santiago. *Apud*. CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.22.

¹⁸³ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.5.

¹⁸⁴ RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: Restrições à liberdade de expressão? p.15.

¹⁸⁵ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um Silêncio incomodo: Crítica a incriminação do discurso de ódio. p.22.

Os que defendem a restrição, ironicamente, também partem da mesma dicotomia, e procuram demonstrar que essas noções, mesmo que abstratas, não contribuem para o debate democrático.¹⁸⁶

Nesse contexto, nas palavras de Daniel Sarmiento, o discurso de ódio inviabiliza o ambiente democrático de troca de ideias, visto que se aproxima muito mais de um ataque:

*Diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para “a busca da verdade”. Portanto, não é só porque as ideias associadas ao hate speech são moralmente erradas que o Estado deve coibir esta forma discurso. O fato de uma ideia ser considerada errada não é base suficiente para a sua supressão da arena de discussão. Este é o pilar fundamental da liberdade de expressão, que não deve ser ameaçado. Mais relevante do que o erro é a constatação de que as expressões de ódio, intolerância e preconceito manifestadas na esfera pública não só não contribuem para um debate racional, como comprometem a própria continuidade da discussão. Portanto, a busca da verdade e do conhecimento não justifica a proteção ao hate speech, mas, pelo contrário, recomenda a sua proibição.*¹⁸⁷

Levando em consideração que um dos objetivos desta dissertação é compreender se existe de fato um potencial ofensivo no discurso de ódio homofóbico capaz de lesionar bens jurídicos tutelados pelo direito penal e que, assim, possibilitaria a legitimação de introdução de norma criminalizadora no ordenamento brasileiro, acreditamos ser imperioso analisar as teorias produzidas, especialmente por John L. Austin, Michel Foucault e Judith Butler, sobre as relações entre linguagem e poder e seus efeitos.¹⁸⁸

Há muito tempo, para filósofos e linguistas, a linguagem começou a ser vista como um importante objeto de estudo para a prática social, deixando de ser percebida como uma mera representação da realidade e passando a ser compreendida como um instrumento de construção, reprodução e desconstrução da realidade.¹⁸⁹

De acordo com Teun A. Van Dijk, um dos teóricos mais respeitados no campo da *Análise Crítica do Discurso (ACD)*,¹⁹⁰ por mais que para a maioria das pessoas a

¹⁸⁶ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.22.

¹⁸⁷ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o “hate speech”. p.31-32.

¹⁸⁸ Acreditamos que: “[...] não é que uma identidade “faça” ou a linguagem, mas é precisamente o contrário – a linguagem e o discurso é que “fazem” o gênero [sexualidade]. Não existe um “eu” fora a da linguagem, uma vez que a identidade é uma prática significativa, e os sujeitos culturalmente inteligíveis são efeitos e não causas dos discursos que ocultam uma atividade.” SALIN, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.91.

¹⁸⁹ VAN DIJK, Teun A. Discurso e contexto. p.56.

¹⁹⁰ “Embora possam ser muito variadas as questões que este interesse implica, a ACD quer por em relevo o papel do discurso nos processos de reprodução ou de mudança das desigualdades sociais, culturais,

linguagem e o discurso possam ser percebidos como apenas um simples conjunto de palavras (“*e, portanto, não podem quebrar seus ossos, assim como paus e pedras*”¹⁹¹), a escrita e a fala representam muito mais que isso na produção e reprodução de discursos e práticas de dominação.¹⁹²

*A linguagem não é mais, como no Renascimento, a assinatura ou marca das coisas. Ela se torna instrumento de manipulação, de mobilização, de reaproximação e de comparação das coisas, o órgão que permite compô-las em um quadro universal das identidades e das diferenças, distribuidor e não revelador da ordem.*¹⁹³

É impossível, nesse sentido, não mencionar a “*Teoria dos atos de fala*”,¹⁹⁴ do filósofo John L. Austin, “*que considera a linguagem como forma de atuação sobre o real [...] uma forma de ação e não de representação da realidade*”.¹⁹⁵ A teoria que compõe o livro póstumo do autor, “*How to do things with words*”, nos auxiliará a pensar algumas questões importantes que devem ser levadas em consideração na análise dos discursos de ódio homofóbicos: como se constitui e de onde vêm essa potencial força violenta do discurso?¹⁹⁶

A “*Teoria dos atos de fala*” de John L. Austin se insere, histórica e filosoficamente, dentro do chamado “*giro linguístico*”, na tradição britânica da filosofia analítica de George Edward Moore, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein.¹⁹⁷ De acordo com Cintra, o que difere e caracteriza esta escola é o fato de ter colocado “*a própria linguagem no centro dos questionamentos acerca do processo de conhecimento, afastando-se, portanto,*

políticas, ou de outros tipos de desigualdades (van Dijk 1993b, Fairclough e Wodak 1997). Deste modo, os investigadores da ACD querem mostrar como instituições, grupos, suas posições no sistema social, identidades e relações de poder são constituídas, em larga medida, pelo usos que fazem da linguagem em vários tipos de situação comunicativa (Candlin, apud Fairclough 1989). E mostrar, simultaneamente, como as ações discursivas e sociais, realizadas no e pelo uso da linguagem, são constrangidas por relações de poder específicas, tanto ao nível societal (segundo linhas de classe, idade, gênero, “raça”/etnicidade), como ao nível das relações específicas a instituições particulares. O centro da ACD reside precisamente na análise das relações dialéticas entre esses elementos, mostrando como em eventos comunicativos específicos tal se processa. Desta forma, pretende tornar visíveis constrangimentos actantes no modo como comunicamos em diversas situações, bem como efeitos constitutivos da comunicação (Fairclough 1992).” COELHO, Maria Zara Simões Pinto. Drogas em campanha de prevenção: do discurso à ideologia. p.38.

¹⁹¹ O autor faz uma paráfrase em referência ao ditado popular inglês: “Sticks and stones may break my bones, but names can never hurt me” tradução: Paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas nomes nunca podem me ferir. VAN DIJK, Teun A. Discurso e poder. p.133. n.2.

¹⁹² VAN DIJK, Teun A. Discurso e poder. p.133.

¹⁹³ CANGUILHEM, Georges. Michel Foucault: morte do homem ou esgotamento do cogito? p.14.

¹⁹⁴ VAN DIJK, Teun A. Discurso e context. p.22.

¹⁹⁵ SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. Apresentação: a filosofia da linguagem de J. L. Austin. p.10-11.

¹⁹⁶ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.23.

¹⁹⁷ VAN DIJK, Teun A. Discurso e contexto. p.22.

da busca por um significado metafísico do mesmo, a qual só geraria novos problemas e discussões.”¹⁹⁸

*A questão central da investigação filosófica passa a ser então: como pode uma sentença ter significado? A problemática da consciência dá, assim, lugar a problemática da linguagem, e o conceito de representação, ponto central da tradição anterior, e substituído pelo conceito de significado. Podemos, portanto, considerar que dentro da corrente analítica, que então se inaugura, a tarefa filosófica se desdobra nas duas seguintes atividades: por um lado analisar a sentença, buscando estabelecer a sua forma lógica e seus elementos constitutivos; por outro reinvestigar os problemas filosóficos tradicionais em teoria do conhecimento, teoria da percepção, ética, etc., e através da análise linguística dos conceitos centrais destas áreas e do uso dos mesmos na linguagem ordinária. Tal análise visa obter um esclarecimento do sentido dos conceitos, estabelecendo novas distinções, explicitando articulações até então não reconhecidas, elucidando obscuridades, etc.*¹⁹⁹

A teoria proposta por John L. Austin, se encontra na fronteira entre a Linguística e a Filosofia. Os estudos sobre os atos de fala não apenas destacaram o papel da ação social no uso da linguagem, mas também explicaram as condições contextuais da adequação dos enunciados.²⁰⁰

John L. Austin estabelece uma diferenciação entre três tipos de atos de fala em suas conferências: o *locucionário* (enunciados constatativos), o *perlocucionário* e *ilocucionário* (enunciados performativos).²⁰¹

*Em primeiro lugar, distinguimos um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo, que sintetizamos dizendo que realizamos um **ato locucionário**, o que equivale, grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez equivale, grosso modo, a “significado” no sentido tradicional do termo. Em segundo lugar dissemos que também realizamos **atos ilocucionários** tais como informar, ordenar, prevenir, avisar, comprometer-se, etc. Isto é, proferimos que têm uma certa força (convencional). Em terceiro lugar também podemos realizar **atos perlocucionários**, os quais produzimos porque dizemos algo, tais como convencer, persuadir, impedir ou, mesmo surpreender ou confundir. Aqui temos os três sentidos ou dimensões diferentes, senão mais até, da frase “o uso de uma sentença” ou o “uso da linguagem” (e naturalmente, há outras também). Todas essas três classes de “ações” estão sujeitas, simplesmente por serem ações, às dificuldades e reservas costumeiras que consistem em distinguir uma tentativa de um ato consumado, um ato intencional de um não-intencional, e coisas semelhantes.*²⁰²

John L. Austin pontua a existência de três classes de atos de fala, mas o que parece criar mais complicações é a distinção entre ato ilocucionário e o ato perlocucionário, visto que os atos locucionários são aqueles que, grosso modo, apenas

¹⁹⁸ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.22.

¹⁹⁹ SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. Apresentação: a filosofia da linguagem de J. L. Austin. p.8.

²⁰⁰ VAN DIJK, Teun A. Discurso e contexto. p.22.

²⁰¹ AUSTIN, John L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. p.85.

²⁰² AUSTIN, John L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. p.95-96.

informam, constatarem o estado das coisas no mundo, são os mais comuns tipos de atos de fala.

Um exemplo dos primeiros, que Austin chama de enunciados constatativos, poderia ser a afirmação, “é um dia ensolarado”, ou “fui às compras” (Austin também chama esses enunciados de atos perlocucionários); quando digo “fui às compras”, não estou fazendo isso, estou simplesmente relatando um acontecimento. Por outro lado, se sou um homem homossexual diante de um escrivão num cartório de registros e digo sim em resposta à pergunta “aceita esta mulher como sua esposa?”, estou realmente, ao fazer o enunciado, realizando uma ação em tela: afirmações como essa são chamadas de enunciados performativos ou atos ilocucionários. “Batizar o navio é (em circunstâncias apropriadas) [dizer] as palavras “eu batizo...” Quando digo, diante do escrivão ou do altar, “sim”, não estou fazendo um relato sobre o casamento, estou passando pela experiência do casamento.”²⁰³

John L. Austin nos apresenta duas conclusões sobre os atos ilocucionários, primeiro, tais atos são definidos pelos seus efeitos; segundo, seus efeitos resultam da força do contexto e da convenção. Para o filósofo, contexto e convenção apropriadas, entretanto, devem estar presentes para garantir a efetividade da afirmação.²⁰⁴

A expressão em “circunstâncias apropriadas” é, aqui, decisiva, pois se as circunstâncias não forem apropriadas, o enunciado deixará de atingir o efeito desejado. Em um outro exemplo de batismo de navio, Austin lança a hipótese de que ele poderia avistar um navio que está para ser batizado, aproximar-se dele e estourar uma garrafa contra seu casco, proclamando “eu batizo este navio como Sr. Stalin”. “Mas o problema é que eu não sou a pessoa designada para batizá-lo” escreve Austin, o que significa que o navio em questão não será batizado como Sr. Stalin: “trata-se de uma brincadeira” diz Austin, “tal como um casamento com um macaco [ou com um ursinho de brinquedo]” [...] Para Austin, então, o resultado de um enunciado performativo depende da convenção e do ritual.²⁰⁵

Essas “circunstâncias apropriadas” para que o ato performativo funcione efetivamente dependem de certas condições, que são resumidas por Reinaldo Cintra da seguinte maneira:

1) existência de um procedimento convencionalmente aceito, que possua um efeito igualmente convencional; 2) adequação das pessoas e circunstâncias particulares ao procedimento convencional invocado; 3) execução correta do procedimento; 4) execução completa do procedimento; 5) adequação da real intenção dos participantes ao efeito pretendido pelo proferimento; 6) conduta posterior ao proferimento compatível com os efeitos buscados.²⁰⁶

²⁰³ SALIN, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.124.

²⁰⁴ SALIN, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.141.

²⁰⁵ SALIN, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.142-143.

²⁰⁶ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.25.

Dito de outro modo, essa adequação às circunstâncias significa que, para John L. Austin, o resultado do enunciado performativo depende da convenção e do ritual.²⁰⁷ Nos exemplos dados pelo filósofo, ao batizar um barco sem ser a pessoa designada, ou tentar se casar com um ser não humano, os enunciados fracassarão. De acordo com a distinção entre atos de ilocucionários e perlocucionários feita por John L. Austin, seria possível, então, argumentar que, estabelecidas estas circunstâncias apropriadas, os enunciados realizam o que nomeiam.

3.2. Palavras tem o poder de ferir?

Para a doutora em linguística, Karla Cristina dos Santos, é importante destacar que a teoria dos atos de fala possibilitou o questionamento da relação existente entre dizer e fazer algo.²⁰⁸ Essa relação/diferenciação nos será importantíssima para o desvelamento do discurso de ódio e de sua potencialidade ofensiva a bens jurídicos penalmente tutelados.

Afinal, “fazer algo” é uma expressão muito vaga. Quando fazemos um proferimento qualquer não estamos “fazendo algo”? Certamente, as maneiras pelas quais no referimos a “ações” são suscetíveis, aqui como em outras situações, de gerar confusão. Por exemplo, podemos contrastar homens de letras com homens de ação; podemos dizer que eles não fizeram nada, apenas falaram ou disseram coisas. Contudo, podemos também contrastar o fato de estar apenas pensando em algo, com o fato de realmente dizê-lo (em voz alta), em cujo contexto, então, dizer é fazer algo.²⁰⁹

De acordo com Karla Cristina dos Santos, ao compreender o insulto como um ato de fala devemos perceber que existe uma dependência simultânea entre as convenções de linguagem e a influência que uma pessoa exerce ou pode exercer sobre outra para que o insulto possa se concretizar. Nesse sentido, a linguista estabelece três critérios que devem ser levados em consideração em tal análise: “a) a ideia de que não existe palavra inerentemente injuriosa; b) a ideia de que o contexto não é suficiente para determinar o insulto; e c) a ideia de que o insulto depende de um uptake²¹⁰ – assimilação, compreensão – entre locutor(a) e interlocutor(a).”²¹¹

²⁰⁷ SALIN, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.143.

²⁰⁸ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.29.

²⁰⁹ AUSTIN, John L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. p.83.

²¹⁰ Partindo da teoria austiniana Karla Cristina Santos compreende que[...] por meio desse conceito, há um descentramento do papel do sujeito falante, já que a constituição do ato de fala não dependerá só dele,

No que diz respeito à existência de palavras inerentemente injuriosas, podemos afirmar que apesar de certos termos aparentarem estar carregados de um ranço evidentemente ofensivo, é possível que em algumas situações possam ser utilizados de forma não ofensiva. O termo “*queer*”, ao qual já nos referimos na primeira parte desta dissertação, é um bom exemplo dessa possibilidade de ressignificação de palavras ofensivas.

Para citarmos uma ressignificação mais próxima da nossa realidade, o termo “*vadia*” tem sido deslocado de seu tradicional uso ofensivo por mulheres brasileiras, que todos os anos se juntam para protestar na *Marcha das Vadias*. Essas mulheres, ao se apropriarem desta palavra, buscam demonstrar que se opõe ao controle e à opressão a que seus corpos estão sujeitos em razão da não adequação de suas roupas ou comportamentos às normas morais que buscam subjugar e docilizá-las.²¹²

Karla Cristina dos Santos explica que esses casos desvelam a possibilidade de distanciamento entre a forma do insulto e o seu potencial ofensivo. Isso significa dizer que tal ligação é, “*como toda relação entre significante e significado, arbitrária e*

mas da relação do(a)s interlocutore(a)s, do ‘eu’ e do ‘tu’, de modo a assegurar a fala. SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.47.

²¹¹ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.35.

²¹² Como bem esclarece Cynthia Semíramis Vianna: “Em abril de 2011, um policial canadense, ao fazer uma palestra sobre violência, afirmou que as mulheres evitariam estupros se não se vestissem como vadias, vagabundas (*sluts*). Ele classificou mulheres pela aparência: as roupas “certas”, discretas, evitariam violência, enquanto as roupas “erradas” tornariam a vítima culpada pelo estupro. O policial canadense tratou mulheres como pessoas sem direito à liberdade, que precisam ter seu comportamento e suas roupas monitoradas para receberem proteção do Estado. Por ser um agente do Estado, o policial deveria cumprir a lei e proteger a vítima de um crime. Sua manifestação foi exatamente oposta: ao culpar a vítima, ele protegeu e perdoou quem cometeu o crime de estupro. O que determina o estupro não é a roupa, é a relação de poder. Homens estupram porque consideram que as vítimas estão ali para satisfazer seus desejos, inclusive o de serem forçadas a se submeter a uma relação sexual. Colocar a culpa do estupro nas vítimas é ignorar que elas têm o direito de escolher se e quando vão se relacionar sexualmente com alguém. Roupas não têm nada a ver com isso. Em resposta à fala do policial, surgiram reações indignadas em todos os níveis. Foram acionados os mecanismos legais, como um processo administrativo e discussão sobre a capacitação adequada de policiais. E também foi criada uma passeata denominada “*Slutwalk*” (*Marcha das Vadias*, no Brasil). Nela, mulheres protestaram contra o preconceito que vincula roupas curtas ao estupro, portando cartazes feministas e vestindo roupas curtas, que remetem ao estereótipo de “vadias”. Demonstrando que a opressão das mulheres ainda é uma constante no mundo, a *Marcha das Vadias* se espalhou em efeito dominó. Milhares de mulheres de diversos países vêm saindo às ruas, desde abril, em diversas *Slutwalks* e *Marchas das Vadias*, deixando claro seu descontentamento com a forma como vêm sendo tratadas em razão de suas roupas e comportamento.” VIANNA, Cynthia Semíramis. A marcha pela liberdade das mulheres.

convencional, o que permite, [...] que essa ligação seja ao mesmo tempo reconhecida e deslocada”.²¹³

Expressões como “veado”, “bicha” e “traveco”, por exemplo, nos auxiliam a melhor visualizar como certos conceitos precisam ser referenciados, precisam de um recurso contextual para que a ofensividade potencial seja “completada”.

*Em outras palavras, isso equivale a dizer que não é possível identificar nas palavras um significado literal, fixo, transcendental, que a significação é um campo caracterizado pela incompletude e que é a versatilidade das formas linguísticas em sua relação com os fatores contextuais que torna a linguagem produtiva como ela é. Isso faz com que o repertório dos insultos de uma língua seja praticamente inesgotável.*²¹⁴

Grosso modo, essa dificuldade é imposta pelas características próprias da linguagem, posto que a historicidade e a contingência das palavras, sejam estas insultantes ou não, seus usos e significações não podem ser valorados sem o referencial social. E é nesse sentido, que compreendemos ser impossível analisar os discursos de ódio, sejam homofóbicos, racistas, xenófobos ou sexistas, sem nos voltarmos para a própria materialidade e facticidade dos mesmos.

Em sua tese de doutoramento, Karla Cristina dos Santos nos apresenta uma cartilha que a *Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República* (SDH/PR) lançou no ano de 2004, intitulada *Politicamente Correto e Direitos Humanos*, que buscava elencar num glossário 96 palavras e expressões que carregavam em si formas de preconceito e discriminação contra os mais variados grupos vulneráveis. Destacamos alguns dos termos que mais poderiam se ligar aos discursos de ódio homofóbicos:

Baitola – Palavra de origem nordestina que, junto com “bicha”, “boiola” e outras é utilizada para depreciar os homossexuais. Em respeito às pessoas que sentem atração ou mantem relações amorosas ou sexuais com pessoas do próprio sexo, utilize as seguintes identificações: gay – para homens e mulheres; entendido(a) – para homens e mulheres; lésbica – para mulheres; travesti e transsexual – para transgêneros; bissexuais – para homens e mulheres. **Traveco** – Expressão usada para discriminar as travestis. Tratamentos respeitosos são “travestis” ou “transsexuais”. **Vadia** – Palavra usada para discriminar as prostitutas. Ver o verbete “Mulher da vida”. **Veado** – Uma das referências mais comuns e

²¹³ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.35.

²¹⁴ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.35.

*preconceituosas aos homossexuais masculinos. As expressões adequadas são gay, entendido, homossexual.*²¹⁵

Empreender tal listagem nos parece uma tarefa hercúlea e, ao mesmo tempo, ingênua, visto que além da quantidade infinita de termos que podem ser utilizados para ofender uma pessoa, muitos dos termos listados, quando estão fora de contexto, nem potencialmente apresentam tal capacidade.

*Não existe palavra tão pejorativa que não possa, em certo contexto, ser usado sem efeito de ódio [...]; por outro lado, existem muitas palavras que são candidatas óbvias à proibição, mas que poderiam, em certo contexto, ser sensatamente julgadas aceitáveis. Uma solução para o enigma aqui seria aqui argumentar que a ofensa não está apenas, mas nos atos; ela não é inerente em um fragmento de linguagem, mas é constituída por atos particulares e contextualizados de uso da linguagem e a escolha efetiva das palavras pode ser relevante de diversas formas para a ofensa.*²¹⁶

Nesse sentido, a importância de se considerar a injúria ou insulto um ato de linguagem se faz ainda mais presente. Para Karla Cristina dos Santos e Deborah Cameron, convém lembrar que não é possível julgar se um determinado discurso pode ser considerado ofensivo caso se olvide “*a quem a frase se aplica convencionalmente e quais são os usos convencionalmente associados às palavras que constituem a frase*”.²¹⁷

*[...] as palavras não carregam significados em si mesmas, mas significam aquilo que elas realizam no contexto de situação, em relação às pessoas e coisas presentes e aos eventos relevantes ocorridos antes, durante e depois de as palavras serem ditas. A consequência dessa concepção radical de contexto, seria a primeira vista, o reconhecimento de uma multiplicidade de significados, tendo em vista a infinidade e imprevisibilidade dos contextos de uso das palavras.*²¹⁸

Sendo assim, a definição do contexto é importantíssima, visto que certas expressões descontextualizadas de nada servem. A palavra “gay”, por exemplo, que em inglês significa denotativamente alegre e festivo e que atualmente tem sido utilizada muito mais para se referir às pessoas homossexuais, pode nos dar uma noção sobre a importância da contextualização social e histórica.

Referir-se a uma pessoa LGBT como gay não é, *a priori*, uma ofensa. Como vimos acima, uma palavra pode ser utilizada de diversas maneiras e ter diversos significados

²¹⁵ CARTILHA. Politicamente Correto & Direitos Humanos.

²¹⁶ CAMERON, Deborah. *apud* SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.36.

²¹⁷ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.38.

²¹⁸ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.38.

dependendo do contexto. Muitos LGBT se auto denominam como gays, o termo é utilizado para marcar uma identidade não-heterossexual, sem qualquer conotação negativa. Entretanto, muitas vezes o termo pode ser utilizado com a intenção de ofender alguém, tendo em vista que as identidades LGBT são moralmente percebidas com desprezo.²¹⁹

Essa vulnerabilidade significa que não existe um conjunto de condições que fazem esses grupos estarem mais propícios à ocorrência do crime de injúria e essas condições não se restringem ao plano individual, mas incluem fatores históricos, culturais, sociais e políticos. Tendo em vista o conceito de vulnerabilidade[...], é possível pensar na existência de certa relação entre o ato individual de insultar alguém e a história de discriminação e exclusão que certos insultos podem invocar. Reconhecer a existência de grupos vulneráveis significa entender que os efeitos injuriosos têm um alcance para além do campo puramente individual, o que coloca em questão a opinião jurídica de que a injúria é uma ofensa à honra subjetiva e não uma forma de segregação ou discriminação.²²⁰

Podemos citar o caso do brasileiro de Rolliver de Jesus, jovem de 12 anos de idade, que cometeu suicídio porque não aguentava mais ser alvo de agressões verbais. O garoto era constantemente chamado de bicha, veado e gay pelos colegas de escola.²²¹ Caso muito semelhante é a recente tentativa de suicídio, dessa vez de um garoto norte-americano, Michael Morones, de 11 anos de idade, que também, cansado de ser chamado de gay por outros garotos em razão de sua presumida homossexualidade, tentou se enforcar e foi encontrado pelos pais desmaiado em seu quarto – o jovem sofreu sequelas severas por ter ficado muito tempo sem oxigênio.²²²

Vimos, portanto, que as palavras não carregam em si o significado último e único que poderiam ter, antes pelo contrário, dependem muito do contexto histórico e social em que são utilizadas. De acordo com Karla Cristina dos Santos, entretanto, o segundo critério a ser levado em consideração na análise da potencialidade ofensiva de um determinado discurso, é o fato de que nem sempre o contexto é suficiente para determinar o insulto.

²¹⁹ De acordo com estudo realizado pelo União Europeia, as pessoas LGBT tem uma maior propensão à depressão, auto-mutilação e tentativas de suicídio do que a maioria da população, em razão das práticas e discursos de ódio a que estão submetidos. FRA. European Union Agency for Fundamental Rights. Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States.

²²⁰ SANTOS, Karla Cristina dos. Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem. p.549.

²²¹ CARVALHO, Salo. Criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.206.

²²² REVISTA FÓRUM. Após bullying homofóbico, garoto de 11 anos tenta se matar e comove os EUA.

De acordo com John L. Austin, é necessário ter acesso à situação total de fala para que se possa compreender a força do enunciado e os efeitos daí advindos. Isso significa dizer que, “[...] o estudo da linguagem como ação envolve uma discussão não só do significado, como, fundamentalmente, da dimensão do extra-enunciado, ou seja, do que se costuma chamar de contexto e que inclui os sujeitos de fala, o momento, a força e os efeitos do ato”.²²³

É em razão dessa necessidade de encontrar a situação de fala total que se encontra a limitação da teoria dos atos de fala.²²⁴ Um dos primeiros teóricos a reconhecer a fragilidade desse apego à situação de fala total foi Jacques Derrida.²²⁵

Para o filósofo francês, aquilo que John L. Austin percebe como uma cilada é, ao contrário, uma característica comum de todos os signos linguísticos, os quais estão sujeitos à apropriação, à reiteração e à re-citação.²²⁶

Derrida argumenta que, em vez disso, os signos podem ser transplantados para contextos imprevistos e citados de modos inesperados, uma apropriação e um deslocamento que ele chama de transplante citacional: todos os signos podem ser colocados entre aspas (“sexo”, “raça”), citados, transplantados e reiterados de modos que não se ajustem às intenções de seus falantes ou escritores originais, e isso significa que, tal como afirma Derrida, a possibilidade de fracasso é intrínseca e necessária ao signo: ela é, na verdade constitutiva do signo.²²⁷

Esta concepção do contexto de John L. Austin também é criticada por Judith Butler em seu livro *Excitable Speech*.²²⁸ Para a filósofa quando afirmamos que o discurso de ódio é violento, que palavras podem nos ferir, estamos afirmando que este tipo de discurso possui uma capacidade de agenciamento (*agency*²²⁹), um poder de ferir, e que

²²³ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.40.

²²⁴ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.40.

²²⁵ DERRIDA, Jacques. Margens da filosofia. p.362

²²⁶ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.128.

²²⁷ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.128.

²²⁸ Utilizamos aqui a tradução espanhola: “Lenguaje, Poder e Identidad”.

²²⁹ Optamos por utilizar agenciamento como tradução para “agency” por ser de uso corrente nos trabalhos que citam obras de Judith Butler, no Brasil. Como bem define Beatriz Preciado nas notas do livro *Lenguaje, poder e identidad*: “O conceito butleriano de “agência” opõe-se à noção de liberdade soberana (sovereign freedom), e à noção de autonomia, ou seja, a liberdade se apresenta como qualidade inalienável de um sujeito metafísico ou de uma pessoa moral. Butler vai pensar a linguagem em termos de agência, vendo a performatividade não como a utilização soberana da linguagem, mas como uma intervenção comprometida em um processo interminável de repetição e de citação. Esta noção de agência performativa surge da separação do ato de fala do sujeito soberano da metafísica tradicional que aparecia na origem do significado e da intencionalidade linguística. Enquanto alguns leitores confundem a crítica da soberania com a demolição de liberdade política, Butler propõe uma noção de agência que começa onde a soberania termina. Aquele que atua (embora não seja um sujeito soberano), atua precisamente na

podemos ser alvos desses discursos.²³⁰ Isso significa dizer que a linguagem é percebida como ação, e que atua sobre pessoas de carne e osso.

Judith Butler também não compartilha da suposição de que certos enunciados são sempre ofensivos, independente do contexto, ou ainda, com a concepção de que os efeitos ofensivos de certas palavras são sempre contextuais, “[...] esses argumentos não explicam nem o poder que esses enunciados têm de produzir ofensa, nem como o contexto é invocado e remontado no momento da fala”.²³¹ Somos instados a pensar sobre os questionamentos impostos pela análise de Judith Butler:

*Poderia por acaso a linguagem nos ferir se não fôssemos, em algum sentido, seres linguísticos, seres que necessitam de linguagem para existir? É a nossa vulnerabilidade ante a linguagem uma consequência de nossa constituição linguística? Se somos constituídos pela linguagem, então esse poder constitutivo precede e condiciona qualquer decisão que poderíamos tomar acerca dele, insultando-nos desde o início, desde seu poder prévio.*²³²

Grosso modo, Judith Butler retoma as questões levantadas por John L. Austin sobre a performatividade da linguagem, e também, se indaga sobre as relações de poder e saber na construção dos discursos hegemônicos na formação dos sujeitos modernos da

medida em que existe desde o princípio dentro de um domínio linguístico da restrições que são ao mesmo tempo possibilidades. Butler tenta, assim, fundar uma noção alternativa de liberdade performativa e, finalmente, da responsabilidade política, uma noção que reconhece plenamente a forma como o sujeito político é constituído na linguagem (tradução nossa)”. No original: El concepto butleriano de “agencia” se opone a la noción de libertad soberana (sovereign freedom), y la noción de autonomía, es decir a la libertad que se presenta como una cualidad inalienable de sujeto metafísico o de un individuo moral. Butler va a pensar el lenguaje en términos de agencia, viendo la performatividad no como la utilización soberana del lenguaje sino una intervención comprometida en un proceso interminable de repetición y de citación. Esta noción de agencia performativa surge de la separación del acto de habla del sujeto soberano de la metafísica tradicional que parecía en origen del sentido y de la intencionalidad lingüísticas. Mientras algunos lectores confunden la crítica de la soberanía con la demolición de la libertad política, Butler propone una noción de agencia que comienza allí donde la soberanía termina. Aquel que actúa (aunque no es un sujeto soberano), actúa precisamente en la medida en que existe desde el principio dentro de un campo lingüístico de restricciones que son al mismo tiempo posibilidades. Butler intenta de este modo fundar una noción alternativa de libertad performativa y, finalmente, de responsabilidad política, una noción que reconozca plenamente el modo en el que sujeto político se constituye en el lenguaje.” BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.73.

BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.73.

²³⁰ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.16.

²³¹ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.42.

²³² No original: ¿Podría acaso el lenguaje herirnos si no fuéramos, en algún sentido, seres lingüísticos, seres que necesitan del lenguaje para existir? ¿Es nuestra vulnerabilidad respecto al lenguaje una consecuencia de nuestra constitución lingüística? Si estamos formados en el lenguaje, entonces este poder constitutivo precede y condiciona cualquier decisión que pudiéramos tomar sobre él, insultándonos desde el principio, desde su poder previo. BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.16.

obra de Michel Foucault, quando questiona a força violenta que o discurso de ódio carrega consigo.

*O problema da linguagem injuriosa suscita a questão de quais são as palavras que ferem, quais representações ofendem, fazendo com que nos concentremos naquelas partes da linguagem que são pronunciadas, pronunciáveis, explícitas. E, no entanto, o dano linguístico parece ser o efeito não apenas das palavras que se referem a uma pessoa, mas também do tipo de elocução, de um estilo – um arranjo ou comportamento convencional - que interpela e constitui um sujeito.*²³³

Para o filósofo Michel Foucault, assim como também para John L. Austin, Judith Butler e muitos outros, o conhecimento e a linguagem não podem e não devem ser vistos, de modo algum, como espelhos fieis da realidade.²³⁴

De acordo com o Michel Foucault, em toda sociedade a produção discursiva é não-neutra, é *“controlada, selecionada, organizada, redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e terrível materialidade.”*²³⁵

*Notaria apenas que, em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes. Por que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso - como a psicanálise nos mostrou - não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que - isto a história não cessa de nos ensinar - o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar.*²³⁶

Nas sociedades contemporâneas, sociedades normalizadoras como a nossa, a linguagem é, acima de tudo, um instrumento de poder, tendo em vista que somos expostos cotidianamente a discursos com *“status de verdade”* que são responsáveis por formar as mais variadas camadas da nossa identidade.²³⁷

²³³ No original: “El problema del lenguaje de la injuria suscita la cuestión de cuáles son las palabras que hieren, qué representaciones ofenden, haciendo que nos concentremos en aquellas partes del lenguaje que son pronunciadas, pronunciables, explícitas. Y, sin embargo, el daño lingüístico parece ser el efecto non sólo de las palabras que se refieren a uno sino también del tipo de elocución, de un estilo –una disposición o un comportamiento convencional – que interpela y constituye a un sujeto.” BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.16.

²³⁴ VEYNE, Paul. Foucault: Seu pensamento, sua pessoa. P.16.

²³⁵ FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. p.9-10.

²³⁶ FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. p.9-10.

²³⁷ VIANNA, Túlio. Crítica da Razão Comunicativa: o direito entre o consenso e o conflito. p.39.

Judith Butler, busca na obra de Michel Foucault suas indagações sobre o poder, especialmente no trabalho *A história da Sexualidade: a vontade de saber*, quando o filósofo questiona o poder não como algo dado, mas como uma posição estratégica, como uma relação. “Mas, o que é o poder a partir desse ponto de vista? Se não se trata de uma força que um determinado sujeito possui. Poderia tratar-se então de uma força que a linguagem possui?”²³⁸

*O poder, o nome, é, entre outras coisas, "o efeito do conjunto que se desenha a partir de todas essas movimentações, o encadeamento que apoia em cada uma delas e trata de fixa-las". É um movimento, é um encadeamento, um encadeamento que se apoia nessas expressões, posto que em um certo sentido é delas derivada, um encadeamento derivado de expressões que voltam contra si mesmas, que tentam fixar seu movimento. Seria, talvez, o "nome" uma das formas em que essa retenção de realiza? Aqui está uma maneira estranha de pensar o poder, como retenção do movimento, de ver como um movimento se interrompe ou se detém através da normalização. O nome carrega consigo o movimento de uma história que ele mesmo detém.*²³⁹

Nesse sentido, de acordo com Judith Butler, podemos dizer que insulto é um dos primeiros agravos linguísticos que uma pessoa aprende durante a vida. Sabemos também, que nem todos os nomes que nos dão tem essa capacidade de insultar ou ferir, de modo que ser nomeado é uma das maneiras pelas quais nossas identidades são constituídas pela linguagem e, ainda aqui, a filósofa retoma a noção de “interpelação” do filósofo marxista francês, Louis Althusser.²⁴⁰

Ao sermos interpelados – ou seja, nomeados – somos inseridos em uma existência social específica, o que nos permite tornarmo-nos verdadeiros sujeitos, mas também nos coloca irremediavelmente sob a dependência do Outro, daquele que realizará a interpelação (o qual, por sua vez, já foi objeto anterior de uma interpelação). Nesse sentido, a linguagem confere existência ao corpo, graças ao seu poder interpelativo, mas também pode ameaça-lo. E isso porque a interpelação também é, em si mesma, ritualística. Cada nova interpelação pode reencenar aquele ato inaugural que nos inseriu na sociedade, e, por conseguinte, tem o poder

²³⁸ No original: “Pero ¿ qué es el poder desde este punto de vista? Si no se trata de una fuerza que uno posee, ¿podría tratarse entonces de una fuerza que posee el lenguaje?” BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.65.

²³⁹ No original: “El poder, el nombre, es, entre otras cosas, “el efecto de conjunto que se dibuja a partir de todas esas movilidades, el encadenamiento que se apoya en cada una de ellas y trata de fijarlas”(Foucault, M.1977:113) Es movimiento, es un encadenamiento, un encadenamiento que se apoya en esas expresiones, puesto que en cierto sentido se deriva de ellas, un encadenamiento que se apoya en esas expresiones, puesto que en cierto se deriva de ellas, un encadenamiento derivado de expresiones que vuelven contra sí mismas, que intentan fijar su movimiento, ¿Sería quizás el “nombre” una de las formas en las que esa retención se realiza? He aquí una forma extraña de pensar el poder, como retención del movimiento, de ver cómo un movimiento se interrumpe o se detiene a través de la nominalización. El nombre lleva consigo el movimiento de una historia que él mismo detiene.” BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.65.

²⁴⁰ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.17.

*de nos arrancar do contexto em que nos inserimos e nos lançar em uma nova realidade totalmente nova – mas não necessariamente benéfica, como no caso das interpelações injuriosas. É por isso que, segundo Butler, existem palavras que nos amedrontam, nos ameaçam: nossa existência não advém de termos sido reconhecidos, mas de sermos reconhecíveis, e, portanto, vulneráveis a atos de violência linguística que visam justamente desconstruir nossa condição de sujeitos, reconstruindo-a de acordo com a vontade do Outro.*²⁴¹

Consoante assevera o filósofo francês Didier Eribon que se o discurso é dotado de poder não é apenas porque eu escutei e me ofendi com a injúria, e que a partir de então temo ouvi-la novamente, mas antes e sobretudo, porque a injúria me precede. A linguagem é um sistema de significação que permite que possamos estabelecer identidades e diferenças²⁴² entre coisas e pessoas. Permite estabelecer hierarquias sociais, culturais, raciais.²⁴³

O que a injúria me diz é que eu sou alguém anormal ou inferior, alguém sobre quem o outro tem poder, e em princípio, o poder de me insultar. O insulto é, por conseguinte, a expressão da assimetria entre os indivíduos, entre os que são legítimos e que não são, e que por tal razão, são vulneráveis. Isso significa que a injúria tem outro significado. É também a forma de um poder constituinte. Visto que a personalidade, a identidade pessoal, a consciência mais íntima é moldada também pela própria existência dessa hierarquia, pelo lugar que se ocupa na mesma e, portanto, pelo olhar do outro, o "dominador" e a faculdade que este tem de me subjugar, de me insultar quando quiser, deixando-me saber que tem o poder de me insultar, e de que eu sou uma pessoa insultável e insultável ao infinito. Então, minha auto-identidade é produzida por estas palavras que estigmatizam, que o outro me dirige, que o outro pode atirar-me a qualquer momento, em qualquer

²⁴¹ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.36.

²⁴² “Dizer que são resultado de atos de criação linguística significa dizer que não são “elementos” da natureza, que não são essências, que não são coisas que estejam simplesmente aí, à espera de serem reveladas ou descobertas, respeitadas ou toleradas. A identidade e a diferença têm que ser ativamente produzidas. Elas não são criaturas do mundo natural ou de um mundo transcendental, mas do mundo cultural e social. Somos nós que as fabricamos, no contexto de relações culturais e sociais. A identidade e diferença são criações sociais e culturais. SILVA, Tomaz Tadeu. A produção social da identidade e da diferença. p.76.

²⁴³ “[...] e a linguagem contém inumeráveis palavras que marcam essas hierarquias, instauram fronteiras e definem lugares. A linguagem está lá antes dos indivíduos e os espera para poder insultá-los. Assim, a consciência e a subjetividade dos indivíduos se constroem com a aprendizagem da linguagem, e também com os valores de exclusão que essa linguagem (injuriosa) carrega e incita (como lembra Pierre Bourdieu no colóquio de Beubourg, em Junho de 1997, o *Katégorien* grego, daí a palavra "categoria", significa "reconhecer publicamente." Ser injuriado é ser colocado em uma categoria, e uma categoria que é considerada inferior e apontada com o dedo, estigmatizada) (tradução nossa)”. No original: [...] y el lenguaje contiene innumerables palabras que marcan estas jerarquías, instauran las fronteras y asignan los lugares. El lenguaje está allí antes que los individuos y les espera para poder-les insultarles. Así, dado que la conciencia, la subjetividad de los individuos, se construye con el aprendizaje del lenguaje, lo es a la vez con los valores de exclusión de los que este lenguaje es el portador y el instaurador (como recordaba Pierre Bourdieu durante el coloquio del Beubourg, en junio de 1997, el griego *katégorien*, de donde proviene la palabra “categoría”, quiere decir “acusar públicamente”. Ser injuriado es ser colocado en una categoría, y una categoría considerada como inferior y señalada con el dedo, estigmatizada).” ERIBON, Didier. Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay. p.56. ERIBON, Didier. Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay. p.56.

circunstância, inclusive quando eu menos esperar. Além disso, são palavras que podem me causar medo pelo impacto, pela violência, sem a necessidade que sejam pronunciadas, posto que podem ser pronunciadas a qualquer momento e sua ameaça é constante. De fato, a injúria exerce seus efeitos mesmo sem ter sido proferida, como no caso do professor de ensino médio entrevistado pela Régis Gallerand em seu estudo sobre a associação filiada a David e Jonathan, que teme a cada manhã, ao entrar classe, ver escrito no quadro negro as letras PD (pederasta). A injúria, real ou potencial, a existência da lesão no horizonte da minha vida define a minha relação com o mundo e com os outros. E é ela que institui a dominação e constitui as subjetividades subjugadas.²⁴⁴

Didier Eribon acredita que a linguagem e a estrutura social seriam partes complementares, e o discurso de ódio funcionaria, assim, como um *continuum* linguístico – e social – cujo efeito estabelece variadas formas de produção da subordinação e da discriminação.²⁴⁵

A injúria é uma cobrança à ordem, a essa ordem/norma que com as outras realidades sociais e linguísticas instituem e perpetuam, legitimam ou justificam. Entre o insulto “negro imundo” e as leis que proíbem os casamentos interraciais no Estados Unidos nos anos sessenta há uma continuidade perfeita e evidente. Mas também há uma continuidade com os discursos de legitimação do racismo científico, do racismo que justifica a discriminação com base em uma invocação da desigualdade, seja esta concebida como cultural ou natural. Há um continuum linguístico que vai desde as frases de ódio até as teorizações racistas, sejam naturalistas ou culturalistas, sejam hard ou soft, extremistas ou moderadas.²⁴⁶

²⁴⁴ No original: “Lo que la injuria me dice es que soy alguien anormal o inferior, alguien sobre el que el otro tiene el poder, y en principio, el poder de injuriarme. La injuria es, pues, la expresión de la asimetría entre los individuos, entre los que son legítimos y los que no lo son, y por la misma razón, son vulnerables. Lo cual requiere decir que la injuria es también mucho más que eso. Tiene también la forma de un poder constituyente. Pues la personalidad, la identidad personal, lo más íntimo de la conciencia está moldeado por la misma existencia de esta jerarquía, por el lugar que se ocupa en ella y, por lo tanto, por la mirada del otro, el “dominante”, y la facultad que tiene de infravalorarme al insultarme, haciéndome saber que puede insultarme, que soy una persona insultable, e insultable hasta el infinito. Así, he sido producido como lo que soy en mi mismo ser por estas palabras de estigmatización que el otro puede dirigirme, lanzarme en cualquier momento, en cualquier circunstancia, incluso cuando menos lo espero. Más aún, son palabras de las que puedo temer el impacto, la violencia, sin que haya necesidad de que se pronuncien, ya que sé que pueden serlo y que su amenaza está siempre presente. En efecto, la injuria ejerce sus efectos incluso sin ser proferida, como en el caso del profesor de instituto entrevistado por Régis Gallerand en su estudio sobre los afiliados a la asociación David y Jonathan, que teme cada mañana al entrar en clase, ver escritas en pizarra las dos letra PD (=pederasta). La injuria, real o potencial, la existencia de la injuria en el horizonte de mi vida, define mi relación con el mundo y con los demás. Es la que instituye la dominación y la que constituye las subjetividades sometidas.” ERIBON, Didier. *Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay*. p.55 -56.

²⁴⁵ ERIBON, Didier. *Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay*. p.58.

²⁴⁶ No original: “La injuria es una llamada al orden, a ese orden que el resto de realidades sociales y lingüísticas instituyen y perpetúan, legitiman o justifican. Entre el insulto “sucio negro” y las leyes que prohibían los matrimonios interraciales en Estados Unidos hasta los años sesenta hay una continuidad perfecta y evidente. Pero también hay una continuidad con los discursos de legitimación intelectual del racismo basando la discriminación en una invocación a la desigualdad, sea esta concebida como natural o cultural. Hay un continuum lingüístico que va desde las frases de odio hasta las teorizaciones racistas, ya sean naturalistas o culturalistas, ya sean hard o soft, extremistas o moderadas.” ERIBON, Didier. *Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay*. p.58.

Também para Judith Butler, “o significado das palavras nunca é, em última análise saturável. Um ato de fala não se dá no momento exclusivo de sua enunciação, mas é a “condensação” dos significados passados, dos significados presentes e até mesmo futuros e imprevisíveis.”²⁴⁷.

É por meio desta análise que se percebe a influência dos trabalhos de Michel Foucault na obra de Judith Butler. Os discursos carregam em si efeitos de saber-poder que excedem os enunciados. Dito de outro modo, a linguagem é uma cadeia que se estende para trás e para além do falante.²⁴⁸

*Obviamente, os nomes ofensivos tem uma história, uma história que é evocada e consolidada no momento da enunciação, mas que não se diz de uma forma explícita. Não se trata simplesmente de uma história de seus usos, dos contextos ou dos fins para os quais têm sido utilizados; se trata da forma em que tais histórias são assumidas e detidas no tempo e pelo tempo. Portanto, o nome tem uma historicidade, que posso entender como a história que se tornou interna ao nome, para constituir o significado contemporâneo de um nome: a sedimentação de seus usos se converteu em parte desse nome, uma sedimentação que se solidifica, o que concede ao nome sua força. Se entendermos a força do nome como um efeito da sua historicidade, então a força não é mero efeito causal de um golpe, mas de um trauma, de uma memória que vive na linguagem e que a linguagem transmite. A força do nome não depende apenas de sua iteratividade, mas também de uma forma de repetição que está relacionada com o trauma, a repetição de algo que, a rigor, não é lembrado, mas revivido através de uma substituição linguística em lugar do evento traumático, é uma experiência prolongada que ao mesmo tempo desafia e propaga a representação. O trauma social não tem a forma de uma estrutura que se repete mecanicamente, mas sim uma constante subjugação, a recolocação em cena da ofensa através dos signos que ao mesmo tempo obstruem e recriam a cena.*²⁴⁹

É a partir dessa análise sobre o poder de ferir das palavras ou do poder de injuriar que certos enunciados carregam, que Judith Butler constrói sua própria noção

²⁴⁷ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.143.

²⁴⁸ CINTRA, Reinaldo Silva. O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem. p.34.

²⁴⁹ No original: “Evidentemente, los nombres injuriosos tienen una historia, una historia que se invoca y se consolida en momento de la enunciación, pero que no dice de una forma explícita. No se trata simplemente de una historia de sus usos, de los contextos o de los fines con los que ha sido utilizados; se trata de la forma en la que tales historias son asumidas y detenidas en el tiempo y por el tiempo. Por tanto, el nombre tiene una historicidad, que puedo entenderse como la historia que se ha vuelto interna al nombre, para constituir el significado contemporáneo de un nombre: la sedimentación de sus usos se ha convertido en parte de ese nombre, una sedimentación que se solidifica, que concede al nombre su fuerza. Si entendemos la fuerza del nombre como un efecto de su historicidad, entonces la fuerza no es el mero efecto causal de un soplo, sino que un trauma, una memoria que vive en lenguaje y que el lenguaje transmite. La fuerza del nombre depende no sólo de su iterabilidad, sino también de una forma de repetición que está relacionada con el trauma, repetición de algo que, en un sentido estricto, no se recuerda, sino que se revive a través de una sustitución lingüística en el lugar del acontecimiento traumático es una experiencia prolongada que al mismo tiempo desafia e propaga la representación. El trauma social no tiene la forma de una estructura que se repite mecánicamente, sino más bien de una subyugación constante, la puesta en escena nuevamente de la ofensa a través de los signos que al mismo tiempo obstruyen y recrean la escena”. BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. p.66.

de “contexto”. De acordo com Karla Cristina de Souza, a construção da noção da filósofa norte-americana é profundamente influenciada pela desconstrução derridiana.

Nesse sentido, pode-se compreender que dizer que as palavras podem ferir e que o efeito ofensivo está necessariamente relacionado ao ato em si, “[...]seu contexto original e as intenções que deram origem a ele, é desconsiderar a possibilidade de ressignificação da fala ofensiva, de que tal fala possa ser citada e que ocorra uma ruptura com o seu contexto anterior, passando, então, o enunciado a ocupar novos contextos para os quais ele não tinha sido originalmente pensado.”²⁵⁰

Na medida da crítica realizada por Judith Butler, podemos pensar que não é possível elencar uma lista de palavras ou expressões ofensivas justamente pela capacidade citacional que os enunciados possuem. De modo que, ao arrancarmos as palavras de seu contexto original, elas podem ser utilizadas de qualquer maneira.

O termo homossexual, por exemplo, provém de um momento histórico em que a homossexualidade era considerada uma patologia do instinto sexual pela medicina e figurava em documentos como o *Catálogo Internacional de Doenças* e no *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais* sob a rubrica “homossexualismo”. Muitos homossexuais ainda hoje se sentem ofendidos quando alguém se refere à sua orientação sexual como “homossexualismo”, tendo em vista que o termo remete à patologização da orientação sexual não heteronormativa.

O termo “queer”, entretanto, é sempre utilizado para demonstrar que a ressignificação é possível ao se deslocar do contexto original, em que a palavra era utilizada para se referir às pessoas LGBT como estranhas, esquisitas e desviadas. Ao ser reapropriado por pesquisadores do mundo inteiro que se debruçam sobre as questões de gênero, o termo “queer”, através da teoria “queer”, acabou tendo anulado seu potencial ofensivo.

*Butler acredita que a brecha que separa o ato de fala de seus futuros efeitos não só deixa aberta a possibilidade de falha (que é tão explorada por Austin) como permite que essa possibilidade seja a condição para a reação crítica: “o intercalo entre instâncias de enunciado não apenas torna a repetição e ressignificação do enunciado possível, mas mostra como as palavras poderiam, através do tempo, vir a ser separadas de seu poder de injuriar e ser recontextualizadas de modos mais afirmativos”.*²⁵¹

²⁵⁰ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.44.

²⁵¹ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.44.

Entretanto, a questão da apropriação e ressignificação de termos injuriosos e que tem uma capacidade de subordinação inerente, parece não se aplicar a todos os enunciados. A palavra “*nigger*”²⁵² está historicamente ligada a manifestações racistas nos Estados Unidos. O episódio *The N Word* do programa norte-americano *Curb Your Enthusiasm*, apresentado pelo humorista Larry David, sempre é utilizado para ilustrar a complexidade desse modo de entender o contexto que Judith Butler nos apresenta.²⁵³

A cena inicia em um banheiro público, quando Larry David (homem branco), interpretando um médico em uma convenção, ouve um rapaz conversando com outro sujeito pelo telefone. O médico, ao encontrar sua amiga no salão do evento, começa a lhe contar a conversa que ouviu no banheiro, enquanto um outro médico (homem negro) passa pelo local e pega a conversa pela metade:²⁵⁴

Larry: Esse cara no celular. Ele estava falando com um amigo e estava irritado e reclamando, sabe? Ele teve que carregar uns móveis e disse para o amigo, “eu machuquei minha mão, porque eu tive que dar duro por causa desse nigger (negro) de 130 quilos que estava...”

Médico Negro: O que você disse? O que você acabou de dizer?!

Larry: (embaraçado)

Médico Negro: O que você acabou de abrir a boca pra dizer?!

Larry: Não, não...

Médico Negro: você acabou de usar a palavra mais vil da língua inglesa! Como se atreve?!

Larry: Não, eu estava...

*Médico Negro: como se atreve – na minha frente! Você é desprezível! Eu não suporto gente como você, seu careca filho da puta!*²⁵⁵

Partindo da teoria dos atos de fala de Austin, só quem tem acesso à situação de fala total é que poderia de fato compreender o que se passou na cena. Conforme estabelece Karla Cristina dos Santos, o médico negro, por exemplo, não teve tal acesso pois ouviu apenas uma parte da conversa, e entendeu que Larry David seria o autor do enunciado. Entretanto, Larry estava apenas narrando um acontecido, ou seja, citando a palavra fora do contexto insultante.

²⁵² O termo “Nigger” é extremamente pejorativo nos Estados Unidos, não encontramos em português nenhuma tradução que permita expressar todo o desconforto e abjeção que carrega para o povo daquele país. Nesse sentido, acreditamos que qualquer tradução seria leviana.

²⁵³ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.44.

²⁵⁴ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.44.

²⁵⁵ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.45.

Isso significa que o ato de fala nunca é um acontecimento singular, fechado, mas que ele recupera momentos anteriores e continua agindo no futuro. Dessa forma, para um enunciado injurioso ter força e surtir efeitos, não basta que um falante o atualize através de um ato singular de fala, é preciso que ele repita o conjunto de práticas autorizadas anteriormente, o que significa de acordo com Butler revigorar uma herança de interpelações injuriosas, citar, reeditar, restabelecer contextos de ódio e de injúria.²⁵⁶

Compreendemos que apesar de muitos pesquisadores, especialmente aqueles ligado à *teoria queer*, afirmarem a possibilidade de expropriação e ressignificação subversiva de certos termos que historicamente são utilizados para subjugar e dominar determinados grupos, como aconteceu com “*queer*”, “*homossexual*” e outras palavras, termos como “*traveco*” e “*nigger*” parecem irrecuperáveis.²⁵⁷

A própria Judith Butler afirma que os enunciados não podem ser metaforicamente descolados de suas historicidades. Para a filósofa, as propostas que tem como objetivo regular o discurso de ódio acabam, inevitavelmente, citando os termos ofensivos, estabelecendo codificações e listas intermináveis sobre o que é o que não é discurso de ódio, e ainda, de modo pedagógico, estabelecendo os danos que tais discursos podem causar.²⁵⁸

Parece que a repetição é inevitável, e a questão estratégica permanece sem resposta: qual é o melhor uso possível da repetição? O melhor uso da repetição não é um efeito distante da agência, mas precisamente uma luta a partir do interior das restrições que impõe a compulsão. No caso do discurso de ódio, parece não haver nenhuma maneira de melhorar o seu efeito se não for através de uma nova colocação em circulação, inclusive se essa circulação têm lugar no contexto de um discurso público que apela à censura de tal linguagem: o censor se vê obrigado a repetir a linguagem que ele mesmo proíbe. Mesmo que alguém se oponha veementemente a tal linguagem, a sua rearticulação inevitavelmente reproduz o trauma. Não há nenhuma maneira de invocar exemplos de linguagem racista em uma sala, sem que para isso se invoque a sensibilidade racista, o trauma, e para algumas pessoas, a excitação.²⁵⁹

²⁵⁶ SANTOS, Karla Cristina dos. Injúrias Raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem. p.553.

²⁵⁷ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.45.

²⁵⁸ BUTLER, Judith. *Lenguaje, Poder e identidad*. p.66.

²⁵⁹ No original: “Parece que la repetición resulta inevitable, y la pregunta estratégica continúa sin respuesta: ¿cuál es el mejor uso posible de la repetición? El mejor uso de la repetición no es un efecto a distancia de la agencia, sino precisamente una lucha desde el interior mismo de las restricciones que impone la compulsión. En el caso del lenguaje de odio, parece que no hay manera de mejorar sus efectos si no es a través de una nueva puesta en circulación, incluso si esa circulación tiene lugar en el contexto de un discurso público que apela a la censura de dicho lenguaje: el censor se ve obligado a repetir el lenguaje que él mismo prohibiría. Aunque uno se oponga con vehemencia a tal lenguaje, su rearticulación reproduce el trauma de forma inevitable. No hay manera de invocar ejemplos del lenguaje racista en una clase sin invocar la sensibilidad racista, el trauma, y para ciertas personas la excitación.” BUTLER, Judith. *Lenguaje, Poder e identidad*. p.66-67.

Nesse sentido, Judith Butler argumenta que quando um juiz deve julgar/dizer se em determinado caso as palavras ditas são capazes de ferir em razão da orientação sexual, da identidade de gênero ou da raça, por exemplo, é inevitável que se coloque novamente em circulação aqueles discursos, o que pode reavivar dor em quem sofreu a injúria e quem sente empatia pela vítima, como também pode causar excitação/prazer em outras pessoas, e que isso é um risco que deve ser levado em consideração.

Se pudermos, aqui, nos valer da analogia, guardadas as devidas proporções, quando o sistema judiciário investiga e julga o acontecimento do crime de estupro, este também é um ato que pode causar dor e sofrimento à vítima. Ela também passa pela lembrança constante da lesão sofrida anteriormente, e esse risco não é usado como argumento para, por exemplo, solicitar a não criminalização ou descriminalização desse tipo de conduta.

A questão posta por Judith Butler nos parece ser muito mais de escolha de estratégia de combate aos discursos de ódio: já que a repetição é inevitável, acredita que é melhor que se dê mais pela subversão dos conceitos do que pela via da proibição legislativa e pela avaliação do judiciário.

No Brasil, discursos como os dirigidos à travesti Sofia Favero, no início de 2014, poderiam também ser vistos como exercício da liberdade de expressão?

*Olha, vou te dizer uma coisa: você teve sorte que não cruzou comigo, porque se não você não estaria aqui tirando essa onda de vítima. Tu ia virar pasta naquele asfalto. Mas quem sabe não vou estar te esperando qualquer dia na porta da sua faculdade pra te fazer um carinho, travesti escroto, de quase dois metros de altura, com gogó e o caralho. Teve sorte de pegar um frouxo.*²⁶⁰

E o agressor continua:

Bota uma sainha, dois quilos de maquiagem e sai por aí com seus quase 1,90 de altura, ombros largos, pés enormes, voz grossa, navalha no decote e quer convencer que é mulher. Fica a dica: mulher tem buceta e tem útero e tem ovários e isso você NUNCA vai conseguir ter. NUNCA! Nem com todas as técnicas cirúrgicas e tratamento hormonais do mundo. O aparelho sexual é algo muito mais complexo que uma vagina esculpida a bisturi e um par de peitos enxertados de silicone. E nem com todas as leis que conseguirem aprovar. O parlamento pode tudo, menos transformar um homem em uma mulher. Isso é uma ficção jurídica. Uma afronta à sociedade de homens e mulheres de bem e normais, que não tem que aturar mais esse absurdo. Que não é e não será nunca tolerado. [...] Imaginem se nós vamos PERMITIR (porque, sim, depende da nossa permissão) que uma aberração dessas dê aula para nossos filhos, trabalhe nas nossas repartições públicas, sejam médicos ou advogados ou psicólogos. Se quiserem viver dessa forma abjeta, terão que ser

²⁶⁰ BRASIL POST. Transfóbico: Travesti não é bagunça.

*prostitutas e fazer seus números de circo em boates gays. É esse o lugar que a sociedade tem para vocês.*²⁶¹

Judith Butler reconhece que não há outra maneira de lidar com a ofensa e o trauma sem o esforço árduo de conhecer o contexto e a historicidade do discurso, e só assim, partir daí, modificar (ou pelo menos tentar modificar) a sua trajetória.

*[...] a possibilidade do uso da legislação repressiva pelo discurso de ódio de forma tendenciosa contra as próprias minorias realmente existe e não deve ser negligenciada. Como também existe a possibilidade de que as normas que punem o roubo ou o homicídio sejam usadas de forma preconceituosa contra grupos estigmatizados – como frequentemente são –, mas nem por isso se prega que estas condutas devam ser legalizadas. A rigor, em sociedade assimétricas, em que o preconceito tem raízes tão fundas, é necessário lidar com o risco permanente de que toda e qualquer norma seja aplicada de forma desigual, de maneira a perpetuar as relações de poder e de dominação existentes. Não é preciso adotar a teoria marxista do Direito como componente da superestrutura social, ou perfilhar a visão da microfísica do poder de Michel Foucault, para reconhecer esta realidade; basta ter olhos para ver. Mas um direito que se pretenda transformador não deve simplesmente capitular diante disto, nem esperar sentado por alguma revolução redentora, e sim desenvolver os instrumentos necessários para enfrentar e superar esse risco. Trata-se, portanto de pensar em mecanismos que evitem ou pelo menos minimizem a possibilidade de que a legislação criada para proteger direitos de minorias mais vulneráveis possa voltar-se contra os integrantes destas próprias minorias.*²⁶²

Ainda no que diz respeito às apropriações e ressignificações de termos injuriosos e que nos subordinam, não perdendo de vista seu verdadeiro potencial subversivo, Sara Salih vai além e questiona: *“Porque deveríamos conservar ou continuar ligados a termos que nos subordinam, e como será possível distinguir repetições subversivas de repetições que simplesmente fortalecem as estruturas de poder existentes?”*²⁶³

*Butler admite que as palavras não podem ser metaforicamente purificadas de suas historicidades, mesmo que ela enalteça o que chama de “susceptibilidade dos termos conspurcados a readquirirem uma pureza inesperada”. Ela dá, entretanto, pouca importância a como, exatamente, os termos conspurcados, podem readquirir a “pureza” e, na verdade, ela própria parece relutante em utilizar tais termos em *Excitable Speech*: enquanto a palavra “queer” tem sido extensamente apropriada de modo que em muitos contextos ela não é mais um termo injurioso, há uma dúvida sobre o caso de “crioulo” [“nigger”], que ainda é um insulto verbal quando usado em determinados contextos por determinados falantes. A relutância de Butler para ressignificar esse termo (que é usado só uma vez em *Excitable Speech*) pode ser sintomática de sua hesitação a decidir se as palavras de fato ferem e de sua incerteza relativamente ao grau em que as ressignificações radicais se tornam efetivas.*²⁶⁴

²⁶¹ BRASIL POST. Transfóbico: Travesti não é bagunça.

²⁶² SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.44-45.

²⁶³ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.163.

²⁶⁴ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.162.

Nesse contexto, compartilhamos da posição de Judith Butler, de que é evidente que toda reflexão sobre o discurso de ódio, seja homofóbico, racista ou sexista, deve passar, necessariamente, pela análise mais ampla sobre a economia discursiva e social que permite a existência desse tipo de discurso. Por isso, optamos por expor o contexto histórico, social e filosófico da formação dos discursos de ódio homofóbico, no Brasil, nas primeiras partes desta dissertação.

Analisaremos, agora, o último critério apontado por Karla Cristina dos Santos que diz respeito à dependência de um *uptake* [apreensão/consenso] entre o locutor(a) e interlocutor(a). De acordo com a linguista brasileira, o *uptake* austiniano se refere à possibilidade de o ato ilocucionário estar ligado à produção de certos efeitos, não no sentido perlocucionário (que produzem efeitos como consequência), mas no sentido de que um efeito é produzido através da relação com o outro.²⁶⁵

Santos afirma que *“por meio deste conceito há um descentramento do papel do sujeito falante, já que a constituição do ato de fala não dependerá só dele, mas da relação do(a)s interlocutore(a)s, do “eu” e do “tu”, de modo a assegurar a fala.”*²⁶⁶

Conclui-se, assim, que o sujeito que fala não exerce total domínio sobre o efeito injurioso, visto que apesar de clara a intenção de insultar, aquele que é interpelado pela ofensa pode responder de um modo não esperado.

*Otoni identifica a visão performativa de Austin com uma postura pós-moderna em relação à linguagem, que se caracteriza principalmente por uma ruptura com a intencionalidade do sujeito falante. Embora o ato de fala austiniano pressuponha um sujeito, este sujeito não tem domínio total sobre a significação e não é mais possível falar de sua intenção unilateral. Isso se deve, de acordo com Otoni, à noção de uptake [apreensão]. Para o autor, o fato de não existir uma simetria entre a intenção do(a) falante e de seu interlocutor (a) é responsável pela existência de situações inesperadas, inconscientes.*²⁶⁷

No ano de 2000, Judith Butler deu uma entrevista na qual narrou um encontro com um garoto, em Berkeley, que se aproximou da janela de seu carro, colocou a cabeça pra dentro e a interpelou, perguntando em tom jocoso se ela era uma lésbica. A filósofa

²⁶⁵ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.46.

²⁶⁶ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.47.

²⁶⁷ SANTOS, Karla Cristina dos. A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil. p.48.

norte-americana respondeu afirmativamente a pergunta feita pelo interlocutor, que tinha intenção de lhe injuriar.²⁶⁸

*Não é que o termo tivesse partido de mim: recebi o termo e devolvi; eu o repeti, eu o reiterei. [...] É como se meu interpelador estivesse dizendo: “Ei, o que vamos fazer com a palavra **lésbica**? Ainda vamos usá-la?” E eu disse: “Sim, vamos usá-la **deste** modo!” Ou como se o interpelador pendurado na janela estivesse dizendo: “Ei, você acha que a palavra lésbica só pode ser usada em público de um modo pejorativo?” E eu disse: “Não, ela pode ser assumida em público! Junte-se a mim!” Nós estávamos tendo uma negociação.²⁶⁹*

De acordo com Karla Cristina dos Santos, essa análise da intenção do insulto traz alguns desafios; primeiro, porque o interpelado pode não conhecer o significado das palavras; e depois, porque o interpelado pode não autorizar que aquelas palavras tenham uma conotação insultuosa. No caso citado, Judith Butler desautorizou o conteúdo injurioso do enunciado e impôs uma nova interpretação para o interpelador.

Sarah Salih nos questiona: “Seria possível, para mim, como “sujeito-efeito”, tomar a decisão autônoma e unilateral de que “lésbica” é, agora, um termo afirmativo, especialmente se meu interlocutor não está de acordo comigo?”.²⁷⁰ É muito possível que o garoto do caso citado por Judith Butler continuasse, mesmo depois de ser interpelado por ela, a pensar que lésbica é um termo pejorativo e todas as mulheres que se identifiquem como tal podem ser injuriadas pelo simples fato de serem identificadas e nomeadas como lésbicas. Conclui-se, assim, que a estratégia da filósofa depende também da reação de seu oposto, o garoto.²⁷¹

Nesse sentido, Judith Butler assevera que o erro de algumas interpretações da teoria dos atos de fala de John L. Austin está em não perceber que, apesar das palavras terem sim o potencial de ferir, esse potencial depende da interpelação. Significa dizer que uma pessoa a quem se dirige palavras ofensivas pode não se sentir ofendida, e revidar a ofensa, até mesmo de maneira irônica.

Entretanto, por mais que concordemos com Judith Butler que a função performativa da palavra parece ser muito mais libertária que o uso do poder jurídico, nem todas as pessoas LGBT têm essa força para revidar o discurso de ódio.

²⁶⁸ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.160.

²⁶⁹ BUTLER, JUDITH. Change the subject. *Apud*. SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.160.

²⁷⁰ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.161.

²⁷¹ SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. p.161.

O estabelecimento de uma relação entre injúria e prática discriminatória, requer o reconhecimento de uma dimensão histórica de certos enunciados e expressões injuriosas, que envolve convenções e heranças de uso, cujo efeitos ofensivos não se restringem ao plano individual ou ao ato singular de interlocução. Nesse sentido as interpretações do sistema judicial têm sido reducionistas. O limite entre fala e ação é tenso e o dizer não é em si o fazer, por isso é preciso escrutinar os efeitos da injúria, ou seja, discutir a história que existe entre o enunciado injurioso e os danos que ele pode causar.²⁷²

Diante de tudo o que foi exposto, acreditamos que a falha em muitas pesquisas sobre a criminalização ou regulação dos discursos de ódio está justamente naquilo que foi apontado por Salo de Carvalho e Reinaldo Cintra: a falta de diálogo entre as ciências penais e outras áreas do saber.

Muitos são os pesquisadores que alegam que não se pode cercear a liberdade de expressão pelo mero ato de dizer palavras ou proferir discursos vistos por uma parcela da população como odiosos, mas odiosos no sentido de não serem discursos bonitos ou elogiosos. Discursos estes que expressão meras opiniões sobre grupos socialmente minoritários ou vulneráveis.

Definir, pois, o que seja um discurso discriminatório, e criar mecanismos para superá-lo, são desafios que a democracia deliberativa deve enfrentar, tanto para assegurar seus pressupostos normativos de participação ampla e isonômica dos atores políticos e de construção de decisões por meio do intercâmbio de argumentos justificáveis publicamente, quanto para se consolidar enquanto modelo institucional de produção de decisões legítimas.²⁷³

Acreditamos que teorizar sobre a proteção irrestrita de determinados discursos com base numa teoria de que tais discursos são acobertados pelo direito à liberdade de expressão é atividade não muito complicada quando se ignora a própria complexidade e diversidade dos grupos sociais, sua contingência e historicidade e as relações de dominação, hierarquização e subjugação que são estabelecidas por práticas e discursos racistas, sexistas, xenofóbicos e homofóbicos.

Ficamos aqui com as conclusões inquietadoras de Judith Butler, Sara Salih e Karla Cristina Santos. Entendemos que a teoria dos atos de fala de John L. Austin e as críticas feitas a ela nos trazem novas questões, desafiadoras e complexas, e talvez a exposição feita até agora tenha trazido mais questionamentos para a análise jurídica do que a solução categórica para o problema, que muitos gostariam ou tentaram dar.

²⁷² SANTOS, Karla Cristina dos. Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem. p.556.

²⁷³ MIRANDA, Maressa. Discursos discriminatórios como expressão de violência. p.3.

Levando em consideração tudo o que foi exposto até o momento, estranho seria apresentar uma solução única e definitiva para todos os embates envolvendo discurso de ódio, seja homofóbico, sexista, racista ou xenofóbico.

Partindo do pressuposto que o discurso de ódio é um ato de fala performativo e que é imperioso que se leve em consideração suas dimensões ritual, citacional, convencional e histórica, e que, só assim, é possível avaliar se houve ou não lesão ao bem jurídico no caso concreto, passaremos no próximo capítulo a analisar como outros Estados Democráticos de Direito lidam com os discursos de ódio.

4. DISCURSO DE ÓDIO (*HATE SPEECH*)

Há pouco mais de meio século se iniciou uma onda mundial de regulação jurídica daquilo que hoje chamamos de discursos e práticas de ódio. Este movimento é fruto da emergência de inúmeros conflitos fundamentados no preconceito em razão do pertencimento a determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais ou religiosos.²⁷⁴

*O termo hate speech refere-se, de maneira geral, à fala como o objetivo de degradar, intimidar ou incitar a violência ou ação prejudicial contra uma pessoa ou grupo de pessoas tendo por base sua raça, gênero, origem étnica, idade, religião, orientação sexual, visão política etc.*²⁷⁵

O termo crime de ódio tem sua origem atribuída a um projeto de lei norte-americano intitulado *Lei das Estatísticas de Crimes de Ódio*. Tal projeto foi requerido pelo *Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América* no ano de 1985, para que fosse feita a coleta estatal e publicação de dados referentes aos números de crimes motivados por discriminação de origem étnica, racial e religiosa.²⁷⁶

Não só o desenvolvimento do termo como também os debates mais relevantes sobre discursos de ódio provêm do direito norte-americano, especialmente fruto das deliberações da Suprema Corte dos Estados Unidos. Apesar de não constar de seu texto Constitucional norma específica que regule ou criminalize tais práticas e discursos, em vários estados americanos vigoram algum tipo de “*hate-crime law*”.²⁷⁷

Muito da discussão realizada no direito americano gravita em torno do embate discurso de ódio *versus* liberdade de expressão. Nesta perspectiva, o discurso de ódio seria uma consequência da liberdade de expressão, e por ela albergada desde que tal liberdade não afete a honra ou incite ou provoque perigo claro e iminente àquele sujeito afetado pelo discurso:

Nos Estados Unidos da América verifica-se que o Estado, em determinadas situações, regula as expressões de ódio desde que elas denigram o valor da dignidade humana de quem são suas vítimas e dos grupos a que pertencem.

²⁷⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.23.

²⁷⁵ SANTOS, Karla Cristina dos. Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem. p.552.

²⁷⁶ JACOBS, James B. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics. p.25.

²⁷⁷ Desde o ano de 1995, trinta e sete estados americanos e o distrito de Columbia aprovaram leis criminalizando o discurso de ódio. JACOBS, James B. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics. p.29.

*Atualmente a garantia ao princípio da isonomia ocupa um lugar distinto no sistema constitucional americano, qual seja, é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico. O discurso de ódio encontra-se no mundo das idéias (sic) e se utiliza de expressões que muitas vezes podem ser consideradas provocadoras, incitadoras e que intimidam o grupo social ao qual se destinam, mas ainda assim são só palavras. Há de se atentar para o fato de que a vontade de eliminar o componente expressão que existe no discurso do ódio acaba por desafiar o sentido comum de liberdade de expressão.*²⁷⁸

É na Europa que se encontram a maioria dos países que asseguram em suas Constituições e em leis esparsas normas penais que punem de algum modo os discursos e as práticas de ódio. A título de exemplo, alguns países como a Bélgica, Alemanha, França, Holanda, Polônia e a Suíça criminalizaram a banalização do fato histórico Holocausto.²⁷⁹

*A maioria dos países europeus tem editado leis que tornam crime a difusão de ideias racistas e xenófobas. Tanto é que os 27 países que compõe a União Europeia deverão apreciar uma proposta da Alemanha que visa a tornar crime, no âmbito da legislação europeia a negação do genocídio e a incitação ao ódio. Cumpre lembrar que o Parlamento Europeu baixou a Resolução B4-0108 em 1998 como resultado dos trabalhos realizados em 1997, e que foi o 'Ano Europeu Contra o Racismo', que propôs a classificação como crime de instigação ao ódio racial ou à xenofobia e a negação do Holocausto aos Estados que fazem parte da União Europeia. Considera-se o discurso de ódio e a incitação ao racismo como fenômenos da violência. Nessa proposta caberia a cada Estado membro estipular a pena de no mínimo três anos de prisão para aquele que incitar publicamente a violência ou o ódio contra um grupo de pessoas, em razão de sua raça, cor, religião, ascendência nacionalidade ou etnia. Aplicar-se-ia a mesma pena para os casos de aprovação pública ou à negação ou banalização grosseira dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra.*²⁸⁰

O processo de expansão de legislações contrárias aos discursos e práticas de ódio na Europa tem sido influenciado, essencialmente, pelos diversos instrumentos de promoção e garantia dos Direitos Humanos instituídos pela União Europeia. Dentre os mais importantes está a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*²⁸¹, que, dentre outros objetivos, busca garantir a proteção dos Direitos Humanos e proibir qualquer tipo de discriminação.

Em 1997, o *Conselho dos Ministros da União Europeia* definiu que o termo discurso de ódio deve ser definido como:

²⁷⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.148.

²⁷⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.149-150.

²⁸⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.151.

²⁸¹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos Do Homem.

[...] qualquer forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de intolerância, incluindo a discriminação e a hostilidade para com as minorias. Para os efeitos da recomendação, o termo “discurso de ódio” pretende referir-se a formas de expressão motivadas pelo ódio, seja qual for o modo de expressão utilizado, incluindo a internet e quaisquer outros meios de comunicação.²⁸²

No que diz respeito a um hipotético embate entre liberdade de expressão e discurso de ódio, o *Conselho dos Ministros da União Europeia* entende que, com base no *Livro Branco Sobre o Diálogo Intercultural*,²⁸³ na arena pública, o debate público deve ser realizado levando-se em consideração o igual respeito pela diversidade cultural:

As expressões públicas de racismo, xenofobia e quaisquer outras formas de intolerância, quer venham de pessoas que ocupem cargos públicos ou de membros da sociedade civil, devem ser rejeitadas e condenadas, de acordo com as disposições relevantes da Convenção Europeia dos Direitos do Humanos, incluindo o art.17. As declarações homofóbicas proferidas por figuras públicas são especialmente preocupantes, pois influenciam a opinião pública de forma negativa e alimentam a intolerância.²⁸⁴

Outro documento de proteção é a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, que em seu primeiro artigo fundamenta como princípio basilar de sua Constituição a dignidade do ser humano e sua inviolabilidade, devendo ser respeitada e protegida pelos Estados-membros.²⁸⁵ Documento esse que estabelece, ainda, a igualdade de todos perante a lei e proíbe qualquer discriminação em razão do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.²⁸⁶

Convém lembrar, que o *Tribunal Europeu de Direitos Humanos* considerou que “*seja quem for que exerça liberdade de expressão assume deveres e responsabilidade*”, de

²⁸² CONSELHO DA EUROPA. Recomendação CM/REC (2010)5 do Comitê de Ministros Aos Estados Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. p.9.

²⁸³ CONSELHO DA EUROPA. Livro Branco Sobre o Diálogo Intercultural.

²⁸⁴ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação CM/REC (2010)5 do Comitê de Ministros Aos Estados Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. p.9.

²⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da Europa. p. 392.

²⁸⁶ “Art. 21.º proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.” UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da Europa. p. 396.

modo que o exercício dessas liberdades pode ser sujeito a restrições, especialmente se de tal restrição depender a proteção dos direitos humanos de terceiros.²⁸⁷

Na Europa, especificamente no que diz respeito ao discurso homofóbico, existe proibição constitucional da discriminação com base na orientação sexual em Kosovo (2008), Portugal (2004), Suécia (2003), Suíça (2000), assim como em algumas regiões da Alemanha. Existe ainda, proibição de incitamento à violência com base na orientação sexual, sendo considerado circunstância agravante na Bélgica (2003), Croácia (2003), Dinamarca (1987), Estônia (2006), França (2005), Islândia (1996), Irlanda (1989), Lituânia (2003), Luxemburgo (1997), Mônaco (2005), Países Baixos (1992), Noruega (1981), Portugal (2007), Romênia (2000), San Marino (2008), Sérvia (2009), Espanha (1996), Suécia (2003), Reino Unido (2004-10).²⁸⁸

Diferentemente dos Estados Unidos da América, o Canadá buscou adotar postura semelhante a da União Europeia e editou leis penais que coíbem a prática de racismo, antissemitismo, xenofobia²⁸⁹ e homofobia.²⁹⁰

Na América Latina, podemos citar como exemplo a Argentina, que em 1997, ao realizar a reforma da lei que trata dos atos discriminatórios, buscou não criar mais tipos penais, mas criou um aumento de pena para todos os delitos já previstos, tanto no Código Penal como nas leis extravagantes, em razão da perseguição ou ódio a uma etnia, raça, religião ou nacionalidade.²⁹¹

Podemos citar ainda o caso da Bolívia que estabelece no texto Constitucional a proibição e punição a todas as formas de discriminação, dentre as quais, destacamos a orientação sexual e a identidade de gênero:

Artigo 14. I. Todos têm personalidade e capacidade jurídica, em conformidade com a lei e o direito aos direitos reconhecidos pela Constituição, sem qualquer distinção. II. O Estado proíbe e pune todas as formas de discriminação baseada no sexo, cor, idade, orientação sexual, identidade de gênero, origem, cultura, nacionalidade, cidadania, língua, religião, ideologia, política ou filosófica filiação, estado civil, econômico ou social, tipo de ocupação, grau de instrução, deficiência, gravidez, ou que têm a finalidade ou o efeito de anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, os direitos de todos. III. O Estado garante a todas as pessoas e comunidades, sem qualquer discriminação, o exercício livre e

²⁸⁷ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação CM/REC (2010)5 do Comitê de Ministros Aos Estados Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. p.9.

²⁸⁸ ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.15.

²⁸⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discursos de ódio. p.151.

²⁹⁰ ILGA, Homofobia de Estado 2013. p.15.

²⁹¹ ARGENTINA. Ley N° 23.592.

*eficaz dos direitos estabelecidos na Constituição, nas leis e tratados internacionais de direitos humanos. IV. No exercício dos direitos, ninguém será obrigado a fazer o que a Constituição e as leis não exigem, nem ser privado do que elas não proibem. V. As leis bolivianas se aplicam a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, bolivianos ou estrangeiras, na Bolívia. VI. Estrangeiras e estrangeiros na Bolívia têm direitos e devem cumprir os deveres previstos na Constituição, salvo as restrições nela contidas.*²⁹²

O termo crime de ódio tem sua origem atribuída a um projeto de lei norte-americano intitulado *Lei das Estatísticas de Crimes de Ódio*. Tal projeto foi requerido pelo *Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América* no ano de 1985, para que fosse feita a coleta estatal e publicação de dados referentes aos números de crimes motivados por discriminação de origem étnica, racial e religiosa.²⁹³

4.1. Proibição ou proteção dos discursos de ódio?

Os discursos de ódio levantam problemas complexos e desconcertantes para os Estados Democráticos de Direito, especialmente por sua umbilical relação com a

²⁹²“Artigo 14. I. Todo ser humano têm personalidade e capacidade jurídica, sob a lei e goza dos direitos reconhecidos pela Constituição, sem qualquer distinção. II. O Estado proíbe e pune todas as formas de discriminação baseada no sexo, cor, idade, orientação sexual, identidade de gênero, origem, cultura, nacionalidade, cidadania, língua, religião, ideologia, política ou filosófica filiação, estado civil, econômico ou social, tipo de ocupação, grau de instrução, deficiência, gravidez, ou outras que tenham a finalidade ou o efeito de anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos de todos. III. O Estado garante a todas as pessoas e comunidades, sem qualquer discriminação, o exercício livre e eficaz dos direitos estabelecidos na Constituição, leis e tratados internacionais de direitos humanos. IV. No exercício dos direitos, ninguém será obrigado a fazer o que a Constituição e as leis não exigem, nem será privado do que eles não proibem. V. As leis bolivianas se aplicam a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, bolivianos ou estrangeiras, na Bolívia. VI. Estrangeiros e estrangeiros na Bolívia têm direitos e devem cumprir os deveres previstos na Constituição, salvo as restrições nela contidas” (tradução nossa) No original: “Artículo 14. I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna. II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos. IV. En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban. V. Las leyes bolivianas se aplican a todas las personas, naturales o jurídicas, bolivianas o extranjeras, en el territorio boliviano. VI. Las extranjeras y los extranjeros en el territorio boliviano tienen los derechos y deben cumplir los deberes establecidos en la Constitución, salvo las restricciones que ésta contenga.” BOLIVIA. Ministério da Defesa. Nueva Constitución Política del Estado.

²⁹³ JACOBS, James B. Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics. p.25.

liberdade de expressão.²⁹⁴ Se, por um lado, existe um certo consenso quanto ao conteúdo degradante que o discurso de ódio carrega e promove, por outro não há consenso acerca de qual tratamento deve ser dado a tais discursos.²⁹⁵

Grosso modo, a discussão a respeito de qual é a resposta jurídica legítima e adequada aos discursos de ódio em Estados Democráticos de Direito tem sido polarizada por concepções distintas e antagônicas.

De um lado se encontram aqueles que acreditam que o discurso de ódio é espécie legítima de discurso e que portanto deve ser protegido de modo absoluto pelo Estado,²⁹⁶ em razão da garantia da liberdade de expressão e de consciência, não podendo ser limitado de maneira alguma, independente de seu conteúdo.²⁹⁷ De outro lado, encontram-se aqueles que, como nós, pensam que o discurso de ódio pode e deve ser regulado²⁹⁸ por se tratar de *incitamento ou encorajamento ao ódio, à discriminação ou hostilização de um indivíduo em razão de pertencimento a determinados grupos identitários, étnico-raciais, sociais, históricos, culturais e religiosos.*²⁹⁹

*Alguns interpretam essa garantia como proteção da autonomia discursiva dos indivíduos, exigindo que o Estado se abstenha de interferir na esfera individual. Outros percebem a liberdade de expressão como um instrumento para a promoção da diversidade na esfera pública, exigindo uma atuação positiva do Estado na abertura e/ou ampliação do espaço conferido a diversos grupos no debate democrático. Os primeiros veem o Estado como potencial violador da garantia constitucional, enquanto os últimos têm o Estado promotor.*³⁰⁰

Pode-se dizer que os maiores representantes daqueles que defendem que a liberdade de expressão é um direito absoluto são os Estados Unidos da América, e tal direito, para esse grupo, prevalece face ao embate com qualquer outro ideal

²⁹⁴ “O que está em causa são os limites que devem ser colocados ao discurso de ódio (hate speech) ou às palavras de Guerra (fighting words), ou seja, à comunicação de conteúdos expressivos susceptíveis de provocarem dano de status ou uma lesão estigmática num determinado grupo e, por essa via, nos seus membros individualmente considerados, minando as suas possibilidades de igual desenvolvimento político, econômico, social e cultura.” MACHADO, Jónatas E. M., Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. p.839-840.

²⁹⁵ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.153.

²⁹⁶ Ver: DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.;

²⁹⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção ao Discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito Alemão e o Americano. p.118.

²⁹⁸ Ver: FISS, Owen. A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.; OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de ódio na Constituição de 1988.; e SUNSTEIN, Cass. Democracy and the problem of free speech.

²⁹⁹ European Union Agency of Fundamental Rights. Discurso de ódio e crimes de Ódio contra a População LGBT. p.1-2.

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Prefácio da obra: FISS, Owen. A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.2.

constitucional. Países como a Alemanha e o Canadá representam aqueles Estados entendem que o discurso de ódio viola princípios fundamentais como a convivência social, a igualdade, a própria liberdade de expressão dos grupos vulneráveis e a dignidade humana, razão pela qual a liberdade de expressão não é considerada um fundamento preferencial de suas Democracias.³⁰¹

*Na jurisprudência dominante [norte]americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, é um direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não como uma conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros. O direito internacional e a maioria dos ordenamentos jurídicos não-americanos atribuem maior proteção à dignidade, honra e igualdade dos destinatários do discurso de ódio.*³⁰²

Em terras brasileiras, podemos dizer que o Caso Ellwanger³⁰³, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2003, é a nossa mais importante decisão sobre o embate entre discurso de ódio e liberdade de expressão. Buscaremos, em tópico próprio, discutir os pormenores do caso, mas desde já adiantamos que a decisão do STF, estabeleceu que no Brasil a liberdade de expressão não protege discursos de ódio antissemitas e quaisquer outros discursos discriminatórios.³⁰⁴

De acordo com o jurista norte-americano Owen Fiss, muitos são aqueles que acreditam que o debate acerca das limitações, sejam elas quais forem, da liberdade de expressão já foi superado não havendo mais nada o que se discutir. A liberdade de expressão se apresentaria, assim, como um direito absoluto frente ao Estado e frente a terceiros.

O jurista norte-americano discorda dessa afirmativa, pois acredita que estamos frente a uma questão mais profunda e muito mais significativa na contemporaneidade, não se tratando de um debate já superado, mas que *“estamos sendo convidados, a reexaminar a natureza do Estado moderno e verificar se ele possui algum papel na preservação das nossas liberdade mais básicas”*.³⁰⁵

³⁰¹SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. p.3.

³⁰²BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção ao Discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito Alemão e o Americano. p.118.

³⁰³Informamos que preferimos manter a análise do Caso Ellwanger, que acreditamos ser o caso mais emblemático sobre discursos de ódio no Brasil, próximo ao capítulo que versa sobre a criminalização do racismo.

³⁰⁴SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. p.3.

³⁰⁵FISS, Owen. A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.28.

Os debates do passado foram baseados na visão de que o Estado era um inimigo natural da liberdade. Era o Estado que estava procurando silenciar o orador (speaker) individual e era o Estado que deveria ser controlado. Há muita sabedoria nesta visão, mas ela representa apenas meia verdade. Certamente, o Estado pode ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade.³⁰⁶

Para o jurista alemão Winfried Brugger, podemos dizer que a visão que percebe o discurso de ódio como uma extensão legítima da liberdade de expressão se baseia na celebre frase atribuída, erroneamente, a Voltaire, representante do Iluminismo francês: “*não concordo com nada do que dizes, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo*”. A visão contrária, também para o mesmo jurista, parte do pressuposto que o conteúdo do discurso de ódio acaba por eliminar, ou pelo menos diminuir consideravelmente, o caráter comunicativo de respeito e igual consideração acobertado pela liberdade de expressão.³⁰⁷

Tal como aludido anteriormente, a regulação dos discursos de ódio é um fenômeno que em grande medida se liga aos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial e ao Holocausto. Muitos Estados europeus, como a Alemanha, frente a um forte rechaço em relação aos discursos discriminatórios e nazistas que levaram milhões de judeus, mulçumanos, ciganos, homossexuais e pessoas com deficiência aos campos de concentração, por serem considerados inferiores em relação à “raça” ariana, e ainda no intuito de evitar o seu ressurgimento, regulam os discursos de ódio, inclusive com normas penais.³⁰⁸

Essa urgência de solidariedade é expressa por Adorno na forma de um imperativo ético, posto pela própria marcha da história universal, que confronta a possibilidade e persistência daquilo que produziu Auschwitz. Nesse imperativo se encontra presente o impulso materialista, que chama a atenção para o sofrimento físico e a denúncia de um estado de coisas que converte, em última análise, toda cultura em compactuação com o existente: “Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico para seu atual estado de escravidão: o de orientar seu pensamento e ação de modo que Auschwitz não se repita, e não venha a ocorrer nada de semelhante.”³⁰⁹

³⁰⁶ FISS, Owen. A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.28.

³⁰⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção ao Discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito Alemão e o Americano. p.118.

³⁰⁸ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.156.

³⁰⁹ ALVES JUNIOR, Douglas Garcia. Depois de Auschwitz: a questão do anti-semitismo em Theodor W. Adorno. p.148.

Para Michel Rosenfeld, entretanto, a situação e os debates atuais sobre o discurso de ódio e sua regulação são, na maioria das vezes, bem diferentes daquelas sobre o nazismo do século passado. Enquanto o discurso de ódio nazista era uma ideologia estatal e uma política oficial, nas Democracias contemporâneas a preocupação é com os discursos de ódio perpetuados não mais pelo Estado, mas por particulares em razão do pertencimento de alguns indivíduos a identidades coletivas socialmente marginalizadas e não-hegemônicas.³¹⁰

Acompanhando as análises empreendidas, principalmente, por juristas como os americanos Owen Fiss e Michel Rosenfeld e o brasileiro Daniel Sarmento, pontuaremos, durante esta dissertação, o enfoque dado pelos Estados Unidos e pelo Canadá.

Concordamos com Michel Rosenfeld, que os enfoques contrastantes dados por estas Democracias contemporâneas nos oferecem uma ótima oportunidade para realizar uma análise comparativa sobre as dúvidas, os problemas e as possíveis soluções apresentadas pelo judiciário de cada um destes países. Esclarecemos que compreendemos que cada tipo de discursos de ódio têm suas peculiaridades e depende dos contextos sociais e jurídicos de cada um destes Estados. Entretanto, existe um certo núcleo comum no que concerne ao conteúdo dos discursos de ódio que nos permite fazer uma breve análise de direito comparado.

Importante destacar que não buscaremos aqui demonstrar quais são as vantagens e as desvantagens de uma regulação geral dos discursos de ódio que opta pelo Direito Penal e não por outros ramos como o Direito Civil ou Direito Administrativo. Buscaremos, antes, analisar se o discurso de ódio que incita a hostilidade e promove a humilhação, mas que não chega a constituir em uma incitação a atos de violência deve ser regulado pelo Direito Penal.³¹¹

Em primeiro lugar, a proibição do discurso de ódio que constitui clara incitação à violência imediata não é exatamente uma decisão difícil. Em segundo lugar, a crítica dos Estados Unidos para tolerar o discurso de ódio nem sempre parece ter em conta a diferença entre o incitamento à violência e a incitação à discriminação

³¹⁰ “Assim, se a identidade de um indivíduo é, numa parte substancial, definida pelo seu sexo, pela sua raça, pela sua orientação sexual ou pela sua religião, o modo como são tratados os grupos a que ele pertence terá uma forte influência no seu próprio estatuto social de igual dignidade e liberdade. Nestas circunstâncias, o facto de não haver um indivíduo diretamente visado não impede que a imputação tenha consequências sobre cada um dos membros do grupo individualmente considerado.” MACHADO, Jónatas E. M., Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema sócia. p.840.

³¹¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.159. Ver também: FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.15.

ou ódio. Mas, a menos que você tenha em mente essa diferença, é provável que a discussão se torne confusa. ³¹²

Como ressalta Michel Rosenfeld, as questões a se saber, no que tange à regulação dos discursos desse tipo, são referentes à: quais valores o Estado Democrático de Direito pretende promover, quais os danos estão em jogo e qual é a importância atribuída a esses danos na contemporaneidade.

Seguimos estas indicações para chegarmos a uma conclusão sobre a pertinência ou não da proibição dos discursos de ódio, como e em que medida devem se dar, além de quais discursos deveriam ser de algum modo regulados. Para tanto, acreditamos que devemos levar consideração certas variáveis: (a)quais sujeitos estão envolvidos?; (b)qual o contexto histórico-social dessa relação?; e (c)quais são as circunstâncias que suscitam a necessidade de regulação jurídica nessa sociedade? ³¹³

*Os sujeitos envolvidos são sempre plurais, porque compreendem não apenas o emissor de uma declaração que é configurada como um discurso de ódio, mas também o objetivo de tal declaração e o público a quem a declaração em questão se dirige – que pode limitar-se o público-alvo; pode incluir tanto o público-alvo como outros públicos; ou pode estar limitada a um público que não inclui qualquer membro do grupo alvo do discurso –. Além disso, como já foi mencionado, nem todos os emissores são semelhantes. Isto não obedece unicamente ao pertencimento a determinado grupo. Assim, no contexto do discurso do ódio de grupo dominante contra uma minoria de pessoas vulneráveis e discriminadas, provavelmente o impacto do discurso do ódio em questão irá diferir significativamente, dependendo se pronunciado por um alto funcionário do governo ou por um grande líder da oposição ou se é propaganda de um grupo marginalizado e sem credibilidade. Além disso, inclusive o mesmo emissor poderia ser tratado de forma distinta dependendo de quem é o alvo de sua mensagem de ódio ou do impacto que esta cause, resultando, portanto, em um tratamento jurídico diverso.*³¹⁴

³¹² No original: “En primer lugar, prohibir el discurso del odio que constituye una clara incitación a la violencia inmediata no es precisamente una decisión difícil. En segundo lugar, la crítica hacia los Estados Unidos por tolerar el discurso del odio no siempre parece tomar en cuenta la diferencia entre la incitación a la violencia y la incitación a la discriminación o el odio. Pero, a menos que se tenga presente esta diferencia, lo más probable es que la discusión se vuelva confusa”. ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.168.

³¹³ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.157.

³¹⁴ No original: “El quiénes es siempre plural, ya que comprende no sólo al emisor de una declaración que se configura como discurso del odio, sino al objetivo de dicha declaración y el público a quien se dirige la declaración en cuestión – que puede limitarse al público objetivo, puede incluir tanto el público objetivo como otros públicos, o puede estar limitado a un público que no incluye a ningún miembro del grupo elegido como objetivo –. Por otra parte, como ya se mencionó, no todos los emissores son parecidos. Esto no obedece únicamente a la afiliación de grupo. Así, en el contexto del discurso del odio de un grupo mayoritario dominante contra una minoría vulnerable y discriminada, probablemente el impacto del discurso del odio en cuestión difiera significativamente dependiendo de si es pronunciado por un alto funcionario gubernamental o por un importante líder de oposición, o si se trata de propaganda de parte de un grupo marginado y carente de credibilidad. Además, incluso el mismo emisor podría tener que ser tratado de forma distinta, o al menos podría tener un impacto diferente que debería ser considerado

A forma e o conteúdo do discurso de ódio também devem ser considerados critérios para a exigência ou não de sua regulação. Michel Rosenfeld acredita que o discurso de ódio pode ser caracterizado de duas maneiras: como *discurso de ódio formal* ou *discurso de ódio em substância*. As formas de discurso de ódio que consistem em injúrias e insultos grosseiros, facilmente identificáveis, são os de tipo formal. Quanto ao discurso de ódio em substância, poderíamos dizer que são aquelas declarações como as de negação do Holocausto ou outras mensagens que requerem racionalizações muito mais sofisticadas para propagar de maneira velada seus impropérios discriminatórios e preconceituosos.³¹⁵

Os últimos dois critérios apontados por Michel Rosenfeld dizem respeito ao local e as circunstâncias em que são propagados os discursos de ódio. Nesse sentido, analisar o local, país ou a cultura pode significar uma diferença relevante quanto à regulação do discurso de ódio.

Daniel Sarmiento e Michel Rosenfeld acreditam que a oposição norte-americana, por exemplo, a qualquer tipo de limitação à liberdade de expressão pode ser explicada pela postura liberal e individualista que marcam a cultura daquele povo, “*bem como a completa rejeição por lá da ideia de direitos sociais e econômicos*”.³¹⁶

Outro exemplo é a postura da Alemanha, e de boa parte dos Estados que compõem a União Europeia, que em razão de sua história e das chagas deixadas pelo Nazismo,

jurídicamente pertinente, dependiendo de quién sea el blanco de su mensaje de odio.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.156-157.

³¹⁵ “Por exemplo, os antissemitas se dedicam a negar o Holocausto ou minimizá-lo a pretexto de intervir em um debate atual realizado por historiadores. Ou podem atacar o sionismo para borrar as fronteiras entre o que poderia ser descrito como um debate genuíno sobre a ideologia política e o que é abertamente antissemitismo. Da mesma forma, os racistas norte-americanos por vezes têm recorrido ao que parece ser um debate científico ou a invocação de certas estatísticas – como aquelas que indicam que proporcionalmente os negros cometem mais crimes do que os brancos – para promover os seus preconceitos, sob o pretexto de formular posições políticas informadas por fato ou teoria científica.” (tradução nossa). No original: “Por ejemplo, los antisemitas pueden enfrascarse en la negación del Holocausto o minimizarlo so pretexto de intervenir en un debate actual sostenido por los historiadores. O pueden atacar el sionismo a fin de desdibujar las fronteras entre lo que podría calificar de debate genuino en relación con la ideología política y lo que es puro y simple antisemitismo. De manera análoga, los racistas norteamericanos en ocasiones han recurrido a lo que parece ser un debate científico o invocado ciertas estadísticas – como aquellas que indican que, proporcionalmente, los negros cometen más delitos que los blancos – para fomentar sus prejuicios, so pretexto de formular posiciones políticas informadas por un hecho o teoría científica.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.157.

³¹⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.9.

proíbem a circulação de qualquer tipo de discurso de ódio de orientação nazista ou revisionista sobre o Holocausto.³¹⁷

A análise sobre o local importa também perceber que o tratamento pode variar também dentro de cada sociedade, por exemplo, nos Estados Unidos, como demonstraremos melhor mais a frente, existe uma grande diferença entre o ato de incitação a violência (*fighting words*)³¹⁸ e a incitação à discriminação e ao preconceito (*hate speech*).³¹⁹

Nesse sentido, a questão que buscaremos analisar nos tópicos que se seguem, não é se o discurso com potencial de conduzir à violência imediata deveria ser protegido pelo direito, mas se aquele discurso de ódio que apesar de não incitar à violência, e que entretanto, é igualmente pernicioso, deveria ser reprimido penalmente ou, antes pelo contrário, deveria ser combatido com mais discurso, com mais “liberdade de expressão”.

4.1.1. Estados Unidos da América

A Primeira Emenda (*Amendment I*) à Constituição dos Estados Unidos da América é uma das normas mais conhecidas pela população norte-americana e figura quase que como um patrimônio para este povo.³²⁰

A Primeira Emenda prevê que:

³¹⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. p.98.

³¹⁸ “Em *Chaplinski vs. New Hampshire*, julgado em 1942, o juiz Frank Murphy deu origem à doutrina das “palavras de violência”. Para o juiz Murphy, as mensagens, discursos e ações que não contribuem para a expressão das ideias ou que não possuem nenhum valor social para a “busca da verdade”, e que incitam uma reação violenta e imediata, deveriam ser considerados inconstitucionais. Em *Brandenburg vs. Ohio*, julgado em 1969, a Corte sustentou o direito da Ku Klux Klan de clamar, publicamente, pela exclusão dos afro-americanos do país. A Corte afirmou que seu exercício fosse planejado para causar a violência e tivesse uma probabilidade de produzir tal resultado de forma iminente. Em *R.A.V vs City of St. Paul*, julgado em 1992, a Corte declarou nula uma lei municipal com base na qual vários jovens foram presos por queimar uma cruz no gramado de uma família afro-americana.” OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de ódio na Constituição de 1988. N.12. p. XXV.

³¹⁹ MACHADO, Jónatas E. M., Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema sócia. p.840.

³²⁰ “Embora a garantia da liberdade de expressão no Direito Constitucional norte-americano exista desde a edição da 1ª emenda, em 1771, foi só no começo do século XX, depois do final da 1ª Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário daquele país. Após um início titubeante, a jurisprudência constitucional americana foi expandindo e fortalecendo a proteção do *free speech*, que é hoje sem certamente o mais valorizado e protegido direito fundamental no sistema jurídico dos Estados Unidos, sendo considerado uma “liberdade preferencial” à qual se atribui um peso superior na ponderação com outros direitos, como privacidade, reputação e igualdade.” SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.4.

*O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos.*³²¹

De acordo com outro constitucionalista norte-americano Cass R. Sunstein, essa proibição de qualquer lei que “cerceie a liberdade de expressão”³²² é uma formidável barreira imposta pela Constituição frente à censura oficial, considerada pelo povo americano como uma das mais sérias ameaças à Democracia. A Primeira Emenda é vista como uma proibição ao Estado de impor uma ortodoxia discursiva, sobre o que se pode ou não dizer. É, ainda, como uma limitação à ditadura da maioria, que poderia impor suas posições ou sufocar os anseios dos grupos minoritários.

Para Michel Rosenfeld, juridicamente, pode-se dizer que a importância dada à liberdade de expressão nos Estados Unidos se deve, entretanto, a outros fatores incluindo: uma predileção dos direitos de liberdade aos de igualdade; a preponderância de ideologias individualistas e uma tradição muito mais baseada na teoria dos direitos naturais de John Locke, “[...] que defende a liberdade do Estado – ou a liberdade negativa – acima da liberdade através do Estado – ou da liberdade positiva”.³²³

No geral, a Primeira Emenda é pensada para defender o cidadão do Estado, este que é visto sempre como o grande inimigo e adversário dos direitos. Mesmo sob o argumento de defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, qualquer iniciativa ou ativismo por parte do Estado é percebida por muitos juristas e cidadãos com muito receio.³²⁴

Muito embora tais argumentos sejam muito importantes e não possam ser deixados de lado, para Cass R. Sunstein, Owen Fiss e Michel Rosenfeld devemos

³²¹ Tradução da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América retirada do texto: BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação em massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.

³²² No original: “[...] abridging the freedom of speech” SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. p.67 de 5740. eBook Kindle.

³²³ No original: “[...] que propugna la libertad del estado – o la libertad negativa – por encima de la libertad a través del estado – o de la libertad positiva.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.160.

³²⁴ “Em um país onde ostensivamente governa o dogma da soberania do povo, a censura não é apenas uma ameaça, mas um imenso absurdo. Quando a todos é concedido o direito de governar a sociedade, é necessário reconhecer a possibilidade de escolher entre as diferentes opiniões que inquietam seus contemporâneos, e apreciar os diferentes fatos que o conhecimento pode guiar. (tradução nossa) No original: “En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporâneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle”. TOCQUEVILLE, Alexis de. La Democracia en America. p.277.

questionar se nos dias atuais a interpretação dada à Primeira Emenda se adequa de fato aos objetivos democráticos.

É relevante, de início, apontar para a forma aparentemente absoluta como está redigida a garantia constitucional da liberdade de expressão na 1ª Emenda: “o Congresso não pode editar nenhuma lei... limitando (abridging) a liberdade de expressão ou da imprensa”. Contudo, apesar dos termos peremptórios do texto constitucional, poucos na história norte-americana defenderam o caráter absoluto da 1ª Emenda. Nunca se questionou, por exemplo, que a liberdade de expressão não protege aqueles que gritam falsamente “fogo” num cinema lotado, como registrou Oliver Wendell Holmes. Pelo contrário, desde sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício deste direito sem as quais a vida social tornar-se-ia inviável.³²⁵

Como salientado por Daniel Sarmiento, muito embora a Primeira Emenda não tenha sido interpretada de modo estritamente literal pela maior parte dos juristas norte-americanos, existem certas exceções, como a leitura do Juiz da Suprema Corte Hugo Black que defendia que o texto Constitucional deveria ser interpretado da seguinte maneira:³²⁶

Sem exceção, sem nenhum ‘se’, ‘mas’, ou ‘enquanto’, a liberdade de expressão significa que o Governo não pode fazer qualquer coisa com pessoas, ou, nas palavras da Magna Carta, agir contra pessoas seja pelas ideias que tenham ou pelas que expressem, ou pelas palavras que escrevam ou falem (...) Eu simplesmente acredito que ‘Congresso não pode editar nenhuma lei’ significa que o Congresso não pode editar nenhuma lei.³²⁷

Para Gustavo Binbenjy a Primeira Emenda constitui de fato uma típica garantia liberal contra os arbítrios do Estado, entretanto, isto não impediu que fossem impostas algumas limitações em nome da proteção do “interesse público”. Leis penais foram legisladas para proteger a honra contra os arbítrios de terceiros, assim como aqueles discursos atentatórios à segurança e à sociedade.³²⁸

De acordo com o jurista brasileiro, coube aos doutrinadores e aos juízes, ao longo do séculos XX e XXI, a importante tarefa de estabelecer quais os princípios e os padrões que deveriam ser aplicados para se definir quais discursos poderiam ou não ser protegidos pela Primeira Emenda.

Atualmente, os Estados Unidos possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo, em que há determinados campos considerados

³²⁵ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.5.

³²⁶ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.6.

³²⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.6.

³²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação em massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. p.2.

fora do alcance da 1a Emenda, como o da “obscenidade”, outros que recebem uma proteção menos intensa, como a propaganda comercial, e uma área em que a tutela constitucional é extremamente reforçada, em cujo epicentro está o discurso político lato sensu. Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente.³²⁹

Michel Rosenfeld afirma a existência de uma discrepância significativa entre a teoria e a prática, resultando numa proteção mais limitada e menos absoluta a todo e qualquer discurso, como muitos querem nos fazer crer.³³⁰ O tratamento dado aos discursos socialistas e comunistas, em grande parte do século XX, demonstra como a leitura constitucional da Primeira Emenda variou na terra da liberdade de expressão absoluta.³³¹

Sem embargo, não deve haver espaço para inocência no tratamento desta questão, pois muita coisa importante está em jogo. Não há como ignorar os riscos de intervenções estatais que possam resultar não em pluralização do debate público, mas em censura disfarçada ou favorecimento aos pontos de vista preferidos pelos governantes. Contudo, estes riscos de abusos – que sempre existem onde quer que o poder esteja envolvido – não são razões suficientes para que se adote um modelo de completo absentismo estatal, descartando-se liminarmente quaisquer iniciativas voltadas à efetiva democratização do espaço comunicativo. Deve-se, isto sim, pensar e desenvolver mecanismo para minimizá-los.³³²

Seguindo os caminhos trilhados por Michel Rosenfeld, buscaremos aqui, situar o contexto histórico e teórico que envolve o debate sobre a liberdade de expressão e sua limitação, nos Estados Unidos. O autor em questão, distingue quatro etapas históricas significativamente diferentes em que a função dada à liberdade de expressão variou e ainda analisaremos as quatro principais justificações filosóficas que embasam a jurisprudência constitucional norte-americana.

Salientamos que, as justificações filosóficas não necessariamente correspondem simetricamente às etapas históricas, houve e ainda existem entrelaçamentos e sobreposições. Não existem ainda limites muito bem definidos que separem as quatro etapas históricas e “o principal ponto de demarcação entre estas

³²⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.6.

³³⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. p.130.

³³¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.161.

³³² SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. p.6.

diferentes fases é uma mudança no papel dominante da liberdade de expressão. Tudo isso favorece uma interpretação muito elaborada com muitas variantes possíveis".³³³

Começaremos a analisar as quatro etapas históricas que, podemos dizer, têm como objetivos principais da liberdade de expressão a proteção (a) dos cidadãos frente ao Estado; (b) de opiniões contrárias aos interesses do Governo; (c) absoluta de todos os tipos de discurso; e (d) dos discursos das minorias.

Destas etapas, Michel Rosenfeld esclarece, que apenas as três primeiras foram responsáveis por influenciar de modo mais claro a construção das jurisprudências da Suprema Corte norte-americana. A quarta etapa, que mais nos diz respeito nesta dissertação, apesar de possuir pressupostos mais condizentes com o Estado Democrático de Direito ainda não conseguiu influenciar decisões da Suprema Corte.³³⁴

A primeira concepção diz respeito à fundação dos Estados Unidos, remontando à Guerra de Independência, em 1776. Parece natural que um povo que sofreu nas mãos do poder arbitrário da Inglaterra queira proteger seus concidadãos de um novo governo despótico. É deste período que provém a concepção tradicional de que a liberdade de expressão deve ser vista como uma liberdade negativa. Ou seja, tal liberdade consiste no direito que o indivíduo tem de não ser molestado em suas opiniões de maneira alguma pelo Poder Público.

Concordamos com Daniel Sarmiento, quando argumenta que essa concepção simplesmente ignora os constrangimentos reais que o exercício da autonomia individual impõe aos sujeitos na vida em comum em sociedades contemporâneas extremamente plurais, onde indivíduos, que apesar de conviverem em uma mesma localidade, nem sempre compartilham dos mesmo valores.

Para o jurista brasileiro, esta concepção *“acaba empobrecendo a liberdade de expressão ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre seus alvos.”*³³⁵

³³³ No original: “el principal punto de demarcación entre estas diversas etapas es un cambio en la función dominante de la libertad de expresión. Todo esto propicia una interpretación muy elaborada con una gran cantidad de posibles variantes”. ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.161.

³³⁴ “Un ejemplo de legislación que guarda conformidad con la cuarta etapa es la ordenanza declarada inconstitucional en R.A.V vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.162.

³³⁵ SARMENTO, Daniel A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. p.9.

No contexto do discurso, a imparcialidade significa que o Estado não serve a um lado de um debate em detrimento do outro. As pessoas, e não o Estado, deveriam escolher entre os pontos de vista contrapostos, e a sua escolha não deveria ser manipulada pelo Estado, por meio da distorção do debate público de alguma maneira especial.³³⁶

Tal concepção está ligada no direito e na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana ao *State Action Doctrine* (teoria da ação do Estado).³³⁷ Interpretação, em muito já superada por outras democracias, que estabelece que os princípios e regras estabelecidos na Constituição são normas que vinculam apenas o Estado e não se aplicam aos particulares.³³⁸

Com a solidificação da Democracia nos Estados Unidos, verificou-se que muito mais que o governo, era a maioria que poderia arbitrariamente querer impor uma ortodoxia discursiva. Nesse sentido, a Suprema Corte passou a compreender que a Primeira Emenda deveria ser lida como uma forma de se opor a instalação de uma “ditadura da maioria”.³³⁹

A terceira etapa compreende, aproximadamente, o período que se dá entre as décadas de 1950 e de 1980. De acordo com Michel Rosenfeld, refere-se a um período em que muitos acreditaram que as ideologias teriam sido extintas e que haveria um consenso generalizado a respeito de alguns valores essenciais:

Assim, a terceira fase é marcada por uma conformidade onipresente, e a principal função da liberdade de expressão passa ser a de suspender as restrições aos

³³⁶ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.84

³³⁷ “No direito Americano, predomina a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado. A Suprema Corte não proclamava vinculação direta dos particulares a eles. Admite, todavia, que os bens protegidos pelos direitos fundamentais sejam impostos nas relações entre particulares por meio de legislação ordinária própria. Isso não obstante, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a Corte concebeu algumas técnicas que resultavam na repercussão dos direitos fundamentais no domínio particular. A Suprema Corte, mantendo-se fiel nominalmente, à tese de que os direitos fundamentais obrigam apenas os poderes públicos, a eles equiparou os particulares, quando exercesse, atividade de interesse público ou recebesse subvenção governamental. A ligação, ainda que indireta, com a atividade estatal, nesses casos, tornaria a pessoa sujeita a obrigações próprias dos Estados, em termos de respeito a direitos fundamentais. É a doutrina do *state action*, que, entretanto, não possui limitação nítida quer em sede acadêmica, quer na jurisprudência.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. p.178.

³³⁸ “Sob o prisma desta doutrina, o racismo, o preconceito e a intolerância do Estado e das autoridades públicas violam a Constituição, mas os mesmos comportamentos, quando praticados por agentes privados, tornam-se “indiferentes” constitucionais. O pano de fundo destas ideias é uma cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal do *self-made man*, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no “mercado de ideias”, por mais odiosas que elas sejam.” SARMENTO, Daniel A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. p.9.

³³⁹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.162.

*emissores da mensagem para garantir que os destinatários dos mesmos mantenham uma atitude aberta.*³⁴⁰

A quarta concepção surge no final da década de 1980, e decorre principalmente dos embates empreendidos pelos movimentos sociais. As teorias produzidas pelos expoentes dos movimentos negro, feminista e LGBT, cujos discursos combatiam a neutralidade do Estado em setores estratégicos para a emergência política, jurídica e social desses sujeitos, são responsáveis por questionar os limites da liberdade de expressão absoluta. Destarte, tal concepção tem como principal função a proteção dos discursos das minorias contra as tendências dos grupos hegemônicos.³⁴¹

Michel Rosenfeld conclui que enquanto a terceira etapa permite a justificação de uma compreensão de que a liberdade de expressão deve ser vista como absoluta, e por isso não pode sofrer nenhuma intervenção sob pena de causar mais males que bens, a quarta permite que se justifique a regulação dos discursos de ódio.

Ainda, ensina que tanto a primeira quanto a segunda não oferecem boas respostas para os males que podem ser causados pela propagação e circulação dos discursos de ódio. Mais a frente daremos exemplos de julgados da Suprema Corte norte-americana e tentaremos explicitar melhor como tais concepções buscam solucionar o problema do discurso de ódio.

*Supondo, na primeira etapa, que o discurso de ódio não seja promovido pelo governo, a extensão dos danos associados a ele dependeriam do grau de afinidade ou aversão produzidos nos círculos oficiais. Na segunda etapa, por outro lado, mesmo que aqueles que profiram discurso de ódio constituam apenas uma pequena minoria da população, o perigo que representa o discurso de ódio dependeria de se as maiorias políticas tendem a concordar com a mensagem subjacente a este discurso, ou se estão seriamente perturbadas pelo mesmo e firmemente empenhadas em combater os pontos de vista que tal discurso pretende transmitir.*³⁴²

³⁴⁰ No original: “Así, la tercera etapa está marcada por una omnipresente conformidad, y la principal función de la libertad de expresión pasa de levantar las restricciones a los emisores del mensaje a asegurar que los receptores del mismo mantengan una actitud abierta.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.162.

³⁴¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.162.

³⁴² No original: “Suponiendo, en la primera etapa, que el discurso del odio no sea promovido por el gobierno, la magnitud de los daños relacionados con el mismo dependería del grado de afinidad o aversión que produce en los círculos oficiales. En la segunda etapa, por otro lado, incluso si las personas que emprenden el discurso del odio constituyen sólo una minoría muy reducida de la población, el peligro que representa el discurso del odio dependería de si las mayorías políticas tienden a coincidir con el mensaje subyacente de dicho discurso, o si están seriamente perturbadas por el mismo y firmemente comprometidas a combatir los puntos de vista que pretende transmitir.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.163.

Michel Rosenfeld aponta que, para analisar de forma correta o discurso de ódio e sua circulação, nessas quatro etapas históricas, devemos também compreender as principais justificações filosóficas que fundamentaram as teorias e jurisprudências da Suprema Corte Estadunidense sobre a liberdade de expressão.

*Pode ser feita referência a essas quatro justificativas da seguinte forma: a justificação da democracia; a justificação do contrato social; a justificação da busca da verdade; e a justificação da autonomia individual. Como veremos, cada uma dessas justificativas atribui à liberdade de expressão uma esfera de legitimidade distinta. Além disso, inclusive diferentes versões de uma mesma justificativa levam a mudanças nos limites entre discurso que requer proteção e o discurso que pode ser constitucionalmente restringido, e tais mudanças são particularmente importantes no contexto do discurso do ódio.*³⁴³

A primeira justificação filosófica citada pelo jurista norte-americano é do ideário democrático que percebe na liberdade de expressão o principal instrumento de autogoverno dos cidadãos, de permissão da igualdade e da liberdade de participação nas tomadas de decisão referentes ao convívio social e nas atividades do Estado.

*A conexão entre a liberdade de expressão e a democracia é manifesta. Como a fonte última de autoridade política, as pessoas devem ser capazes de falarem umas com as outras sobre o desempenho de funcionários governamentais e as políticas que esses funcionários implementam. Se o governo pudesse punir o discurso decisório e, finalmente, determinar se as autoridades governamentais irão permanecer no poder não se refletiria a vontade do povo, mas a vontade dos funcionários do governo. A Suprema Corte tem, assim, explicado que "a Primeira Emenda foi forjada para assegurar o intercâmbio irrestrito de ideias para propulsão de mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo."*³⁴⁴

Como destacamos anteriormente, a participação da sociedade civil na construção de uma comunidade mais justa e igual, na efetivação do Estado Democrático de Direito, não se resume ao direito de votar e escolher seus representantes. A Democracia

³⁴³ No original: "Puede hacerse referencia a estas cuatro justificaciones de la siguiente forma: la justificación a partir de la democracia; la justificación a partir del contrato social; la justificación a partir de la búsqueda de la verdad; y la justificación a partir de la autonomía individual. Como veremos, cada una de estas justificaciones le atribuye a la libertad de expresión una esfera de legitimidad distinta. Además, incluso diferentes versiones de la misma justificación llevan a cambios en los límites entre el discurso que requiere protección y el discurso que puede ser constitucionalmente restringido, y dichos cambios son particularmente importantes en el contexto del discurso del ódio." ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.163.

³⁴⁴ No original: "The connection between free speech and democracy is manifest. As the ultimate source of political authority, the people must be able to talk to one other about the performance of governmental officials and the policies these officials implement. If government could punish speech decision making and ultimately determine whether governmental officials will stay in power would reflect not the will of the people but the will of the government officials. The Supreme Court has thus explained that "the First Amendment was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for bringing about of political and social changes desired by the people". WEINSTEIN, James. Hate speech: pornography, and the radical attack on free speech. p.12.

contemporânea reclama a participação efetiva, participação essa que se dá, por exemplo, em fóruns de debate como as Assembleias Populares, Audiências Públicas, Conferências, Conselhos.³⁴⁵

Nesse sentido, tal participação nesses fóruns de debate pressupõe a possibilidade de confrontação livres de ideias, de um intercâmbio público de argumentos.³⁴⁶ Nos dizeres de Owen Fiss e Daniel Sarmiento, as democracias contemporâneas exigem a existência de um espaço discursivo *público robusto e dinâmico*³⁴⁷, para que as pessoas possam escolher dentre os vários discursos, dentre as várias formas de ser e de se perceber no mundo.³⁴⁸

*Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às ideias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política. Só dessa maneira se consolida uma opinião pública livre, que viabiliza o exercício do controle social sobre os atos do governo, a fim de que os governantes tornem-se responsáveis e responsivos perante a população.*³⁴⁹

Acreditamos que o discurso político deve ser protegido, mas que nem todo discurso têm esse estatuto ou têm a capacidade de contribuir para a construção de um debate público robusto e dinâmico. O discurso de ódio, por exemplo, que têm como único intuito agredir e insultar cidadãos em razão do seu pertencimento à determinada raça, etnia, sexo, religião, orientação sexual ou identidade de gênero, não nos parece ser acobertado pela proteção ao discurso político, como se deve dar aos discursos políticos não-hegemônicos como os de orientação socialista e marxista, em sociedades capitalistas como as nossas.

O princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos só faz realmente sentido enquanto o exercício dos direitos fundamentais por parte de cada um deles lhe estiver, em última análise, subordinado. Assim, é discutível que essas condutas expressivas possam reclamar para si o mesmo estatuto de uma simples opinião, digna de proteção como qualquer outra, sendo certo que o fundamento para a

³⁴⁵ POGREBINSCHI, Thamy. SANTOS, Fabiano. Entre representação e participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro. p.5.

³⁴⁶ MIRANDA, Maressa. Discursos discriminatórios como expressão de violência. p.4.

³⁴⁷ Expressão atribuída ao Juiz Brennan da Suprema Corte norte-americana: “Desinibido, robusto e publicamente aberto” A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. p.30.

³⁴⁸ “A autonomia protegida pela Primeira Emenda e corretamente desfrutada por indivíduos e pela imprensa não é um fim em si mesmo, como poderia ser em algum código moral, mas sim um meio de promover valores democráticos subjacentes à Declaração de Direitos (Bill of Rights).” FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. p.144.

³⁴⁹ SARMENTO, Daniel A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. p.12.

proteção das diferentes opiniões expressas reside no reconhecimento daquele valor fundamental do constitucionalismo liberal (all men are created equal).³⁵⁰

A segunda justificação é a que se baseia na Teoria do Contrato Social e é, de acordo com Michel Rosenfeld, em muitos aspectos, bem semelhante à da Democracia, mas não necessariamente protege as mesmas espécies de discurso como veremos a seguir. Ambas fundamentam a necessidade de um intercâmbio e a possibilidade de discussão livre das ideias.³⁵¹

Sem dúvida alguma, a obra *On Liberty*³⁵², do filósofo utilitarista John Stuart Mill, é uma das maiores influências desta segunda corrente. No capítulo II: *Da Liberdade de Pensamento e de Discussão*, da referida obra, encontramos o delineamento de dois pontos fundamentais, até os dias atuais, nos debates sobre liberdade de expressão: “a busca da verdade”³⁵³ e “o mercado livre de ideias” (*Marketplace of ideas*).³⁵⁴

Na lição de Daniel Sarmiento, a questão que parece assombrar um típico liberal como o filósofo John Stuart Mill é a fantasmagórica presença do Estado em questões que aparentemente, nos dizeres do filósofo, já deveriam estar superadas, como a discussão sobre o cerceamento da liberdade de imprensa e opinião, posto que estas seriam absolutas.³⁵⁵

Só um debate desinibido e sem o presente temor de ser cerceado pelo Estado poderia conduzir à verdade, de acordo com John Stuart Mill. Primeiro, porque não podemos supor que o discurso que se tenta suprimir seja, *a priori*, falso. A “falsidade” só pode ser comprovada através de um intenso debate entre os lados em disputa, a “verdade”, assim, prevalecerá por meio do confronto. E mesmo que fosse falso, seria um erro cerceá-lo.³⁵⁶

Primeiramente, a opinião que se tenta suprimir por meio da autoridade talvez seja verdadeira. Os que desejam suprimi-la negam, sem dúvida, a sua verdade, mas eles

³⁵⁰ MACHADO, Jónatas E. M., Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. p.841-842.

³⁵¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.164.

³⁵² MILL, Stuart. Sobre a liberdade. p.45.

³⁵³ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.35.

³⁵⁴ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.164.

³⁵⁵ MILL, Stuart. Sobre a liberdade. p.61.

³⁵⁶ “Deve-se permitir-me observar que não é sentir-se seguro de uma doutrina (seja o que isso for) o que chamo de arrogar-se infalibilidade. É a ousadia de decidir a questão pelos outros, sem conceder que o possa ser dito em contrário. E eu denuncio e reprovo essa pretensão, mesmo em favor das minhas solenes convicções.” MILL, Stuart. Sobre a liberdade. p.67.

não são infalíveis. Não têm autoridade para decidir a questão por toda a humanidade, nem para excluir os outros das instâncias do julgamento. Negar ouvido a uma opinião porque é falsa, é presumir que a própria certeza seja o mesmo que certeza absoluta. Impor silêncio a uma discussão é sempre arrogar-se infalibilidade. ³⁵⁷

Esta concepção de liberdade absoluta teorizada por John Stuart Mill, embasa justificação do “*mercado livre de ideias*” que vigora até os dias atuais no Estados Unidos, e que foi endossada pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, um dos juristas norte-americanos mais importantes nesta questão na Suprema Corte. ³⁵⁸

A interpretação de John Stuart Mill é, no entanto, muito otimista, nas palavras de Michel Rosenfeld, pois, parte do pressuposto que exista “uma” verdade, que só seria alcançada por meio do mercado livre de ideias, e as falsidades que surgissem no debate seriam em algum momento rechaçadas durante o embate. Assim sendo, todo discurso, independente do conteúdo, deveria circular livremente.

O Juiz Oliver Holmes, não adotou tal concepção de maneira tão otimista assim, antes pelo contrário, adotou-a de maneira cética e pessimista, frente a existência de uma verdade absoluta.³⁵⁹ Em 1919, na Suprema Corte, o Juiz Holmes fundamentou seu voto dissidente no caso *Abrams vs United States*³⁶⁰ alegando estar convencido de que o mercado livre de ideias poderia reduzir danos de duas maneiras distintas:

[...]diminuiria a possibilidade de que a expressão fosse desnecessariamente suprimida com base em falácias; e incentivaria a maioria das pessoas que tendem a agarrar-se teimosamente a ideias nocivas ou inúteis a desenvolver um nível saudável de desconfiança em si mesmos. ³⁶¹

Entretanto, ambos magistrados estadunidenses acreditavam que havia um caso que permitia limitação do discurso: para John Stuart Mill, o discurso só poderia ser cerceado se houvesse “*palavras de incitação à luta*” (*fighting words*)³⁶²; enquanto que

³⁵⁷ MILL, Stuart. Sobre a liberdade. p.61.

³⁵⁸ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.164.

³⁵⁹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.165.

³⁶⁰ ABRAMS V. UNITED STATES. 250 U.S. 616 (1919).

³⁶¹ No original: “disminuiría la posibilidad de que la expresión fuera innecesariamente reprimida sobre la base de falsedades; y alentaría a la mayoría de las personas que tienden obstinadamente a aferrarse a ideas nocivas o inútiles a desarrollar un saludable grado de desconfianza en sí mismas.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.165.

³⁶² FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. p.34.

para que o Juiz Holmes a limitação dos discursos só poderia ocorrer quando existisse “perigo iminente e manifesto” (*clear and present danger*).³⁶³

Para Michel Rosenfeld, podemos dizer que o discurso de “*palavras de incitação à luta*” é uma espécie do tipo que provoca “*perigo iminente e manifesto*” não havendo muita diferença. E em sua análise, acredita que ambas as interpretações são apenas faces da mesma moeda.

*Mill superestima o potencial da discussão racional, enquanto Holmes subestima o potencial que certos tipos de discurso que atendem ao teste do “perigo claro e atual” possuem de causar sérios danos. A justificativa da busca da verdade é de fundo pragmático. No entanto, [...] ambas as razões pragmáticas para a tolerância com o discurso de ódio são baseadas em afirmações de fatos duvidosos e, podem, eventualmente, prejudicar ao invés de encorajar qualquer justificção pragmática da tolerância com o discurso de ódio que não chega a constituir uma incitação à violência.*³⁶⁴

A última justificação citada por Michel Rosenfeld é, talvez, uma das mais importantes no marco das democracias liberais. É a que percebe na liberdade de expressão o ápice da autonomia do indivíduo e do livre desenvolvimento da personalidade.

Por essa justificação, a liberdade de expressão deve ser absoluta para que o indivíduo possa livremente expressar suas próprias convicções, sentimentos e ideias sem se preocupar em ser censurado.³⁶⁵

Nesse sentido, tudo aquilo que o sujeito disser, ou melhor dizendo, tudo aquilo que ele expressar por qualquer forma de que se utilize está constitucionalmente protegido pelo Estado, pois tudo é fruto da autonomia e do livre desenvolvimento de sua personalidade.

³⁶³ “Nos primeiros casos julgados pela Suprema Corte sobre liberdade de expressão, como *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), *Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919) e *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), desenvolveu-se a chamada doutrina do “*clear and present danger*” (perigo claro e iminente), que procurava distinguir a mera expressão de ideias de condutas expressivas que colocassem em risco a segurança da sociedade e do Estado.” BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. p.2.n.6.

³⁶⁴ No original: “Mill sobreestima el potencial de la discusión racional mientras Holmes subestima el potencial que tienen ciertos tipos de discurso que satisfacen la prueba del peligro claro y actual de causar serios daños. La justificación a partir de la búsqueda de la verdad es en fondo pragmática. Sin embargo, [...] debido a que tanto las razones pragmáticas de Mill como las de Holmes para la tolerancia del discurso del odio se basan en afirmaciones fácticas discutibles, pueden a la postre socavar más que alentar cualquier justificación pragmática de la tolerancia del discurso del odio que no llegue a constituirse en una incitación a la violencia.” ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.165.

³⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.37.

Com efeito, Daniel Sarmiento recorda que apesar de originalmente tal justificação parecer se dirigir apenas ao sujeito “falante”, a preocupação com a autonomia e a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade vai muito além disso, referindo-se, também, e com a mesma intensidade, ao “ouvinte” dos discursos.

A autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade têm justamente como pressuposto a possibilidade de se ter acesso às mais diversas opiniões e ideologias, aos mais diversos discursos e pontos de vista para que, assim, possamos escolher nossos próprios caminhos, e desenvolver nossa própria personalidade a partir do que temos acesso e escolhemos. Tais justificações, são, portanto, um dos fundamentos mais importantes dos Estados Democráticos.

Um dos maiores expoentes dessa justificação, é, sem sombra de dúvidas, o jurista norte-americano Ronald Dworkin. O jurista acredita que o sujeito adulto não precisa de tutela do Estado, posto ter plena capacidade de escolher sozinho quais as concepções e ideologias irão moldar sua vida e quais discursos quer para si:

[...] o Estado deve tratar todos os cidadãos como adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis devem tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la.³⁶⁶

Tentamos expor brevemente, até o momento, as principais concepções e justificações teóricas que permeiam o debate sobre o embate entre liberdade de expressão e os discursos de ódio no Estados Unidos. Passaremos agora a analisar alguns dos julgados mais importantes e como tais argumentações influenciaram as decisões da Suprema Corte norte-americana.

Uma das primeiras e mais significativas discussões sobre os limites do discurso de ódio nos Estados Unidos é encontrada no julgamento *Beauharnais vs Illinois*, de 1952.³⁶⁷ No caso em questão, a Suprema Corte discutia a constitucionalidade da condenação criminal de um cidadão que havia distribuído panfletos nas ruas de Chicago, em que acusava as pessoas afro-americanas de serem responsáveis pelo cometimento

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. p.319.

³⁶⁷ BEAUHARNAIS V. ILLINOIS. 343 U.S. 250 (1952).

de várias condutas delituosas na cidade, tais como: estupro, roubo, tráfico de drogas, entre outras condutas.³⁶⁸

Beuharnais era um partidário de uma corrente ideológica norte-americana, de inspiração neonazista, que prega a supremacia branca. O referido cidadão ainda exortava, em seus panfletos, que os brancos da cidade de Illinois se unissem contra os negros e evitassem a miscigenação racial.³⁶⁹

A petição de Beuharnais, questionava sua condenação pela violação da lei estadual que criminalizava a exposição ou publicação em local público quaisquer materiais que imputassem *“depravação, criminalidade, falta de castidade, ou fraqueza de uma classe de cidadãos, de qualquer raça, cor, credo ou religião”*, ou ainda que *expusessem “os cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião ao desprezo, escárnio, ou descrédito.”*³⁷⁰

O peticionário alegava que a lei era inconstitucional frente ao mandado de liberdade de expressão absoluta da Primeira Emenda. A Suprema Corte, entretanto, confirmou a condenação, sob o fundamento de que tais discursos equivalem à difamação coletiva (*group libel*)³⁷¹, e acabou por concluir que tal difamação, em todos os aspectos, era equivalente à difamação individual, espécie de discurso que não era acobertado pela Primeira Emenda.³⁷²

³⁶⁸ “A informação, trazida genericamente nos termos do estatuto, denunciou que Beuharnais “fez ilegalmente ... exposição de litografias em lugares públicos, as quais retratam a depravação criminalidade, falta de castidade ou a falta de virtude dos cidadãos de raça e cor negra e que expôs os cidadãos de Illinois da raça e cor negra ao desprezo, escárnio, ou descrédito...” a litografia de que se queixou era um folheto estabelecendo uma petição solicitando ao Conselho e ao prefeito da cidade de Chicago “para deter o maior avanço, o assédio e a invasão do povo brancas, seus bairros e as pessoas, pelo Negro...” Abaixo era uma chamada para “um milhão de respeitáveis pessoas brancas em Chicago se unirem...” com a afirmação acrescentou que, “se a persuasão e a necessidade de evitar que a raça branca de tornar-se mongolizada pelo negro não nos unir, então as agressões... estupros, roubos, facas, armas e maconha do negro, certamente irão.” (tradução nossa). No original: “The information, cast generally in the terms of the statute, charged that Beuharnais “did unlawfully... exhibit in public places lithographs, which publications portray depravity, criminality, unchastity or lack of virtue of citizens of Negro race and color and which exposes [sic] citizens of Illinois of the Negro race and color to contempt, derision, or obloquy...” The lithograph complained of was a leaflet setting forth a petition calling on the Mayor and City Council of Chicago “to halt the further encroachment, harassment and invasion of white people, their neighborhoods and persons, by the Negro...” Below was a call for “One million self-respecting white people in Chicago to unite...” with the statement added that, “If persuasion and the need to prevent the white race from becoming mongrelized by the negro will not unite us, then the aggressions... rapes, robberies, knives, guns and marijuana of the negro, surely will.” BEAUHARNAIS V. ILLINOIS. 343 U.S. 250 (1952).

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.7.

³⁷⁰ BEAUHARNAIS V. ILLINOIS. 343 U.S. 250 (1952).

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.7.

³⁷² ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.167.

*A decisão, redigida pelo Justice Frankfurter, destacou inicialmente que as ofensas pessoais “não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e possuem um valor social tão reduzido como passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem”. Em seguida, afirmou que as ofensas dirigidas contra indivíduos podem ser sancionadas apesar da garantia da liberdade de expressão, o mesmo deveria valer para as ofensas perpetradas contra grupos. Isto porque, nas suas palavras, “o trabalho de um homem, as suas oportunidades educacionais e a dignidade que lhe é reconhecida podem depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso a que ele pertença como dos seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que a expressão que pode ser punível quando imediatamente dirigida contra indivíduos, não possa ser proibida se dirigida a grupos”.*³⁷³

Segundo Michel Rosenfeld, o precedente do caso *Beauharnais vs Illinois* é importantíssimo para os debates sobre discursos de ódio contra minorias vulneráveis socialmente como os negros, LGBT e mulheres. Entretanto, apesar de nunca ter sido formalmente rechaçado pela Suprema Corte, como veremos nas próximas páginas, tal entendimento acabou não prevalecendo em outras decisões, em que se atribuiu uma maior prioridade ao debate público e robusto em face de critérios como honra, dignidade e igualdade.

Intensos debates marcaram a Suprema Corte dos Estados Unidos, na década de 1960, período marcado pela preponderância da liberdade de expressão frente a outros direitos constitucionais. A Corte Warren, como era chamada nos anos 60, julgou casos importantíssimos como *New York Time v. Sullivan (1964)*³⁷⁴ e *Brandenburg v. Ohio (1969)*.^{375 376}

Para Daniel Sarmiento, o julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, de 1969,³⁷⁷ marca a superação do precedente dado pelo caso do panfletário *Beauharnais* e, ainda, o fortalecimento da teoria segundo a qual a liberdade de expressão não acoberta o incitamento à violência.

No caso em tela, a Corte Warren reformou a decisão que condenara um líder local e diversos membros do grupo *Ku Klux Klan*³⁷⁸ que, em um encontro televisionado,

³⁷³ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.7.

³⁷⁴ NEW YORK TIME V. SULLIVAN. 376 U.S. 254 (1964).

³⁷⁵ BRANDENBURG V. OHIO. 395 U.S. 444 (1969).

³⁷⁶ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. p.36.

³⁷⁷ BRANDENBURG V. OHIO. 395 U.S. 444 (1969).

³⁷⁸ “A Ku Klux Klan é uma sociedade secreta originária do sul dos Estados Unidos que possui visão política de extrema direita e prega a supremacia branca. Embora a sigla KKK, pela qual a Ku Klux Klan é conhecida, remeta ao passado intolerante dos Estados sulistas norte-americanos, o grupo ainda está em atividade nos Estados Unidos. [...]O grupo original foi criado em 1865 por veteranos do exército confederado sulista, que saiu como perdedor no final da Guerra de Secessão (1861-1865). Seu propósito era restaurar a supremacia branca no período seguinte ao da guerra civil entre os Estados do norte e do sul dos Estados

fizeram diversos comentários depreciativos em relação às pessoas afro-americanas e, também, aos judeus.

Pelas imagens veiculadas era possível identificar a queima de cruzeiros por pessoas usando os trajes característicos do grupo, e em dado momento, o líder, Brandenburg, declarou que os “*crioulos (nigger³⁷⁹) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel*”. E num outro momento, afirma que enviaram uma petição ao governo e que se o Presidente e a Suprema Corte continuassem a prejudicar a supremacia branca, o grupo acabaria resolvendo a questão com as “próprias mãos”.³⁸⁰

A Corte Warren por unanimidade, sem adentrar na discussão sobre o conteúdo racista do discurso, acabou decidindo que a Ku Klux Klan não incitou à prática de atos de violência, mesmo que possa ter defendido o uso da violência. De acordo com Michel Rosenfeld, nesta decisão a Corte traçou uma linha divisória entre discursos que incitam à violência e discursos que defendem o uso da violência.³⁸¹ A corte aplicou ao discurso de ódio um precedente que havia sido construído em uma discussão sobre o cerceamento de discursos comunistas que defendiam a derrubada violenta do Governo.³⁸²

*Ao proceder desta forma, a falha da decisão do Tribunal levanta a questão de se saber se o discurso de ódio deve ser equiparado ao discurso (politicamente) extremista. [...] Em primeiro lugar, o discurso extremista baseado em uma ideologia política como o comunismo é, acima de tudo, discurso político e não necessariamente envolve algum ódio pessoal. Em segundo lugar, ainda que o discurso extremista envolvesse tal ódio – por exemplo, se os comunistas tentassem inflamar paixões contra aqueles que eles chamam de “porcos capitalistas” - tal ódio não pode ser simplesmente equiparado ao antissemitismo ou o racismo virulento.*³⁸³

No ano de 1978, a Suprema Corte norte-americana debateu o caso *Village of Skokie v. Nat'l Socialist Party of America*³⁸⁴, julgamento que é, para Michel Rosenfeld, o

Unidos, que resultou na libertação dos escravos negros que trabalhavam nas lavouras sulistas. O berço da KKK foi a cidade de Pulaski, no Estado do Tennessee.” COUTO, Sérgio Pereira. Ku Klux Klan: passado presente e terror.

³⁷⁹ O termo “Nigger” é extremamente pejorativo nos Estados Unidos, não encontramos em português nenhuma tradução que permita expressar todo o desconforto e abjeção que carrega para o povo daquele país, nesse sentido, acreditamos que qualquer tradução seria leviana.

³⁸⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.8.

³⁸¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.168.

³⁸² YATES V. UNITED STATES. 354 U.S. 298 (1957).

³⁸³ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.168.

³⁸⁴ VILLAGE OF SKOKIE V. NAT'L SOCIALIST PARTY OF AMERICA. 373 N.E.2d 21 (1978).

que melhor simboliza o tratamento político e constitucional dado pelos Estados Unidos aos discursos de ódio na contemporaneidade.

O caso em questão se originou de um embate entre Partido Nacional-Socialista da América (o Partido Nazista Americano), e Skokie, um município que fica no subúrbio de Chicago, que contava na época com 70.000 habitantes, dentre os quais 40.000 eram judeus, e desses, 5.000 eram sobreviventes do Holocausto alemão.³⁸⁵

O Partido Nazista comunicou que pretendia fazer uma marcha por Skokie, em que aqueles que dela participassem iriam carregar bandeiras com a suástica e se vestiriam com o uniforme completo da *Schutzstaffel* (mundialmente conhecida como SS), a polícia paramilitar ligada ao Partido Nazista da Alemanha durante o Holocausto.

O município, no intuito de evitar o acontecimento da marcha, acionou o Partido Nazista na justiça, entretanto, a Suprema Corte de Illinois julgou a referida ação improcedente. Vencido, o município editou leis que criavam diversos obstáculos ao acontecimento da marcha, todas foram consideradas inconstitucionais pelos tribunais estaduais e federais.

O Partido havia deixado bem claro que a escolha do município em questão levava em consideração justamente o fato de Skokie ser habitado por judeus exilados pelo Holocausto, e que a intenção era perturbá-los e confrontá-los com seu discurso. A partir de então, o debate centrou-se na questão da “incitação à violência”. Os residentes do município afirmaram que se fossem expostos a tal marcha poderiam muito bem ser incitados a revidar. Então, o tribunal estatal que julgava o caso, sob a alegação de “incitação à violência”, considerou que a marcha deveria ser proibida.³⁸⁶

A decisão, no entanto, acabou sendo revogada em sede de apelação, sob a alegação de que o tribunal inferior interpretou equivocadamente o requisito de “incitação à violência”. Apesar de reconhecer que a marcha poderia acabar causando sofrimento emocional aos sobreviventes do Holocausto, essa alegação não era suficiente para limitar a liberdade de expressão do Partido Nazista.³⁸⁷

Ao final, apesar de ter o direito de marchar pelo município de Skokie garantido pela justiça, o Partido Nazista acabou preferindo realizar a marcha na cidade de Chicago. A marcha aconteceu sob escolta policial, para que os poucos participantes não fossem

³⁸⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.8.

³⁸⁶ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.168.

³⁸⁷ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.169.

agredidos pelos habitantes do local.³⁸⁸ Michel Rosenfeld crê que apesar de terem logrado êxito na batalha judicial, a marcha realizada só demonstrou o isolamento que tal grupo possuía na sociedade norte-americana, pelo menos nos anos 1970.

O que se depreende de tudo o que foi exposto até aqui é que o entendimento jurisprudencial foi construído numa zona de indeterminação entre o discurso de ódio e o discurso político. Indeterminação no sentido de que aquele que profere impropérios racistas ou antissemitas, por exemplo, está apenas emitindo uma opinião política válida, tão válida quanto aquela do cidadão de orientação ideológica marxistas ou capitalista.

Owen Fiss assevera que os contornos dessa liberdade de expressão construída até então pela Suprema Corte norte-americana apresenta certos inconvenientes, posto que *“não consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou dos indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses dois conjuntos de interesse entram em conflito.”*³⁸⁹

O caso *R. A. V. v. St. Paul*,³⁹⁰ talvez seja uma das jurisprudências mais citadas e controversas dos Estados Unidos sobre discurso de ódio. O famoso embate envolveu a queima de uma cruz no quintal de uma família de afrodescendentes por um jovem branco, na década de 1990.³⁹¹

A cidade de St. Paul, onde aconteceu o fato, possuía uma lei que criminalizava o discurso de ódio e pelo qual o adolescente R. A. V. estava sendo julgado:

*Qualquer um que coloque, em propriedade pública ou privada, símbolo, objeto, denominação, caracterização ou grafite, incluindo, mas não limitado a, uma cruz em chamas ou suástica nazista, o que se sabe ou tem motivos suficientes para saber desperta raiva, alarme ou ressentimento em outros em com base em raça, cor, credo, religião ou sexo, comete conduta desordeira e será culpado de um delito.*³⁹²

A defesa do acusado alegou que o ato de queimar a cruz na frente da casa de uma família negra era forma de manifestação de pensamento, logo deveria ser interpretado

³⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.9.

³⁸⁹ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera publica. p.30.

³⁹⁰ R. A. V. V. ST. PAUL. 505 U.S. 377 (1992).

³⁹¹ FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão. Estado, regulação e diversidade na esfera publica. p.30.

³⁹² No original: Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor. R. A. V. V. ST. PAUL. 505 U.S. 377 (1992).

com base na Primeira Emenda.³⁹³ Quando o caso chegou à Suprema Corte do Estado de Minnesota, esta decidiu que daria interpretação conforme a Constituição e, nesse sentido, julgou que no caso em tela a queima da cruz não poderia ser acobertada pela Primeira Emenda, pois conforme entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, não há que se falar em liberdade de expressão quando o agente utiliza palavras que incitam à violência (*fighting words*).³⁹⁴

A decisão, entretanto, acabou sendo revogada pela Suprema Corte norte-americana, que entendeu que a cruz em chamas não constituía “*fighting words*” (palavras que incitam à violência), mas apenas um “ponto de vista” no mercado livre de ideias e que todos os “pontos de vista” merecem espaço, mesmo aqueles que nos parecem abjetos.³⁹⁵

De acordo com Judith Butler, o que parece estar em jogo para a maioria dos juízes da Suprema Corte é, não apenas quando e onde a linguagem é um componente que incita à violência, de tal maneira que acaba saindo do campo de proteção dado pela Primeira Emenda, mas, principalmente, saber o que constitui o próprio domínio da linguagem.³⁹⁶

Neste ponto, Judith Butler, faz severas críticas à conclusão a que chegou a Suprema Corte ao relativizar a doutrina já estabelecida das “*fighting words*” em nome da defesa da liberdade de expressão. Propõe que, se fizéssemos uma leitura retórica da decisão – diversa da interpretação jurídico formal –, poderíamos entender que a Corte ao decidir simplesmente afirmou o seu poder linguístico, o seu poder de dizer o que é e o que não linguagem e, assim, exerceu, ao mesmo tempo, o potencial ofensivo desse poder constitutivo que o poder de decidir, de ser Estado, lhe confere.

O objetivo deste tipo de interpretação, não seria, de acordo com a filósofa, expor o conjunto de estratégias retóricas contraditórias que constroem a decisão do caso *R. A. V. v. St. Paul*, todavia, considerar o poder que tem esse domínio discursivo, que não apenas produz o que será considerado ou não como linguagem, mas também regula o território político da contestação através da manipulação tática desta distinção.³⁹⁷

³⁹³ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidade. p. 93.

³⁹⁴ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.10.

³⁹⁵ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.10.

³⁹⁶ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidade. p. 94.

³⁹⁷ BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidade. p. 95.

*Além disso, gostaria de afirmar que as verdadeiras razões que explicam a natureza ofensiva desses atos, entendidos como linguagem de um modo geral, são precisamente aqueles que tornam difícil o julgamento de tais atos. Por último, gostaria de sugerir que a linguagem da do Tribunal carrega dentro de si a sua própria violência, e que a mesma instituição que está investida de autoridade para julgar o problema do discurso do ódio o recoloca em circulação e devolve esse ódio na e através de sua própria linguagem, muitas vezes usando da mesma linguagem que tenta julgar.*³⁹⁸

Judith Butler analisa a decisão final da Suprema Corte que foi redigida pelo Juiz Scalia, e que se constrói a partir do ato de queimar a cruz. Primeiro, o jurista questiona se o ato de atear fogo a uma cruz constitui ou não uma ofensa e, ainda, e se isso pode ou não ser considerado “fighting words”, para só então avaliar se ao caso se aplica a proteção da Primeira Emenda.³⁹⁹

A filósofa destaca que a palavra “incêndio” aparece várias vezes no veredito final, inicialmente quando se constrói um contexto em que a cruz em chamas é interpretada como uma expressão livre de um ponto de vista válido no mercado de ideias, e depois quando se vale do exemplo de alguém que atea fogo a uma bandeira, ato que poderia ser considerado ilegal caso violasse uma lei proibisse o atear fogo em local público, mas que não poderia ser ilegal o fato de atear fogo numa bandeira se a intenção do autor fosse expressar uma ideia. O Juiz Scalia conclui da seguinte maneira: *Quero que não exista incompreensão a respeito da nossa crença de que o ato de queimar uma cruz no jardim de alguém é um ato censurável. Mas, St. Paul tem meios suficientes a sua disposição para prevenir tal comportamento sem atirar a primeira emenda ao fogo.*⁴⁰⁰

De acordo com Judith Butler, a Suprema Corte em seu veredito se coloca no lugar da lei da Cidade de St. Paul e no lugar da queima da cruz, ao mesmo tempo em que faz uma analogia da Primeira Emenda com a casa e a família de pessoas afrodescendentes, que no curso da decisão converteu-se em um mero “jardim de entrada”. Para Judith

³⁹⁸ No original: “Más aún, me gustaría afirmar que las razones reales que dan cuenta del carácter ofensivo de esos actos, entendidos como lenguaje en un sentido general, son precisamente las que vuelven difícil la persecución judicial de tales actos. Por último, sugeriría que el lenguaje del tribunal lleva en sí mismo su propia violencia, y que la misma institución que se ve investida con la autoridad de juzgar el problema del lenguaje de odio pone de nuevo en circulación y devuelve ese odio en y a través de su propio lenguaje, a menudo utilizando el mismo lenguaje que intenta juzgar.” BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidade. p. 95.

³⁹⁹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.10.

⁴⁰⁰ No original: “Quero no haya error acerca de nuestra creencia de que quemar una cruz enfrente del jardín de alguien es un acto censurable”. “Pero – continúa Scalia – St, Paul tiene medios suficientes a su disposición para prever tal comportamiento sin echar la Primera Enmienda al fuego”. BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidade. p. 97.

Butler, essa eliminação dos significantes “afrodescendentes” e “família” no texto é importantíssima, pois assim como em outros casos sobre discurso de ódio, nega-se a dimensão do poder social que constrói aquele que discrimina e o que é alvo do discurso de ódio, neste caso, da cruz em chamas.⁴⁰¹

Ao mesmo tempo, esta eliminação nega a história racista convencionalizada no ato de queimar uma cruz pela Ku Klux Klan, que marcava, selecionava como alvo e pressagiava um ato de violência que seria cometido contra um determinado domicílio. Scalia se imaginava extinguindo completamente o fogo que a lei havia acendido e que fora reavivado com a Primeira Emenda. Na verdade, em comparação com o ato que ele chama de "censurável" de queimar uma cruz no jardim da frente "de alguém", a própria lei parece perturbar em maior medida, ameaçando queimar o livro da lei que Scalia deve defender. Assim, Scalia se defende enquanto oponente de todos aqueles que atearam fogo à Constituição, ou seja, incêndio criminoso de um tipo ainda mais perigoso.⁴⁰²

Judith Butler conclui que, ao final, não se tratava mais de se a Corte de Minnesota ou a Suprema Corte sabiam interpretar a ameaça implícita que uma cruz em chamas no jardim da frente de uma casa onde vivem pessoas afro-americanas representava, mas de se o Sistema jurídico funciona por meio de uma lógica paralela a da realidade. Justifica a filósofa que a Suprema Corte, em seu veredito, foi capaz de imaginar o fogo consumindo a Primeira Emenda, lançando chamas que dariam origem ao caos, e gerariam uma revolta tal que ameaçaria sua própria autoridade.⁴⁰³

A decisão representaria, assim, uma proteção da própria Corte frente à ameaça imaginária do fogo, protegendo a cruz em chamas e, deste modo, aliando-se com aqueles que buscam proteção legal contra um espectro surgido em sua própria fantasia (a “ameaça” que pessoas afro-americanas representam para a supremacia branca).

Portanto, o tribunal protege a cruz em chamas como exercício legítimo da liberdade de expressão, imaginando aqueles que se ofendem com a cruz como as verdadeiras ameaças, alçando a cruz em chamas ao posto de assistente do

⁴⁰¹ No original: "Al mismo tiempo, esta eliminación niega la historia racista de la convención de quemar una cruz el Ku Klux Klan, que marcaba, seleccionaba como objetivo y presagiaba un acto de violencia que habría de cometerse contra un domicilio determinado. Scalia se imagina a sí mismo extinguendo completamente el fuego que la ordenanza ha encendido y que ha sido reavivado con la Primera Enmienda. De hecho, comparado con el acto que considera como "censurable" de quemar una cruz en el jardín delantero "de alguien", la ordenanza misma parece perturbar en mayor medida, amenazando con quemar el libro de la ley que Scalia debe defender. De este modo, Scalia se defiende a sí mismo en tanto que oponente de todos aquellos que prenderían fuego a la Constitución, es decir de pirómanos de un tipo aún más peligroso." BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidade*. p. 97.

⁴⁰² BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidade*. p. 97.

⁴⁰³ BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidade*. p. 111.

*tribunal, que protege e garante a liberdade de expressão: com tamanha proteção, qual o nosso medo?*⁴⁰⁴

No ano de 2003, outro caso paradigmático envolvendo queima de cruzeiros – *Virginia v. Black*.⁴⁰⁵ – foi debatido pela Suprema Corte norte-americana, que acabou considerando uma lei, similar à de St. Paul, que criminalizava discursos de ódio, desta vez, constitucional.⁴⁰⁶

A Suprema Corte do estado da Virgínia havia considerado inconstitucional a referida lei, interpretando que a queima de cruzeiros era exercício válido da liberdade de expressão, acobertado assim pela Primeira Emenda. A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão, afirmando que apesar de discursos racistas como os da Ku Klux Klan serem de fato acobertados pela proteção, os atos de ameaça não são. A Corte esclareceu, entretanto, que esse caso difere do *R. A. V. v. St. Paul*, porque a lei do estado da Virgínia não se dirigia a um grupo específico como a lei de St. Paul.⁴⁰⁷

4.1.2. Canadá

O Canadá e os Estados Unidos compartilham muitas características: no passado, ambos foram colônias britânicas e atualmente possuem economia forte e industrializada, suas comunidades são formadas por grandes populações de imigrantes de diversos países e culturas. Entretanto, o tratamento político e a jurisprudência construída por estas Democracias caminham em sentidos opostos.⁴⁰⁸

No ano de 1982, *Carta dos Direitos e Liberdades* tornou-se parte fundamental da Constituição do Canadá e estabeleceu, dentre outras coisas que:⁴⁰⁹

Consagra a liberdade de expressão em seu (art.2,b), segundo o qual todos têm direito à liberdade de pensamento, crença, opinião, expressão, incluindo a liberdade da imprensa e de outros meios de comunicação.” Por outro lado, a Carta também protege o direito à igualdade, vedando discriminações (art.15,1) e prevendo inclusive a possibilidade de instituição de políticas de ação afirmativa em favor de minorias em situação desvantajosa (art.15,2). Ela contém, ainda,

⁴⁰⁴ “Por tanto, el tribunal protege la cruz en llamas como libre expresión, imaginando a aquellos a los que ofende como el lugar de una verdadera amenaza, elevando la cruz en llamas como si se tratara de un ayudante del tribunal, del protector local y la garantía de la libertad de expresión: con tanta protección, ¿qué podemos temer?” BUTLER, Judith. *Lenguaje, poder e identidade*. p. 111.

⁴⁰⁵ VIRGINIA V. BLACK. 538 U.S. 343 (2003).

⁴⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”*. p.10.

⁴⁰⁷ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”*. p.10.

⁴⁰⁸ ROSENFELD, Michel. *El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo*. p.173.

⁴⁰⁹ CANADÁ, Governo do. *O sistema jurídico*.

referência ao multiculturalismo como compromisso fundamental da sociedade canadense (art.27). Ademais, a Carta estabelece expressa autorização para instituição de limites aos direitos fundamentais, desde que sejam razoáveis, criados por lei e que possam ser “demonstravelmente justificados numa sociedade livre e democrática”(art. 1^o).⁴¹⁰

Não como nos Estados Unidos, no Canadá a liberdade de expressão não é vista como um direito preferencial em face de outros direitos constitucionais, podendo ser limitado, caso haja justificativa razoável. Daniel Sarmento informa que a jurisprudência canadense aponta os seguintes critérios para que se aceite a limitação de algum direito fundamental: a medida deve ser “urgente e substancial” e deve atender ao princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões – (a) deve existir uma “razoável conexão” entre a norma e a o objetivo que se persegue, (b) a limitação deve ser a mínima necessária para atingir o objetivo, e (c) os ônus não podem ser maiores que as vantagens que se busca atingir com a limitação.⁴¹¹

Na década de 1990, Suprema Corte do Canadá enfrentou um caso bastante complicado sobre discurso de ódio, que acabou tornando-se precedente sobre o assunto. em que se verificou a constitucionalidade de limitação da liberdade de expressão.

O julgamento *Regina v Keegstra*⁴¹² versava sobre a constitucionalidade da norma contida no Código Penal do Canadá que estabelece em seu art. 319 que todos aqueles que promovem deliberadamente ou incitam o ódio contra qualquer grupo identificável⁴¹³, em razão da cor, raça, religião ou origem étnica será passível de pena.⁴¹⁴

James Keegstra, professor do ensino médio da escola Eckville, em Alberta, desde os anos 1970, atribuída, durante suas aulas, várias características desabonadoras aos

⁴¹⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.15.

⁴¹¹ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. p.15.

⁴¹² REGINA V KEEGSTRA. 3 S.C.R. 697. (1990).

⁴¹³ “Art.318. (7) Definition of “identifiable group” (4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.” CODE, Criminal. RSC 1985.

⁴¹⁴ "Art.319 (1) Todo aquele que, ao comunicar-se por meio de declarações em qualquer lugar público, incite ao ódio contra qualquer grupo identificável onde essa incitação seja susceptível de conduzir a uma violação da paz é culpado de (a) uma infração grave e esta sujeito à prisão por um período não superior a dois anos; ou (b) um crime punível em condenação sumária. Promoção intencional de ódio: (2) Todo aquele que, ao fazer declarações, que não em conversa privada, deliberadamente promove o ódio contra qualquer grupo identificável é culpado de (a) uma infração grave passível de pena de prisão não superior a dois anos; ou (b) um crime punível em condenação sumária". Original: “Art.319 (1) Everyone who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or (b) an offence punishable on summary conviction. Wilful promotion of hatred: (2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, willfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or (b) an offence punishable on summary conviction.” CODE, Criminal. RSC 1985.

judeus. Descrevia-os como “traíçoeiros”, “subversivos”, “sádicos”, “pão-duros”, “gananciosos” e “assassinos de crianças”. Ensinava aos seus alunos, ainda, que as pessoas judias querem destruir o cristianismo e são responsáveis por depressões, anarquia, caos, guerras e revoluções. Keegstra, afirmava ainda que os judeus “*criaram o Holocausto para ganhar simpatia internacional*” e, em contraste com os cristãos, descritos como pessoas boas e honestas, os judeus seriam pessoas más e falsas. O professor cobrava seus “*ensinamentos*” nas provas que aplicava aos alunos e asseverava que se eles não reproduzissem tais “*verdades*” sofreriam as consequências, e poderiam até ser reprovados na matéria.⁴¹⁵

Apoiada no marco Constitucional canadense e na “*Carta dos Direitos e Liberdades*”, a Suprema Corte fez as seguintes considerações sobre os limites da liberdade de expressão face à propagação de discursos de ódio:⁴¹⁶

*(1) buscar e alcançar a verdade é uma atividade inerentemente boa; (2) participação na tomada de decisão política e social deve ser promovida e incentivada; e (3) a diversidade de formas de auto-realização individual e florescimento humano devem ser cultivadas em um ambiente tolerante e acolhedor para o bem de ambos aqueles que transmitem um significado e aqueles a quem o significado é transmitido.*⁴¹⁷

De acordo com a Suprema Corte do Canadá, a norma contida no art. 319 do Código Penal tem como objetivo impedir a lesão aos bens jurídicos que as expressões de ódio contra grupos socialmente vulneráveis podem causar, e nesse sentido a restrição é urgente e substancial, plenamente compatível com o projeto de uma sociedade livre e democrática.

O Tribunal deve ser guiado pelos valores e princípios essenciais para uma sociedade livre e democrática que incorporam, acredito eu, para citar apenas alguns exemplos, o respeito pela dignidade inerente à pessoa humana, o compromisso com a justiça social e igualdade, o alojamento de uma ampla variedade de crenças, o respeito pela identidade cultural e de grupo, e fé em instituições sociais e políticas que aumentem a participação de indivíduos e grupos na sociedade. Os valores e princípios de uma sociedade livre e democrática subjacentes são a gênese dos direitos e liberdades garantidos pela Carta e o padrão final contra o qual um limite

⁴¹⁵ REGINA V KEEGSTRA. 3 S.C.R. 697. (1990).

⁴¹⁶ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.173.

⁴¹⁷ No original: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed. REGINA V KEEGSTRA. 3 S.C.R. 697. (1990).

de um direito ou liberdade deve ser mostrado, apesar de seu efeito, para ser razoável e comprovadamente justificado. ⁴¹⁸

Argumentou, ainda, a importância do compromisso canadense com a igualdade e o multiculturalismo, espousados na *Carta dos Direitos e Liberdades*, e que tais compromissos restam prejudicados com a livre circulação de discursos de ódio, cujos efeitos afligem não apenas às vítimas diretas, mas toda a sociedade.

A Corte concluiu que é provável que as pessoas que são alvo dos discursos de ódio se sintam humilhadas e violentadas, que tenham seus sentimentos de autoestima e aceitação achincalhados perante a sociedade, e como consequência acabem evitando o contato com outros membros da sociedade e de outros grupos. E também entendeu que aqueles que não fazem parte dos grupos vulneráveis aos quais o discurso de ódio se dirige, podem acabar internalizando de tal modo os discursos que passem a não só não se sensibilizar com as demandas desses grupos, como também compartilha-los. ⁴¹⁹

De acordo com Rosenfeld, a decisão demonstra uma preocupação não apenas com os efeitos graduais a longo prazo que podem afetar seriamente a coesão social, mas com ameaças imediatas do discurso ofensivo. Para o constitucionalista, contrariamente à postura norte-americana, que presume que a verdade acabaria prevalecendo de qualquer modo, em algum momento, a Suprema Corte canadense afirmou que o discurso de ódio tem o potencial de produzir sérios danos, pois na maioria das vezes não se baseia em argumento racionais, mas emocionais. ⁴²⁰

[...] nós estão menos confiantes no século 20 que as faculdades críticas dos indivíduos serão exercida sobre a fala e a escrita que é dirigida a eles. Nos séculos 18 e 19, havia uma crença generalizada de que o homem era uma criatura racional, e que, se sua mente foi treinada e libertada da superstição pela educação, ele sempre distinguiria a verdade da mentira, o bem do mal. Então Milton, que disse "deixe verdade e a falsidade lutarem: quem já soube da verdade derrotada em um encontro livre e aberto". Não podemos compartilhar esta fé hoje de forma tão simples. Embora defenda que, a longo prazo, a mente humana é repelida por falsidades flagrantes e busque o bem, é frequentemente verdade, no curto prazo,

⁴¹⁸ No original "The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the Charter and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified." REGINA V KEEGSTRA. 3 S.C.R. 697. (1990).

⁴¹⁹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.174.

⁴²⁰ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. p.174.

que a emoção desloque a razão e indivíduos perversamente rejeitem as manifestações de verdade colocadas diante deles e abandonem o bom que eles sabem. Os sucessos da propaganda moderna, os triunfos da propaganda descarada, como a de Hitler, qualificou acentuadamente a nossa crença na racionalidade do homem. Sabemos que sob tensão e pressão nos momentos de irritação e frustração, o indivíduo é influenciado e até arrastado pelos apelos histéricos e emocionais. Agimos de forma irresponsável, se ignorarmos a maneira em que a emoção pode retirar a razão de campo. ⁴²¹

A Suprema Corte do Canadá decidiu em votação apertada, 4 votos a 3, que a lei era constitucional e manteve a condenação do professor Keegstra, diferindo assim em muito da jurisprudência norte-americana, por considerar que a propagação e incitação ao discurso de ódio é mais lesiva aos valores constitucionais que a proteção absoluta dos discurso.

⁴²¹ No original: "[...] we are less confident in the 20th century that the critical faculties of individuals will be brought to bear on the speech and writing which is directed at them. In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. So Milton, who said "let truth and falsehood grapple: who ever knew truth put to the worse in a free and open encounter". We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. We know that under strain and pressure in times of irritation and frustration, the individual is swayed and even swept away by hysterical, emotional appeals. We act irresponsibly if we ignore the way in which emotion can drive reason from the field." REGINA V KEEGSTRA. 3 S.C.R. 697. (1990).

5. A PROIBIÇÃO DE DISCURSOS E PRÁTICAS DE ÓDIO RACIAL NO BRASIL

Inicialmente, cumpre esclarecer que não temos a pretensão de esgotar neste breve espaço o tema proposto para este capítulo ou aprofundar sobremaneira nos temas por demais polêmicos. Acreditamos que tal tarefa seria impossível em algo menos que uma dissertação específica sobre o tema.

Ainda assim, acreditamos ser igualmente impossível analisar a criminalização do discurso de ódio homofóbico sem passar pelo estudo da criminalização do racismo ante a semelhante mecânica de funcionamento destes dois tipos de discurso.

5.1. Notas sobre o racismo no Brasil

Desde a *Constituição Política do Império do Brasil* de 1824, outorgada seis décadas antes da abolição da escravatura, as Constituições brasileiras trazem em seus textos declarações solenes sobre a igualdade de todos os cidadãos perante a lei: “*A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, ou recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*”.⁴²²

Entretanto, conforme destaca o jurista paulista Hédio Silva Junior, esse “*todos*” não comportava o povo negro que foi arrancado violentamente do continente africano para aqui servir ao regime escravocrata. No âmbito civil, o negro era visto como coisa, como objeto pertencente ao senhor de escravo. No âmbito penal, havia um incrível paradoxo: se caso fosse vítima de algum crime, o negro era visto como objeto, sendo objeto de roubo e dano, por exemplo; mas caso contrário, fosse autor de algum delito, poderia responder penalmente.

A Constituição do Império havia eliminado as penas cruéis, tais como açoite, tortura e marca de ferro quente. Entretanto, tal proibição não se aplicava à punição dada aos negros escravizados. O Código Criminal de 1830 impunha ao escravo a pena de açoite, e era permitido ao senhor complementar a punição dada pelo Estado, caso compreendesse que esta não tinha sido suficiente.⁴²³

[...] para todos os efeitos civis – contratos, herança, etc. – o africano escravizado não era considerado pessoa, sujeito de direitos. No entanto para efeito da

⁴²² BRASIL, Planalto. *Constituição Política do Império do Brasil* de 1824.

⁴²³ SILVA, Kátia Elenise Oliveira. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. p.20.

persecução penal, o mesmo era considerado responsável imputável, humano; isto se figurasse como acusado, visto que, na condição de vítima, tendo uma parte de seu corpo mutilada, por exemplo, a lesão era qualificada juridicamente como dano – algo atinente ao direito de propriedade e não ao direito penal. Do mesmo modo, caso um escravo fosse sequestrado, configurado estaria o crime de furto, ou de roubo. Numa palavra: sendo acusado, era considerado pessoa. Sendo vítima, era tido como coisa, ou, na melhor das hipóteses, semovente. ⁴²⁴

Para o jurista mineiro Fabiano Silveira, somente a partir de 1888, após a abolição do regime escravocrata no Brasil, é que se torna possível cogitar a introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer norma que garantisse a igualdade para as pessoas negras.⁴²⁵

Mesmo havendo nítida discriminação em alguns de seus artigos, o Código Criminal foi muito criticado por sua liberalidade e, utilizando-se isto como desculpa, muitas leis que não respeitavam a igualdade foram promulgadas, entre elas: a Lei nº04, de 10 de julho de 1835, que determinava as penas para os escravos que praticassem crimes de homicídio, ferimentos e outras ofensas físicas contra seus senhores, estipulando regras específicas para os respectivos processos. Salientando-se que não havia recurso nestes processos, mesmo quando a pena era de morte; e a Lei de 15 de outubro de 1837 que dispunha que o furto praticado pelo escravo deveria ser considerado como roubo, com pena maior. ⁴²⁶

Do ano de 1891, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” mesmo que formalmente livre da escravidão e influenciada pelas teoria constitucionalistas do século XVIII, permaneceu silente em relação a questão da igualdade racial, e de maneira sucinta, em seu art. 72, parágrafo 2º, estabeleceu que: ⁴²⁷

Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiarchicos e de conselho. ⁴²⁸

Acreditamos ser fundamental para a análise sobre o racismo no Brasil que se compreenda este período histórico de transição do regime escravocrata. As últimas décadas do século XIX são marcadas por um intenso processo de urbanização e industrialização das cidades brasileiras, o que reflete significativamente na importação e desenvolvimento de teorias higienistas e eugenistas aplicadas à população como instrumentos de profilaxia social.

⁴²⁴ SILVA JUNIOR, Hédio. Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. p.8.

⁴²⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.62.

⁴²⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.62.

⁴²⁷ SILVA, Kátia Elenise Oliveira. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. p.24.

⁴²⁸ Redação original. BRASIL, Planalto. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

A cidade, a urbanização e a industrialização aparecem agora como grandes problemas a serem enfrentados pelo Estado brasileiro. Neste momento, em todo o mundo, ocorre uma convergência entre as teorias produzidas nos campos do Direito e da Medicina, *“o ser humano passou a ser percebido, nessa lógica, como um corpus inserido em outro organismo vivo, a sociedade”*.⁴²⁹

O Brasil, em razão de sua história colonial e de sua extensão continental, possui, é claro, características próprias que fazem diferir a organização de suas cidades em comparação com as metrópoles Europeias, características que não podem ser negligenciadas para entendimento dos efeitos daí advindos.⁴³⁰

Com o fim do império temos a formação dos grandes centros urbanos que passaram receber um contingente maior de imigrantes de outros continentes e de diversas partes do país. Esses processos de migração e imigração transformaram significativamente os espaços urbanos e sociais de cidades brasileiras, tais como a capital da República, o Rio de Janeiro e demais cidades como Salvador, São Paulo e Santos.

A ocupação espacial desordenada e a precariedade sanitária são as principais características da (falta de) organização destes aglomerados urbanos.⁴³¹ A maior parte da população destas cidades era composta de pessoas negras que foram escravizadas, negros forros e pobres brancos, além dos migrantes do interior do Brasil, os refugiados do fim do império, e daqueles imigrantes refugiados (subversivos) da Europa.⁴³²

O quadro difuso e instável das cidades brasileiras, já naturalmente hipertensionado pela escravidão e seus processos de exclusão social, tendeu a se agravar com a Abolição e com a instauração de princípios democráticos. Surgia então a figura aterradora da massa de ‘cidadãos’ pobre e perigosa, viciosa, a qual

⁴²⁹ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentalidade. p.14.

⁴³⁰ “O desenvolvimento, no século XVIII, de uma demografia, das estruturas urbanas, do problema da mão-de-obra industrial havia feito aparecer a questão biológica e médica das ‘populações’ humanas, com suas condições de vida, de moradia, de alimentação, com seus fenômenos patológicos (epidemias, endemias, mortalidade infantil).” FOUCAULT, Michel. Ditos e Escritos V. P.9.

⁴³¹ História da vida privada no Brasil p.133. Vol3

⁴³² “Assim como sucedeu na Europa, na época em que celebraram os primeiros congressos de Antropologia Criminal, na América Latina, a criminologia se preocupava não somente com os chamados delinquentes comuns, mas também com os anarquistas, qualificando-os como os sujeitos anti-sociais, perigosos e objeto de estudo da Antropologia Criminal. Com este novo direcionamento os primeiros presos foram na verdade presos políticos, mesmo quando não fosse especificado, como foram na Europa: os opositores religiosos, os grevistas ingleses, os agitadores anarquistas, etc. Em suma neste período, seriam qualificados como delinquentes, não somente índios, negros e chineses, mas também brancos revolucionários.” OLIVEIRA JUNIOR, Alcidesio de. Penas especiais para homens especiais: as teorias biodeterministas na criminologia brasileira na década de 1940. p.62.

*emergia uma multidão de casas térreas, de estalagens e cortiços, de casas de cômodos, de palafitas e mocambos que eram a vastidão da paisagem das cidades herdadas do Império. Acusadas de atrasadas, inferiores e pestilentas, essas populações seriam perseguidas na ocupação que faziam das ruas, mas sobretudo seriam fustigadas em suas habitações.*⁴³³

Tanto a Medicina quanto o Direito foram fundamentalmente orientados pelas correntes científicas importadas da Europa e dos Estados Unidos, que procuravam na ciência a cura para todos os “males sociais”. Os teóricos brasileiros impulsionados pela vontade de modernização das estruturas sociais, políticas e econômicas inspiraram-se principalmente no darwinismo social de Spencer, no monismo alemão e no positivismo de Auguste Comte.⁴³⁴

*No afã do esforço modernizador, as novas elites se empenhavam em reduzir a complexa realidade social brasileira, singularizada pelas mazelas herdadas do colonialismo e da escravidão, ao ajustamento em conformidade com padrões abstratos de gestão social hauridos de modelos europeus ou norte-americanos. Fossem esses os modelos da missão civilizadora das culturas da Europa do Norte, do urbanismo científico da opinião esclarecida e da participativa crença resignada na infalibilidade do progresso. Era como se a instauração do novo regime implicasse pelo mesmo ato o cancelamento de toda a herança do passado histórico do país e pela mera reforma institucional ele tivesse fixado um nexu co-extensivo com a cultura e a sociedade das potências industrializadas.*⁴³⁵

Inicia-se com a reforma urbana a aplicação efetiva das teorias higienistas e eugenistas importadas da Europa.⁴³⁶ A elite brasileira via na população formada por negros, pobres e imigrantes o foco de patologias degenerativas da sociedade.⁴³⁷ O

⁴³³ SEVCENKO, N. (org.) História da vida privada no Brasil. República: da Belle Époque à Era do Rádio. p.133.

⁴³⁴ CASTRO, Francisco J Viveiros de. Atentados ao Pudor (Estudos sobre as Aberrações do Instinto Sexual).pV.

⁴³⁵ SEVCENKO, N. (org.) História da vida privada no Brasil. República: da Belle Époque à Era do Rádio. p.133.

⁴³⁶ “Essa nova tecnologia de poder sobre a vida desenvolveu-se de duas formas principais e que não são de maneira alguma antitéticas, pelo contrário, estão interligadas. O primeiro ponto de fixação centrou-se nas técnicas disciplinares, “anátomo-política do corpo humano: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos” (FOUCAULT, 2007a, p. 151). E o segundo ponto de fixação, que buscamos desenvolver mais detalhadamente neste artigo, centrou-se no corpo-espécie, no corpo como potência viva, suporte de processos biológicos, emergência, portanto, da biopolítica da população” PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentabilidade. p.17.

⁴³⁷ “Deve-se criar em todos os países da América latina uma organização idêntica à que existe no FBI... nossa legislação estabelece identificação obrigatória de todos os cidadão brasileiros. Os demais países americanos estão agora sentindo as necessidades de fechar suas fronteiras a elementos que chegam da Europa contaminados de ideias perigosas e deletérias, segundo as recentes verificações do Comitê de Defesa do Continente. É imprescindível utilizar os modernos recursos específicos que nos oferecem a ciência médico legal se queremos impedir que indivíduos indesejáveis continuem atravessando as

isolamento geográfico e social foi apenas o primeiro passo dado por essa elite que devotaria todo o século XX ao estudo e dominação daqueles indivíduos considerados hierarquicamente inferiores.⁴³⁸

Para tanto acreditavam que era preciso extirpar do organismo social aqueles que colocassem o sonho de purificação da nação em perigo, era preciso dar um fim naqueles sujeitos que eram considerados como responsáveis pela “degeneração social”, “pela degeneração do povo brasileiro”.⁴³⁹

É neste período que vemos emergir teorias como a do *branqueamento e miscigenação*⁴⁴⁰ e, posteriormente, o mito da *democracia racial*.⁴⁴¹ Teorias estas que são

fronteiras do país com a intenção de perturbar nossa tranquilidade e ameaçar a segurança nacional... chegou o momento de decretar a legislação adequada que permita ao Estado o controle rigoroso dos numerosos indivíduos de países europeus que pretendem clandestinamente na intimidade da vida dos povos das três Américas para exercer facilmente suas perigosas atividades antissociais ao abrigo das leis penais.” OLIVEIRA JUNIOR, Alcidesio de. Penas especiais para homens especiais: as teorias biodeterministas na criminologia brasileira na década de 1940. p.63.

⁴³⁸ “Como notou a historiadora Nancy Leys Stepan, os latino-americanos, incluindo os brasileiros, olhavam para os pensadores europeus e “abraçavam a ciência como uma forma de conhecimento progressivo, uma alternativa à visão religiosa da realidade, e como um meio de estabelecer um novo modo de poder cultural”. Essas apropriações estavam relacionadas com as novas pesquisas que eram produzidas na Europa e nos Estados Unidos em endocrinologia e funções hormonais nas décadas de 1920 e 1930, bem como em teorias mais gerais acerca da eugenia, comportamento criminal e desvio social.” GREEN, James N. Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX p.198.

⁴³⁹ PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. Do Pastorado ao governo (Bio)Político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentalidade. p.21.

⁴⁴⁰ De acordo com Thula de Oliveira Pires esta teoria consiste no: “O ideário prevaletente a época difundia a crença de que a superioridade da raça branca seria capaz de se impor nos processos de miscigenação, fazendo com que, gradativamente, a população se tornasse branca. Diferentemente do que os estudos genéticos apontam na atualidade, pensava-se que a supremacia do branco traria como consequência necessária a predominância de suas características quando da mistura com outras raças. George Andrews afirma que “pensadores brasileiros como João Baptista Lacerda e F. J. Oliveira Viana disseram que, quando os brancos misturavam seus genes (ou na linguagem da época, seu sangue) com aqueles dos não brancos, era a herança racial branca, e os atributos raciais brancos, que tendiam a dominar nos produtos dessas uniões. Por isso, com o tempo, e supondo a chegada continuada de imigrantes europeus no país, a mistura racial pouco a pouco “eliminará” as características raciais africanas e indígenas e produziria o “branqueamento” final do Brasil”. Hofbauer traz outras contribuições de influentes pensadores nesse mesmo sentido. Para Buffon, o branco é a cor mais constante na espécie humana, qualquer outra tonalidade de pele é tida como um ‘desvio’ da cor originária, decorrente de condições climáticas. Por causa de sua crença na maior persistência da cor branca, para ele seria possível branquear uma raça em oito ou doze gerações, a partir do seguinte esquema: o embranquecimento da população poderia ser atingido em oito ou doze gerações, a partir do seguinte esquema: (1) de um negro e de uma mulher branca nasce um mulato meio negro e meio branco com cabelo longo; (2) do mulato e da mulher branca provém o ‘quarteirão’, marrom, com cabelo longo; (3) do quarteirão e uma mulher branca descende o ‘oitavão’, menos marrom que quarteirão; (4) do oitavão e de uma mulher branca vem uma criança perfeitamente branca.” PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.33.

⁴⁴¹ “Negando a existência de preconceito ou discriminação racial, as desigualdades flagrantes vividas pelos negros eram atribuídas à herança escravista, lida a partir da relação entre “senhores bondosos e escravos submissos, empaticamente harmônicos”. As relações raciais passam a ser explicadas pelas ideias de assimilação e aculturação. Reverbera a crença de que o modo de ser do brasileiro foi constituído a partir da apropriação harmônica dos referenciais culturais das três raças, que ora tendiam à assimilação do padrão diferente, ora davam ensejo a uma reformulação das próprias práticas a partir da interação entre

fundamentais para a produção e reprodução do racismo e da desigualdade racial no Brasil até os dias de hoje.

A influência de tais teorias pode ser percebidas em diversas pesquisas por aqui produzidas, como demonstram as palavras de Francisco Viveiros de Castro, em seu livro *“Attentados Violentos ao Pudor”*, do ano de 1890:

O Brasil oferece nesse momento de sua evolução histórica, a um observador competente um fenômeno curioso a estudar, uma raça que se forma pela fusão de três raças diferentes, o português, o africano e o índio. E aqui na Capital Federal o problema ainda mais se complica pela concorrência de estrangeiros, vindos de toda a Europa, que aqui se demoram nas explorações da indústria e do comércio. Assistimos a mais uma confirmação da lei de Darwin, a raça mais forte suplantando a mais fraca na luta pela existência. Os negros tendem a desaparecer absorvidos na raça branca e desse cruzamento surge um tipo genuinamente nacional, influenciado pelo clima, o mulato, desde o bem escuro até o que se diz descendente de barões feudais, traíndo porém a origem no lábios e nas unhas. Uma escritora ilustre afirmou no segundo congresso de antropologia criminal que as épocas de mestiçagem são as mais fecundas na criminalidade e na corrupção dos costumes, porque os mestiços, a par de um inteligência largamente desenvolvida, não são dotados de senso moral e propensos a lubricidade.⁴⁴²

Conforme a análise crítica empreendida por Fabiano Augusta Silveira, podemos perceber que a interpretação das teorias higienistas e eugenistas eram aqui realizadas de maneira descontextualizada e seletiva.⁴⁴³ O próprio Conde Arthur Gobineau,⁴⁴⁴ quando exercia representação diplomática da França em terras tupiniquins, a contragosto, diga-se de passagem, sentenciou em cartas suas impressões sobre o Brasil e nossa formação racial:⁴⁴⁵

elas. Considerando que as relações entre brancos e não brancos são cordiais e no Brasil não há discriminação racial, as desigualdades passam a ser explicadas a partir da ideia de classe. Se os negros não conseguem mobilidade social não é porque exista um ideário sectário na sociedade, mas porque saíram da condição de escravos sem as condições materiais necessárias à experiência da liberdade. Essa nova interpretação sobre o Brasil, de uma ‘democracia social e étnica’ ganha cientificidade a partir do encontro do pensamento de Freyre com a antropologia cultural de Franz Boas, que substituiu a noção biológica de raça pela noção de cultura, enquanto expressão material e simbólica do ethos de um povo.” PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.38.

⁴⁴² CASTRO, Francisco J. Viveiros de. *Attentados ao Pudor* (Estudos sobre as Aberrações do Instinto Sexual).p.VII.

⁴⁴³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*. p.3.

⁴⁴⁴ Um dos nomes mais emblemáticos para as teorias racialistas do século XIX, autor do *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* (1855). Conforme Fabiano Martins: “Gobineau declarava que as raças humanas diferem não só em vigor físico e capacidade intelectual, mas também em beleza. Quanto mais afastadas do branco, tornam-se mais precárias do ponto de vista estético.[...] Em síntese das doutrinas raciais do século XIX, Schwarcz aponta que os mestiços simbolizavam, para a corrente poligenista, “a diferença fundamental entre as raças e personificavam a “degeneração” que poderia advir do cruzamento de “espécies diversas”.” SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*. p.3-4.

⁴⁴⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo*. p.3.

Nenhum brasileiro é de sangue puro; as cominações dos casamentos entre brancos, indígenas e negros multiplicaram-se a tal ponto que os matizes de carnação são inúmeros, e tudo isso se produziu, nas classes baixas e nas altas, uma degenerescência do mais triste aspecto [...]. Já não existe nenhuma família brasileira que não tenha sangue negro e índio nas veias; o resultado são compleições raquíticas que, se nem sempre são repugnantes, são sempre desagradáveis aos olhos [...]. É preciso reconhecer que a maioria dos que chamamos brasileiros compõe-se de sangue mestiço, sendo mulatos e filhos de caboclos de graus distintos. O Sr. Barão de Cotegipe, atual ministro das Relações Exteriores, é mulato; no Senado há homens dessa categoria; em uma palavra, quem diz brasileiro diz, com raras exceções, homens de cor. Sem entrar no mérito das qualidades físicas e morais destas variedades, é impossível não reconhecer que elas não são laboriosas, ativas e fecundas.⁴⁴⁶

A jurista Thula de Oliveira Pires recorda também o importante papel de Nina Rodrigues⁴⁴⁷, Euclides da Cunha⁴⁴⁸ e Oliveira Vianna⁴⁴⁹, que influenciados pelas teorias eugênicas e higienistas, produziram e reproduziram através dos postulados da ciência os preconceitos das classes dominantes.⁴⁵⁰

É neste período, em que imperavam as correntes eugenistas e higienistas, que se insere também a “*Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*” de 1934. Constituição que, se por um lado inova ao trazer o termo “raça” como critério de igualdade formal,⁴⁵¹ de outro, de modo esquizofrênico, influenciada pela teorias

⁴⁴⁶ Trecho retirado da correspondência de Arthur Gobineau e citado por Fabiano Silveira em: SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.4.

⁴⁴⁷ No Brasil, não poderíamos deixar de conferir destaque especial ao médico Raymundo Nina Rodrigues, nome de batismo do Instituto Médico Legal da Bahia, figura ainda hoje laureada pelos institutos de criminologia e fonte de inspiração de tratados contemporâneos de criminologia, cuja obra, no final do século passado, inclui estudos de medições de crânio e de largura do nariz (uma adaptação tropical dos postulados lombrosianos) para justificar alegadas tendências inatas dos negros para a criminalidade. SILVA JUNIOR, Hédio. Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Civis e Penais. p.20.

⁴⁴⁸ “Vianna (1934) tratou a temática racial através da dogmática positivista e do evolucionismo, defendendo a elaboração de uma psicologia da raça tomando por base aspectos biológicos e não sociais. Partindo da ideia de que a raça influencia diretamente a inteligência de uma população e com isso o desenvolvimento do país, alerta para a necessidade de que a composição racial de um povo seja verificada e controlada. Segundo interpretação de Jair Ramos: “o branqueamento da população brasileira não era por ele concebido como a constituição de um tipo único e branco, mas pela progressiva perda de peso relativo dos descendentes de negros e índios no conjunto da população brasileira.” PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.36

⁴⁴⁹ “Euclides da Cunha enfatiza a questão da desigualdade entre as raças, tanto em atributos intrínsecos como nos de origem. Neste caso, alinha-se com o poligenismo ao afirmar que o Homo americanus, isto é, o índio, seria autóctone do Novo Mundo. Partindo das diferenças climáticas entre as diversas regiões do país vai designar a diferença de desenvolvimento de cada localidade ao povo que a constitui. Compartilha com os demais a visão depreciativa acerca do mestiço.” PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.36

⁴⁵⁰ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.34.

⁴⁵¹ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de

racialistas, dispõe que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios estimular a educação eugênica⁴⁵² e, ainda, estabelece que a entrada de imigrantes em território nacional dependeria de “*restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física do imigrante*”.⁴⁵³

Com a instauração do Estado Novo e a promulgação da “*Constituição dos Estados Unidos do Brasil*”, em 1937, por Getúlio Vargas, o texto constitucional retomou a redação lacônica do princípio da igualdade formal, ao dispor no art. 122, inciso I:

*Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
1º) todos são iguais perante a lei.*⁴⁵⁴

Conforme relembra Hédio Silva Junior, foi sob a vigência desta Constituição que em 1945 o Decreto-Lei 7.967/45, que vigorou até 1980 como política de Imigração e Colonização,⁴⁵⁵ estabeleceu que a admissão de imigrantes no Brasil “*atenderia a necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia*”.⁴⁵⁶

5.1.1 Lei 1.390/51 – Lei Afonso Arinos

Apenas no ano de 1951 foi promulgada a primeira legislação antirracista brasileira, a Lei 1.390/51, popularmente conhecida como *Lei Afonso Arinos*. A referida lei definia como *contravenção penal* a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou cor.⁴⁵⁷

nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.” BRASIL, Planalto. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

⁴⁵² “Artigo 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica.” BRASIL, Planalto. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1834.

⁴⁵³ “Artigo 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.” BRASIL, Planalto. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1834.

⁴⁵⁴ BRASIL, Planalto. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

⁴⁵⁵ SILVA JUNIOR, Hédio. Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais. p.12.

⁴⁵⁶ BRASIL, Planalto. Decreto-Lei Nº 7.967 De 18 De Setembro De 1945.

⁴⁵⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.63.

O Deputado mineiro Afonso Arinos de Melo Franco, em 17 de julho de 1950, apresentava a justificação ao projeto de lei: '[...] 4 - Urge, porém, que o Poder Legislativo adote medidas convenientes para que as conclusões científicas tenham adequada aplicação na política do Governo. As disposições da Constituição Federal e os preceitos dos acordos internacionais de que participamos, referentes ao assunto, ficarão como simples declarações platônicas se a lei ordinária não lhe vier dar forças de regra obrigatória de direito. 5 - Por mais que se proclame a inexistência, entre nós, do preconceito de raça, a verdade é que ele existe, e com perigosa tendência a se ampliar. [...] é sabido que certas carreiras civis, como o corpo diplomático, estão fechados aos negros; que a Marinha e a Aeronáutica criam injustificáveis dificuldades ao ingresso de negros nos corpos de oficiais e que outras restrições existem, em vários setores da administração. 6 - Quando o Estado, por seus agentes oferece tal exemplo de odiosa discriminação, vedada pela Lei Magna, não é de se admirar que estabelecimentos comerciais proíbam a entrada de negros nos seus recintos. [...] 9- [...] Nada justifica, pois que continuemos disfarçadamente a fechar os olhos à prática de atos injustos de discriminação racial que a ciência condena, a justiça repele, a Constituição proíbe, e que podemos conduzir a monstruosidade como os 'pogrooms' hitleristas ou a situações insolúveis como a da grande massa negra norte-americana.⁴⁵⁸

De acordo com Thula de Oliveira Pires, o Deputado Federal Afonso Arinos alegava à época ter se sentido compelido a defender o projeto de lei depois que seu motorista foi constrangido ao ser impedido de entrar em uma confeitaria no Rio de Janeiro. Entretanto, há quem atribua a aprovação da lei ao escândalo de proporções internacionais, quando a bailarina norte-americana Katherine Dunhan foi impedida, por ser uma mulher negra, de se hospedar no Hotel Esplanada, em São Paulo, nos anos 1950.⁴⁵⁹

A referida lei estabelecia um rol sistemático de condutas motivadas por preconceito de raça ou de cor, praticamente todos os tipos objetivavam a responsabilização pela recusa, impedimento ou negação de acesso a estabelecimentos, oportunidades ou serviços.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.62.

⁴⁵⁹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.221.

⁴⁶⁰ Art. 3º. Recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento de mesma finalidade, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 3 (três) a 10 (dez) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 4º. Recusar a venda de mercadoria em lojas de qualquer gênero ou o atendimento de clientes em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes, abertos ao público, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 5º. Recusar a entrada de alguém em estabelecimento público, de diversões ou de esporte, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 6º. Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias e 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 7º. Recusar a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1(uma) a três) vezes o maior valor de referência (MVR). Parágrafo único. Se se tratar de estabelecimento

Como recorda Katia Elenise da Silva⁴⁶¹ e Fabiano Silveira⁴⁶², a *Lei Afonso Arinos* recebeu diversas críticas seja pela falta de rigor das sanções, que em nenhum caso ultrapassavam o limite máximo de um ano, seja pelo excessivo casuísmo das condutas descritas, que acabavam tornando muitas condutas discriminatórias atípicas. As penas eram de prisão simples, multa e de perda do cargo público, e eram cominadas conforme a natureza da infração.

Katia Elenise da Silva lembra que o próprio Afonso Arinos, autor da lei, reconheceu em entrevista a eficácia precária da norma e ressaltou que muitas vezes o agente cometia a infração e quando ameaçado com a lei, pedia desculpas e tudo se “resolvia à brasileira”:

Ela (a lei) tem funcionado, mas não completamente. Ela tem eficácia mas não tem funcionamento formal, porque é muito raro, raríssimo, que ela provoque um processo que chegue à conclusão judicial. A lei funciona sempre na fase do inquérito policial [...]. Isto mostra que a lei funciona, vamos dizer, à brasileira, através de uma conotação mais do tipo sociológico do que a rigor, jurídico. É falso dizer que ela seja ineficaz. ⁴⁶³

A *Lei Afonso Arinos* vigorou no Brasil por mais de trinta anos até ser revogada pelo advento da Lei 7.437 de 1985 que incluiu como contravenção penal a prática de atos discriminatórios também em função do sexo e do estado civil, além de raça e cor que já eram contemplados pela referida lei. ⁴⁶⁴

oficial de ensino, a pena será a perda do cargo para o agente, desde que apurada em inquérito regular. Art. 8º. Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - perda do cargo, depois de apurada a responsabilidade em inquérito regular, para o funcionário dirigente da repartição de que dependa a inscrição no concurso de habilitação dos candidatos. Art. 9º. Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR), no caso de empresa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público. BRASIL, Planalto. Lei Nº 7.437, de 20 de Dezembro de 1985.

⁴⁶¹ ARINOS, Afonso. *Apud.* SILVA, Kátia Elenise Oliveira. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. p.29.

⁴⁶² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.64.

⁴⁶³ ARINOS, Afonso. *Apud.* SILVA, Kátia Elenise Oliveira. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. p.29.

⁴⁶⁴ SILVA, Kátia Elenise Oliveira. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. p.29.

5.1.2. A Constituição de 1988 e a criminalização do Racismo

Para a jurista carioca Thula de Oliveira Pires, só a partir da *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, popularmente conhecida como Constituição Cidadã, que podemos afirmar que as propostas estatais de proteção começam a desafiar, de fato, as condições materiais e simbólicas de produção e perpetuação das desigualdades raciais em nosso país.⁴⁶⁵

A participação popular no processo de elaboração da atual Constituição brasileira é um dos pontos que merece destaque, na análise de Thula de Oliveira Pires, não apenas porque a maioria dos Constituintes foi diretamente eleita, em 1986, pelo povo, mas especialmente pela participação das diversas instituições e movimentos sociais que tiveram suas diferentes vozes e demandas recebidas nas muitas audiências públicas que ocorreram no Congresso Nacional entre 1987 e 1988.⁴⁶⁶

A jurista carioca destaca as principais demandas levadas pelos movimentos negros à Constituinte:

*1) a obrigatoriedade do ensino de história das populações negras na construção de um modelo educacional contra o racismo e a discriminação; 2) a garantia do título de propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas; 3) a criminalização do racismo; 4) a previsão de ações compensatórias relativas à alimentação, transporte, vestuário, acesso ao mercado de trabalho; e 6) a proibição de que o Brasil mantivesse relações com países que praticassem discriminação e violassem as declarações de Direitos Humanos já assinadas e ratificadas pelo país.*⁴⁶⁷

A criação da *Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias* representa o resultado das articulações anteriores à Constituinte e da luta dos militantes dos movimentos sociais mesmo depois de iniciados os trabalhos. Thula de Oliveira Pires chama a atenção para o fato de que a referida Subcomissão não compôs a *Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*, mas integrou a *Comissão da Ordem Social*, talvez numa demonstração de que o sujeito de direito no Brasil não abarcasse tais categorias de pessoas.⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.108.

⁴⁶⁶ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.108.

⁴⁶⁷ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.111.

⁴⁶⁸ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.112.

Foram realizadas novas audiências públicas pela referida Subcomissão, dentre elas uma na aldeia Gorotide dos índios Kayapós e outra na Casa de Detenção da Papuda no Distrito Federal. Tiveram direito à palavra nas audiências, além dos Constituintes e expositores convidados, mais de 100 pessoas dos movimentos sociais e do meio acadêmico.⁴⁶⁹

Após diversas Audiências Públicas e discussões, a Subcomissão elaborou um Anteprojeto que seria encaminhado à Comissão da Ordem Social. A redação do princípio da igualdade, no Projeto desta Subcomissão, abarcava a igualdade em seu aspecto material e formal, e dispunha:

*Art. 2º Todos, homens e mulheres, são iguais perante a lei, que punirá como crime inafiançável qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos e aos aqui estabelecidos. § 1º Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, sexo, trabalho, religião, **orientação sexual**, convicções políticas ou filosóficas, ser portador de deficiência de qualquer ordem e qualquer particularidade ou condição social. § 2º O Poder Público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional. § 3º Não constitui discriminação ou privilégio a aplicação, pelo Poder Público, de medidas compensatórias, visando a implementação do princípio constitucional de isonomia a pessoas ou grupos de pessoas vítimas de discriminação comprovada. § 4º Entendam-se como medidas compensatórias aquelas voltadas a dar preferência a determinados cidadãos ou grupos de cidadãos, para garantir a sua participação igualitária no acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais. § 5º Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória visando à integração plena das crianças carentes, a adoção do auxílio suplementar para a alimentação, transporte, vestuário, caso a simples gratuidade do ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado.⁴⁷⁰*

Destacamos aqui, ainda, o emblemático dispositivo referente à liberdade de expressão que estabelecia responsabilização no caso de abusos e a proibição ao incitamento à violência e à discriminação, no Anteprojeto da Subcomissão:

Art. 28. É livre a manifestação de pensamento, de crença religiosa e de convicções filosóficas e políticas, vedado o anonimato. § 1º As diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos às leis de proteção à sociedade. § 2º Cada um responderá, na forma da lei, pelos abusos que cometer no exercício das manifestações de que trata este artigo. § 3º Não é permitido o incitamento à guerra, à violência ou à discriminação de qualquer espécie.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.112.

⁴⁷⁰ Grifo nosso. BRASIL, Câmara dos Deputados. Anteprojeto. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. p.2-3.

⁴⁷¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. Anteprojeto. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. p.10.

O Anteprojeto foi apresentado à *Comissão da Ordem Social* que acabou excluindo ou modificando fundamentalmente diversos de seus dispositivos, dentre os quais o Art. 2º, § 1º e o Art. 28 §2º e 3º, supracitados.

Apesar desta supressão, em 12 de Janeiro de 1988, o constituinte Carlos Alberto Oliveira (Caó), apresentou uma emenda aditiva individual que buscava inserir no texto Constitucional um dispositivo que tornasse a prática de racismo um crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena. Destacamos aqui um trecho do discurso proferido por Caó:⁴⁷²

*Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no país diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação da morte civil, urge transformá-lo em crime.*⁴⁷³

A emenda apresentada por Caó foi incorporada ao texto Constitucional e votada no segundo turno de votação no Plenário.⁴⁷⁴ Com a promulgação da “*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*” os discursos e práticas de ódio de cunho racistas foram criminalizados, figurando entre as cláusulas pétreas.⁴⁷⁵

Antes mesmo da promulgação da nova Constituição, o Deputado Carlos Alberto de Oliveira apresentou o Projeto de Lei 688/88, que daria forma a Lei 7.716/89, também conhecida como “*Lei Caó*”.⁴⁷⁶

De modo muito similar à Lei Afonso Arinos, a Lei 7.716/89 estabelece um rol sistemático de condutas motivadas em razão da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, em que praticamente todos os tipos objetivam a responsabilização pela recusa, impedimento ou negação de acesso a estabelecimentos, oportunidades ou serviços.⁴⁷⁷

⁴⁷² SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.64.

⁴⁷³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Diários da Assembleia Nacional Constituinte.

⁴⁷⁴ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. p.112.

⁴⁷⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.66.

⁴⁷⁶ Seguir-se-iam as alterações proporcionadas pela Lei 8.081, de 21 de setembro de 1990, e pela Lei 8.882, de 3 de Junho de 1994. Estas, porém, tiveram os conteúdos sobrepostos pela Lei 9.459, de 13 de maio de 1997, que alterou os arts. 1º e 20 da Lei 7.716/89, além de definir como injúria qualificada pela utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, acrescentando o parágrafo 3º ao art. 140 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (CP).

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo. p.69.

⁴⁷⁷ Art. 3º. Recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou estabelecimento de mesma finalidade, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 3 (três) a 10 (dez) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 4º. Recusar a venda de mercadoria em lojas de qualquer gênero ou o atendimento de clientes em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes, abertos ao público, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de

5.2. A tutela penal da igualdade racial no art. 20 da Lei 7.716/89 e no art. 140 § 3º do Código Penal Brasileiro

Antes de adentrarmos na análise propriamente dita dos referidos dispositivos, cumpre ressaltar e endossar a crítica esposada por juristas como Christiano Jorge dos Santos, Thula de Oliveira Pires e Fabiano Silveira em suas obras sobre a criminalização do racismo, ao afirmar que mesmo após 25 anos da introdução desta Lei em nosso ordenamento, este texto legal foi praticamente ignorado pelos penalistas pátrios. Quando se dignaram a falar do tema, o fazem muito mais para o *“atacar de maneira incisiva, injustamente olvidando-se de apreciar seus aspectos positivos, como se fosse inviável sua aplicação e se tratasse de tema irrelevante.”*⁴⁷⁸

No ano de 1990, foi acrescentado à Lei 7.716/89 pela Lei 8.081/90, o art. 20, cuja redação era: *“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 02 a 05 anos”*.⁴⁷⁹

No ano de 1997, a Lei 9.459/97 além de introduzir o §3º ao art. 140 do Código Penal Brasileiro⁴⁸⁰, criando a figura da injúria racial, modificou a redação do art. 20, caput, da Lei 7.716/89. Tais alterações foram alvos de elogios e críticas:

estado civil. Pena - Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 5º. Recusar a entrada de alguém em estabelecimento público, de diversões ou de esporte, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - Prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 6º. Recusar a entrada de alguém em qualquer tipo de estabelecimento comercial ou de prestação de serviço, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias e 3 (três) meses, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR). Art. 7º. Recusar a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a três) vezes o maior valor de referência (MVR). Parágrafo único. Se se tratar de estabelecimento oficial de ensino, a pena será a perda do cargo para o agente, desde que apurada em inquérito regular. Art. 8º. Obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público civil ou militar, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - perda do cargo, depois de apurada a responsabilidade em inquérito regular, para o funcionário dirigente da repartição de que dependa a inscrição no concurso de habilitação dos candidatos. Art. 9º. Negar emprego ou trabalho a alguém em autarquia, sociedade de economia mista, empresa concessionária de serviço público ou empresa privada, por preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Pena - prisão simples, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (uma) a 3 (três) vezes o maior valor de referência (MVR), no caso de empresa privada; perda do cargo para o responsável pela recusa, no caso de autarquia, sociedade de economia mista e empresa concessionária de serviço público.” BRASIL, Planalto. LEI Nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989.

⁴⁷⁸ SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. Análise da Lei 7.716. p. 32-144.

⁴⁷⁹ BRASIL, Planalto. Lei Nº 8.081, de 21 de Setembro de 1990.

⁴⁸⁰ “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.” BRASIL, Planalto. Decreto-Lei. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal).

*Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.*⁴⁸¹

Se por um lado a modificação do art. 20 da Lei Caó, ampliou a abrangência da Lei, de modo que condutas racistas que antes não se adequavam aos tipos casuísticos deixaram de ficar impunes, a introdução do parágrafo terceiro ao art. 140 do Código Penal acabou retirando do campo de abrangência da Lei Antirracista condutas claramente racistas.

Conforme salienta Thiago Viana, os processos que antes pertenciam ao campo de projeção da Lei 7.716/89, passaram a ser desclassificados para adequação ao tipo do artigo do Código Penal. Isso significa dizer que, a imprescritibilidade e inafiançabilidade não mais se aplicam aos atos tipificados no diploma penal, e estes não são condutas consideradas racismo porque não são acobertadas pela lei específica.⁴⁸²

*Não deixa de ser inusitado que o Projeto de Leiº 1.240 de 1995, que deu origem a Lei nº 9.459/1997, nasceu de acordo com o pai do projeto, o então Deputado Federal e hoje Senador Paulo Paim, para ser inserido na Lei Antirracismo e não no Código Penal, mas acabou sendo incluído neste na forma da redação final aprovada pelo Senado.*⁴⁸³

Nesse sentido, observa Thiago Viana, que a opção legislativa por introduzir o crime de injúria no Código Penal e não na Lei 7.716/89 carece de sentido. Posto que se há ofensa individual (injúria racial) ou ofensa coletiva (crime de racismo do art. 20 da Lei Caó), “a motivação do delito reside no fato de a vítima pertencer, real ou supostamente, a uma raça, cor, etnia ou religião ou procedência nacional. Trata-se de prática de racismo, a mais comum delas, por sinal.”⁴⁸⁴ Destarte, pela lógica, a injúria racial deveria estar incluída no rol disposto na Lei 7.716/89.

Thiago Viana ressalta que a doutrina nacional oscila entre dois critérios: “destinatário da ofensa” e “âmbito de ofensa”. Vez que o primeiro define a quem se

⁴⁸¹ BRASIL, Planalto. LEI Nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989.

⁴⁸² VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.10.

⁴⁸³ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.11.

⁴⁸⁴ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.11.

dirige a ofensa, sendo ataque individual à honra de um determinado sujeito em razão de seu pertencimento, real ou suposto, à determinada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, caracteriza-se o cumprimento dos requisitos dos crimes de injúria, e especificamente do crime de injúria racial. De modo diverso, se a ofensa é um ataque que usa referências ao grupo racial, étnico, religioso, nacional ou regional ao qual aquele sujeito, real ou supostamente, pertença, configura-se uma espécie de injúria coletiva.⁴⁸⁵

Christiano Jorge dos Santos explica o imbróglio da seguinte maneira:

Quanto a essa importante questão, entende-se o critério a ser adotado para a diferenciação entre as condutas deva ser o alcance das expressões, os gestos ou qualquer modo de exteriorização do pensamento preconceituoso. Quando a ofensa limita-se estritamente a uma pessoa, como a referencia a um negro que se envolve num acidente banal de trânsito, como “preto safado”, por exemplo, estaremos diante da injúria qualificada do art. 140, § 3º, do Código Penal, em princípio, por somente estarmos a verificar a ofensa à honra subjetiva da vítima. Se, contudo, no mesmo contexto fático diz-se: “Só poda ser coisa de preto, mesmo!”, estaria caracterizada a figura típica do art. 20 caput, da Lei 7.716/89, porque, embora a frase seja dirigida a uma única pessoa, mesmo que seja num momentâneo desentendimento, está revelado inequivocamente um preconceito em relação à raça negra, ou aos que possuam a “cor preta”, pois a expressão utilizada contém raciocínio de que todo negro ou preto faz coisas erradas (tristemente difundido entre nós, aliás, pela infeliz – mas famosa – frase: “preto quando não caga na entrada, caga na saída”). O indivíduo que se manifesta, como no último exemplo, assim como quem diz: “Oh, raça maldita!” ou “Você pertence a uma sub-raça” está praticando o preconceito, inequivocamente.⁴⁸⁶

Na lição dos tradicionais penalistas Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, podemos entender a injúria como uma ofensa ao decoro ou a dignidade de alguém, de modo que o bem jurídico tutelado por este tipo penal é a honra subjetiva (que cada pessoa tem a respeito de seu decoro ou dignidade).⁴⁸⁷ No caso da Injúria racial, essa se caracteriza, de acordo com os referidos penalistas, através do emprego de elementos preconceituosos ou discriminatórios relativos à raça, cor, etnia religião ou origem. Para consumir-se o delito, a ofensa racial precisa chegar ao conhecimento do ofendido, mesmo que por meio de terceiros.⁴⁸⁸

Comete o crime do art. 140, §3º, do CP, e não o delito do art. 20 da Lei nº 7.716/89,

⁴⁸⁵ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.11.

⁴⁸⁶ SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. Análise da Lei 7.716. p. 90-144.

⁴⁸⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal comentado. p.718.

⁴⁸⁸ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal comentado. p.718.

*o agente que utiliza palavras depreciativas referentes a raça, cor, religião ou origem, como intuito de ofender a honra subjetiva da vítima.*⁴⁸⁹

Quanto à intenção do autor, para os mesmos penalistas, caso as palavras, por si só, sejam injuriosas, cabe ao autor comprovar a falta do elemento subjetivo do injusto, ou seja, a intenção de injuriar, e não à vítima provar que o agente agiu com tal intenção. Neste sentido, importante perceber que a injúria exige para sua configuração a intenção de humilhar, ofender, e não apenas a de expressar alguma opinião.

*Chamar um homem de pele escura de “negro” ou outro de pele clara e cabelos loiros de “branco” ou “alemão”, ou dizer de um membro das religiões judaica ou evangélica, que são respectivamente “judeu” e “crente”, por si só, embora possa revelar conduta deselegante e até mesmo preconceituosa, não necessariamente caracterizará o crime. Entretanto, o crime restará cometido se algum elemento não verbal deixar nítido o sentido da “diminuição do conceito moral”, do receptor da mensagem. Tal se daria pela percepção de sinais captados pela audição, em conjunto com outros sentidos, como, por exemplo, as expressões faciais, a entonação da voz e o falar com os dentes cerrados.*⁴⁹⁰

Já o art. 20 da Lei 7.716/89 dispõe que o crime de racismo se perfaz ao “*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”. Conforme Thiago Viana e Christiano Jorge dos Santos, a abrangência do referido tipo penal é maior que aquela do dispositivo do Código Penal. Se no crime de injúria racial a ofensa é contra a honra subjetiva da pessoa, Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior esclarecem que no crime de racismo consiste a ofensa se dá contra o grupo, seja racial, étnico, religioso ou regional. Por ser um crime formal, não exige a produção de resultado naturalístico para se confirmar, a consumação se dá no momento em que coloca em ação os verbos típicos, quais sejam: praticar, induzir ou incitar.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci considera que o art. 20 da Lei 7.716/89 diz respeito à “*ofensa a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo, enquanto que o art. 140, § 3º, do Código Penal, ao contrário, refere-se a uma pessoa, embora valendo-se de instrumentos relacionados a um grupo*”.⁴⁹¹

A hipótese não caracteriza crime de preconceito ou de discriminação (tratados por muitos, genericamente, como já visto), mas sim delito de injúria (ofensa à honra subjetiva de outrem) com base em elementos preconceituosos. Ou seja, embora

⁴⁸⁹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal comentado. p.722.

⁴⁹⁰ SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. Análise da Lei 7.716. p. 112-144.

⁴⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. p.327.

haja nítida demonstração de racismo ou outra forma de preconceito por parte do autor do delito, o crime em si não é classificado como delito de “racismo”, por não fazer parte da Lei específica. Por consequência, permite-se a concessão de liberdade provisória mediante fiança nas hipóteses legais estipulados no Código de Processo Penal e não há falar-se em imprescritibilidade da conduta (art.5º, XLII, da CF).⁴⁹²

Para os penalistas Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, se “a um só tempo o fato consubstancia, de início, a injúria qualificada (art. 140§ 3º, do CP) e o crime de racismo (art. 20 da Lei nº 7,716/89), há a ocorrência de progressão do assacado contra a vítima, ganhando relevo o crime de maior gravidade, observando o instituto da absorção”.⁴⁹³

Entretanto, os tribunais e os magistrados ainda não possuem um entendimento uniforme a esse respeito, havendo, conforme registra Christiano Jorge dos Santos e Thiago Viana, tendência a prevalecer, nos casos de ofensas verbais por meio da utilização de referencias à raça, cor, religião, origem ou procedência nacional, em qualquer caso, o art. 140, § 3º do Código Penal.⁴⁹⁴

Verifica-se na jurisprudência aqui colacionada que mesmo quando verificado intuito de ofender determinada pessoa valendo-se de ofensa ao grupo, ao que, de acordo com a doutrina, aplicar-se-ia a norma do art. 20, caput, da Lei 7.716/89, de modo diverso têm sido o entendimento dos Tribunais brasileiros. As cortes nacionais invariavelmente aplicam aos casos concretos a norma do art. 140, § 3º, corroborando assim a denúncia apresentada pelo penalista Thiago Viana, supracitado.⁴⁹⁵

Neste sentido, em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

CRIME DE PRECONCEITO DE RAÇA. RÉU QUE DIRIGE À VÍTIMA OFENSA LIGADA À COR DA PELE. REEXAME DE PROVAS. AUTORIA COMPROVADA. TIPICIDADE. “EMENDATIO LIBELLI”. CONDOTA TÍPICA QUE SE AMOLDA AO TIPO DO ART. 140, § 3º DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE AÇÃO PRIVADA. AUSÊNCIA DE QUEIXA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. DECADÊNCIA DO DIREITO DE OFERECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. - Tendo o réu proferido ofensas alusivas à cor da pele da vítima, dirigidas a ela própria e não a um grupo social, pratica injúria qualificada, e não atos de discriminação, impondo-se a desclassificação para o crime do art. 140, § 3º, do Código Penal. - Em se tratando o delito praticado de crime de ação penal privada, e ausente condição de procedibilidade, deve ser declarada a nulidade de todo o processado, com a consequente (sic) extinção da punibilidade do apelante pela decadência do direito de oferecimento da queixa. Consta que a vítima estava no endereço supracitado,

⁴⁹² SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. Análise da Lei 7.716. p. 119-144.

⁴⁹³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal comentado. p.722.

⁴⁹⁴ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.12.

⁴⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. p.327.

*local onde trabalhava como ajudante de pedreiro, quando o denunciado passou em frente (sic) ao local e lhe agrediu com palavras, tais como: "negro tem é que sofrer", "preto nasceu para ser escravo" e que o serviço que ele estava prestando só poderia ser realizado por preto, e que todos no bairro eram malandros e que a vítima era mais um. (sic) Acerca do tipo penal da injúria racial, ensina Guilherme de Souza Nucci, "in" Código Penal Comentado, 4ª edição, RT, pg: 471: "(...) Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo "judeu é corrupto" ou que "negros são desonestos"), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a "raça", "cor", "etnia", "religião" ou "origem", com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada. E ainda, vale conferir o entendimento jurisprudencial acerca da matéria: "A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no §3º do art. 140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e não o crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor" (RT 752/594). **Tem-se, assim, que a conduta praticada pelo apelante se amolda mais claramente ao crime descrito no art. 140, § 3º do C. Penal, eis que proferiu palavras de cunho racista visando ofender a vítima em especial, e não a coletividade das pessoas de pele negra, sem praticar qualquer ato de segregação.**⁴⁹⁶*

Em sentido diverso, a Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, por exemplo, entendeu que comete o crime do artigo 20 da Lei n. 7.716/89 e não o delito do artigo 140, § 3o, do CP, o agente que utiliza palavras depreciativas referentes a raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima:

Protocolado n° 53.084/98 - Art. 28 do CPP I.P. n° 278/98 (Comarca de Barretos) Indiciado: J. C. M. EMENTA: Art. 28 do CPP. art. 20 da Lei 7.716/89. Agente que, expressando preconceito de raça e cor afirmando que o ofendido, por ser preto, deveria estar trabalhando na roça carregando fardo de feijão na cabeça. Não satisfeito, ainda afirmou que ele, além de preto era mal-educado. Promotor de Justiça que se recusa a oferecer a denúncia, ponderando tratar-se de crime de injúria qualificada. A prova dos autos autoriza a conclusão segura de que investigado expressou seu preconceito de cor e raça. Ao contrário do que pareceu ao doutor Promotor de Justiça, a expressão do preconceito racial não configura, simplesmente, injúria qualificada. [...] No caput do dispositivo. Assim, a modalidade básica é de ação livre, sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar, como na espécie, de ofensa proferida no limitado âmbito de comunicação direta e imediata entre agressor e vítima. A interpretação da norma em apreço evidencia que o legislador deu concreção a um dos objetivos fundamentais da República, que traçou para si, na ordem constitucional inaugurada em 1988, o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da qual seja erradicada a marginalização e na qual seja possível promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I, III e IV, da C. F.). É a esse comando que se curvou o legislador, ao estender o âmbito típico do crime especial com o qual pretende inibir a sobrevivência em nossas relações sociais dos ominosos preconceitos hauridos do direito antigo, sob o qual a pessoa humana, por conta de dominação econômica e imperial, podia ser objeto e não sujeito de direitos. Esse propósito, que é a ratio

⁴⁹⁶ Grifo nosso. MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de. Apelação Criminal: 1.0686.01.030756-5/001. Relator Desembargador Herculano Rodrigues.

*essendi da incriminação, está confiado à tutela do Ministério Público, que não pode desconsiderá-lo no exame dos casos que chegam ao seu conhecimento.*⁴⁹⁷

Do mesmo modo:

*Protocolado nº 32.096/00 - Artigo 28 do CPP. Inquérito policial nº 608/99 - Foro Distrital de Serrana. Investigada: R. N. da M. EMENTA: PRECONCEITO RACIAL. AGENTE QUE SE DIRIGE AO OFENDIDO, CHAMANDO-O DE: "SEU NEGRO, SEU BURRO, MACACO FEDIDO, NÃO É A-TOA QUE NÃO GOSTO DE NEGROS, EU DETESTO NEGROS, OH! RAÇA MALDITA". VIABILIDADE DA AÇÃO PENAL. - A prova dos autos autoriza a conclusão segura de que a investigada expressou seu preconceito de cor e raça. De fato, a Lei 9459/97, ao dar nova redação ao art. 20 da lei 7.716/89, introduziu em nosso direito hipótese específica, assim enunciada: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, como são todos os delitos que figuram nessa lei Especial, cuja formulação primitiva não tinha a extensão atual: até o advento da Lei 9.459/97, era elemento do tipo a forma de cometimento da ação, só sendo objeto de incriminação a conduta realizada "pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza". Essa cláusula restritiva, que hoje oferece interesse tão-somente para a construção do tipo qualificado (art. 20, § 2º, lei 7.716/89), foi retirada da figura fundamental, definida no caput do dispositivo. Assim, a modalidade básica é de ação livre, sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar, como na espécie, de ofensa proferida no limitado âmbito de comunicação direta e imediata entre agressor e vítima. A interpretação da norma em apreço evidencia que o legislador deu concreção a um dos objetivos fundamentais da República, que traçou para si, na ordem constitucional inaugurada em 1988, o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da qual seja erradicada a marginalização e na qual seja possível promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I, 111 e 'IV, da C.F.). É a esse comando que se curvou o legislador, ao estender o âmbito típico do crime especial com o qual pretende inibir a sobrevivência em nossas relações sociais dos ominosos preconceitos hauridos do direito antigo, sob o qual a pessoa humana, por conta de dominação econômica e imperial, podia ser objeto e não sujeito de direitos. Esse propósito, que é a ratio essendi da incriminação, está confiado à tutela do Ministério Público, que não pode desconsiderá-lo no exame dos casos que chegam ao seu conhecimento. Decisão: Presentes os indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime, designo outro Promotor de Justiça para oferecer denúncia e atuar no feito nos seus ulteriores termos. Expeça-se portaria.*⁴⁹⁸

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, entretanto, o art. 20 da Lei Caó peca pela vagueza de seus verbos típicos, e por ser aberto demais acaba por ferir o princípio da taxatividade. De acordo com o penalista, o verbo típico "praticar", acaba abarcando todos os tipos previstos na Lei 7.716/89, previsão esta que "não quer dizer absolutamente nada e pode dizer absolutamente tudo".⁴⁹⁹ Para Guilherme de Souza Nucci, essa amplitude do dispositivo o torna inaplicável na prática.

Thiago Vianna, por outro lado, argumenta que, com efeito, a interpretação deve

⁴⁹⁷ SÃO PAULO, Ministério Público.

⁴⁹⁸ SÃO PAULO, Ministério Público.

⁴⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Lei Penais e Processuais Penais Comentadas. p.327.

ser feita conforme a Constituição. Logo, o intérprete deve eleger a interpretação que possa dar sentido constitucional à norma e não a que tenha como efeito declarar sua inconstitucionalidade.⁵⁰⁰ Por ser certo, parece que a interpretação que mais se adequa à Constituição e ao mandado de criminalização do racismo, disposto no inciso XLII, do art. 5º, é o entendimento esposado pelos penalistas Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior.⁵⁰¹

Thiago Viana vai além ao criticar a posição de Guilherme de Souza Nucci e uma possível inconstitucionalidade do art. 20 da Lei Caó, recordando a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, que é norma materialmente constitucional, por ter sido ratificada pelo Brasil⁵⁰²:

*PARTE I. Artigo IV. Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.*⁵⁰³

Nesse sentido, em acordo com o entendimento do penalista Thiago Viana, podemos compreender que o *“discurso de ódio é proscrito pelo ordenamento jurídico pátrio. Filia-se o Brasil, portanto, à orientação da Europa e Canadá, proibindo e criminalizando o discurso de ódio”*.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.12.

⁵⁰¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Código Penal comentado. p.722.

⁵⁰² VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.10.

⁵⁰³ SENADO, Brasil. Decreto Nº 65.810, de 8 de Dezembro de 1969.

⁵⁰⁴ VIANA, Thiago. A criminalização do Discurso de Ódio: uma leitura constitucional do art.20 da Lei 7.716/89. p.8.

6. Habeas Corpus 82.424/RS - Caso Ellwanger

É na deliberação histórica do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do “*Habeas Corpus*” 82.424/RS, popularmente conhecido como Caso Ellwanger, que encontramos a decisão mais importante em nosso país sobre a regulação de discursos e práticas de ódio.⁵⁰⁵

No intuito de analisar, mesmo que brevemente, essa histórica decisão, esclarecemos desde já que seria impossível tratar de tal tema com a profundidade que merece, só o Acórdão do Caso Ellwanger conta com quase 500 laudas.

Seguimos o magistério do jurista mineiro José Emílio Medaur Ommati, para selecionar os votos aos quais faremos referência. Optamos pela breve análise dos votos dos seguintes Ministros: Moreira Alves, que foi o relator do caso; Maurício Corrêa, primeiro voto divergente; os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que apesar de usarem o mesmo método chegaram à conclusões muito diferentes sobre os limites do discurso de ódio; e, por fim, o voto do Ministro Celso de Mello que recorre aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em sua fundamentação.⁵⁰⁶

O referido *habeas corpus* havia sido impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, que foi denunciado pela prática do crime de racismo com fulcro no art. 20 da Lei 7.716/89, à época com a redação da Lei 8.081/90: “*Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 02 a 05 anos*”.⁵⁰⁷

Pela primeira vez em 17 anos chegava ao STF um caso sobre a prática de racismo. Talvez seja irônico que num país extremamente racista em relação aos negros como o Brasil, o primeiro caso a ser julgado pela mais alta Corte, que também é o Tribunal responsável por dizer o que é a Constituição, tenha sido sobre discursos e práticas racistas de natureza antissemita.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ “E foi histórico em duas acepções distintas. Primeiramente foi histórico, em termos retrospectivos, ou seja, pela primeira vez na história institucional do STF julgou-se um caso daquela natureza. Em segundo lugar, o caso foi histórico em termos prospectivos, isto é, a partir daquela decisão o Direito Brasileiro e o Supremo Tribunal Federal nunca mais seriam os mesmos.” OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.3.

⁵⁰⁶ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.7.

⁵⁰⁷ BRASIL, Planalto. Lei Nº 8.081, de 21 de Setembro de 1990.

⁵⁰⁸ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.3.

O editor e escritor gaúcho, Siegfried Ellwanger, sócio diretor da Revisão Editora Ltda., situada, ironicamente, na Rua Voltaire, nº 300, fora acusado da prática de racismo em razão da *“edição, distribuição e venda ao público de obras de autores, brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias e que com isso procurava incitar e induzir a discriminação racial.”*⁵⁰⁹

Editou e distribuiu obras de cunho antissemita de sua autoria e de outros autores nacionais e estrangeiros como:

*[...] de sua autoria (“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (“O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”, “Brasil Colônia de Banqueiros” e “Os protocolos dos Sábios de Sião”, os três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente?” de Sérgio de Oliveira; “Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko”).*⁵¹⁰

Destaca-se aqui alguns trechos das obras escritas, publicadas ou distribuídas por Siegfried Ellwanger que constam do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século [...] Eles – os judeus – lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São cem vezes mais perigosos para nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da América.*⁵¹¹

Outro trecho foi retirado do livro *“Testamento Político de Hitler”*:

*Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra os responsáveis por esses desastres: a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço.*⁵¹²

Do livro *“Conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”* de Louis Marschalko, editado e distribuído por Siegfried Ellwanger, trechos citados pelo Ministro Maurício Corrêa em seu voto:

Toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas [...] [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história (p.09).

⁵⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.782.

⁵¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.782.

⁵¹¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. HABEAS CORPUS Nº 15.155 - RS (2000/0131351-7) p.11.

⁵¹² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do. HABEAS CORPUS Nº 15.155 - RS (2000/0131351-7) p.11

*[...] O judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires Judeus. (p.112) [...] Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais. (p.214)*⁵¹³

Siegfried Ellwanger fora absolvido das acusações em primeiro grau de jurisdição, de acordo com a juíza substituta, Bernadete Coutinho Friedrich, para quem a liberdade de expressão do editor e escritor era um direito acobertado pela Constituição, não podendo ser cerceado por mais controversas e odiosas que suas opiniões fossem. A sentença, entretanto, foi totalmente reformada, em grau de recurso pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela unanimidade dos membros da Câmara Criminal.⁵¹⁴

*Os advogados de Ellwanger, um editor de Porto Alegre, impetraram esse habeas corpus, como sucedâneo recursal, em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que, em última instância, mantinha condenação, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por crime de racismo. Por meio desse habeas corpus, procurou-se argumentar que uma série de publicações, de natureza antisemita, levadas a cabo por aquele editor, embora fossem reconhecidamente discriminatórias aos judeus, não poderiam ser consideradas racistas. E, em sendo assim, por não se tratar de crime de racismo, art. 20, da Lei n. 7.716/89, na redação dada pela Lei n. 8.081/90, e Constituição da República, art. 5º, XLII, o crime já estaria prescrito, ensejando a concessão do HC.*⁵¹⁵

Inicialmente, a única questão que em aparência estaria sendo discutida, no *habeas corpus*, seria o alcance do termo racismo. Os advogados de defesa alegavam que não se poderia falar em raça, no caso em questão, posto que os judeus não constituiriam uma raça. Logo, não seria crime de racismo, mas de “simples discriminação”.⁵¹⁶ Buscavam com essa argumentação ilidir a imprescritibilidade do delito, que apenas poderia ser aplicada à prática de racismo, conforme o disposto no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal que o estabelece como imprescritível e inafiançável, características não estendíveis aos outros crimes estabelecidos pela lei 7.716/89.⁵¹⁷

Contudo, conforme lembra José Emílio Medaur Ommati, isso era só aparência do problema, pois o que estava e esteve de fato em discussão durante todo o julgamento foi a existência ou não de limites impostos à liberdade de expressão pela Constituição de 1988. Esse hipotético embate envolvendo liberdade de expressão foi vislumbrado por

⁵¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.571.

⁵¹⁴ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.17.

⁵¹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teor ético-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2. RS. p.195.

⁵¹⁶ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.18.

⁵¹⁷ LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática de racismo. p.60.

todos os ministros, à exceção do Ministro-Relator, Moreira Alves, que prolatou um dos votos mais controversos referente ao Habeas Corpus 82.424/RS.⁵¹⁸

6.1. Voto do Ministro Moreira Alves

Para o Ministro-Relator, a questão que se colocava no *habeas corpus* seria a de determinar o sentido e o alcance do conceito “racismo”, prática que o legislador Constituinte definiu como crime imprescritível, vez que a imprescritibilidade decorre da Constituição e não da Lei 7.716/89. Ademais, Moreira Alves interpretou que a expressão “*nos termos da lei*”, que se encontra na parte final do inciso XLII do art. 5^a da Constituição, não é uma permissão para que o legislador ordinário interprete como bem lhe aprouver a palavra “racismo” dando uma conceituação que fuja àquela estabelecida e pensada pela Assembleia Constituinte de 1988.⁵¹⁹

Para tanto, o Ministro-Relator, recorreu às notas taquigráficas da Assembleia Constituinte para encontrar a “vontade do Constituinte”, dando assim uma interpretação restritiva e naturalizadora aos conceitos “raça” e “racismo”. Neste sentido, compreende que o disposto no referido artigo não diz respeito à qualquer forma de preconceito ou discriminação. E que por mais que amplo que seja, o racismo não poderia se referir, por exemplo, a discriminação ou preconceito em razão do sexo ou da idade:⁵²⁰

*O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra.*⁵²¹

Neste momento do voto, Moreira Alves, trouxe a transcrição da justificação da proposta de emenda aditiva 2P0064-0, apresentada pelo Constituinte Carlos Alberto de Oliveira à Assembleia Constituinte, em janeiro de 1988, e que deu origem ao texto atual do artigo 5^o, inciso XLII da Constituição da República Federativa do Brasil, citada por esta dissertação no tópico anterior. Outra transcrição apresentada, foi o discurso feito, em fevereiro de 1988, também por Carlos Alberto de Oliveira:⁵²²

⁵¹⁸ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.5.

⁵¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.534.

⁵²⁰ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.21.

⁵²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.536.

⁵²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.537.

Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte para discutir uma questão de extrema importância para a construção do estado democrático em nosso país. Nós somos apenas formalmente autores dessa emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a Constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substantivamente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa Nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos Constituintes de todos os partidos na Assembleia Nacional Constituinte. [...] Neste momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos em conta de que a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho.⁵²³

E assim, durante grande parte de seu voto, o Relator busca evidenciar, através da menção a renomados constitucionalistas brasileiros, que o legislador quando se refere ao racismo, diz de discursos ou práticas de preconceito e discriminação em relação aos negros, conceituação, portanto, extremamente restritiva. Não satisfeito, Moreira Alves, busca em autores judeus, referências que “provam” que nem os próprios judeus se reconhecem enquanto uma raça.⁵²⁴

Dentre as várias referências aos autores judeus, destaca-se a conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, pelo rabino Henry I. Sobel, Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista:

Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes. Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como “nação”, embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo.⁵²⁵

O Ministro-Relator, concluiu que, não sendo, pois, os judeus uma raça, não seria possível argumentar a incidência da imprescritibilidade do art. 5, inciso XLII. Deferiu o *habeas corpus*, portanto, acatando a tese da defesa de que os judeus não constituiriam uma raça e sim uma religião, logo seria aplicável o art. 20 da Lei 7.716/89 e a prescrição

⁵²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.537.

⁵²⁴ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.21.

⁵²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.541.

da pretensão punitiva tinha se dado entre a denúncia e o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reformou a decisão de primeiro grau.⁵²⁶

6.2. Voto do Ministro Maurício Correia

O primeiro voto divergente foi do Ministro Maurício Correia, que alegou que suas colocações tinham como intuito apenas induzir a discussão. De acordo com Maurício Correia não havia dúvidas que os judeus não constituíam uma raça, e que a demanda social pela criminalização do racismo, bandeira carregada por Carlos Alberto Oliveira na Constituinte, era, sim, referente à luta dos movimentos negros.⁵²⁷ *E para agitar o debate, ele passou a citar várias passagens bíblicas, tudo para demonstrar que os judeus foram perseguidos durante toda a história da humanidade*”:⁵²⁸

*Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu. Dirigiu-se exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação. Abrão levou consigo a mulher cujo nome era Sarai. No caminho, esse nome foi mudado para Sara por ordem do Senhor, assim como Abrão passou a se chamar Abraão. Pois bem, Sara não podia conceber em função da idade – o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado -, razão pela qual permitiu que o marido tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no século VI d.C.*⁵²⁹

Após narrar toda a história de perseguição do povo judeu, desde o nascimento de Isaac, passando pela venda de José aos egípcios e sua reconciliação com sua família que deu origem aos milhares de hebreus que habitaram aquela região por centenas de anos, citou ainda a história de Sansão e Dalila, de Davi e Golias e o êxodo.⁵³⁰ Fundamentando-se na bíblia, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, narrou a passagem bíblica da vida e da morte de Jesus Cristo, e lembrou que o termo judiar se refere ao tratamento odioso dado aos judeus.⁵³¹

⁵²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.544-545.

⁵²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.546.

⁵²⁸ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.24.

⁵²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.546.

⁵³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.546.

⁵³¹ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.24-25.

Neste ponto, o Ministro Maurício Corrêa lembrou o Holocausto, momento vergonhoso da história da humanidade, quando mais de 6 milhões de judeus foram exterminados pelo Nazismo. Ao pedir vistas, esclareceu que gostaria de fazer uma reflexão a mais, indagou se a leitura do art. 5º da Constituição deveria ser feita através do sentido semântico, interpretando-o de maneira restrita e estrita, como queria o Ministro Moreira Alves, ou se deveria proceder à análise comparativa para uma interpretação harmônica e teleológica da Constituição.⁵³²

Nas incidências ao voto, o Ministro Maurício Corrêa afirmou que as publicações de Siegfried Ellwanger buscavam negar fatos históricos relacionados às perseguições sofridas pelo povo judeu, em especial o Holocausto, e ainda incentivavam a inferiorização e subjugação deste grupo.

Maurício Corrêa passa, então, a examinar a noção de raça, e se *“ainda procede do ponto de vista científico a utilização do termo, conforme a clássica subdivisão de raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele”*.⁵³³

*Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter “há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos”. Os cientistas confirmam, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas diferenças distinguem uma pessoa da outra. Estima-se que apenas 0,1% do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários – três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca.*⁵³⁴

O Ministro Maurício Corrêa afastou, portanto, o argumento segundo o qual raça seria um conceito biológico, e concluiu que raça é um conceito social, devendo ser analisado de maneira crítica, posto que sua utilização é feita muito mais para hierarquizar seres humanos do que como uma simples categoria que serviria para demonstrar quaisquer características distintivas entre as pessoas.

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou

⁵³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.553.

⁵³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.558.

⁵³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.559.

*não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são uma raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção promove e incita sua segregação, o que ocorre no caso concreto. Assim esboçado, o quadro, indiscutível que o racismo traduz valorização negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual e dominante. Materializa-se à medida de que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros*⁵³⁵

Concordamos com José Emílio Medaur Ommati, que todas as conclusões feitas pelo eminente Ministro, referentes à possibilidade de Siegfried Ellwanger ter cometido crime de racismo, poderiam ser feitas sem a fundamentação no texto bíblico:

*Como bem lembrou o citado Ministro, em seu voto, raça é hoje um conceito social. Até aí tudo certo. O problema é que [...] para chegar a essa conclusão, o Ministro Maurício Corrêa utilizou a história bíblica, o que é problemática a perspectiva do referido Ministro no sentido de que o paciente do habeas corpus teria praticado o crime de racismo, incitado ao ódio, quando propôs um possível revisionismo histórico em relação ao Holocausto. Ora, sociólogos eminentes, tais como Zygmunt Bauman, já mostraram que o fenômeno do Holocausto foi a radicalização do fenômeno que conhecemos sob o nome de Modernidade e, mais que, sem a ajuda dos judeus o próprio Holocausto não seria viável enquanto projeto político, econômico e social. Além disso, que muitos judeus se beneficiaram com esse terrível massacre. Portanto, dizer que alguns participaram da solução final e que alguns deles se beneficiaram do Holocausto é uma coisa. Outra, completamente diferente é dizer, como fez Siegfried Ellwanger que o Holocausto foi um constructo judeu para se beneficiar em termos políticos, sociais e econômicos às custas dos alemães. Portanto, algumas revisões históricas são possíveis, o que não configuram práticas de racismo. O problema é quando se usa da Ciência para incutir ódio, discriminação e distinção em relação a categorias de pessoas.*⁵³⁶

O Ministro Sepúlveda Pertence, entretanto, de ofício, chamou a atenção para o fato de que, apesar da seriedade excepcional da digressão sobre o conceito de racismo, os Ministros estariam deixando um pouco de lado a discussão central, que seria a possibilidade de um livro ser instrumento de um crime, cujo verbo típico é “incitar”. Para este Ministro, a questão era muito mais sobre os limites da liberdade de expressão do que o delineamento do conceito “racismo”.⁵³⁷

Sepúlveda Pertence, externou seu receio em relação ao tema: “*Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste país, da condenação de Caio Prado*”

⁵³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.566-567.

⁵³⁶ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.24-25.

⁵³⁷ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. p.50.

porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista".⁵³⁸

6.3. Voto do Ministro Gilmar Mendes

Tal qual os Ministros que o precederam, Gilmar Mendes iniciou seu voto analisando o alcance do termo "racismo" que foi dado pelo Constituinte. Citou teóricos como Kevin Boyle, Norberto Bobbio, Pierre-André Taguieff para desvelar a ideologia racista e suas bases pseudocientíficas. O Ministro trouxe ainda julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Câmara dos Lordes da Inglaterra para embasar sua tese de que o anti-semitismo era uma espécie de racismo.⁵³⁹

*Todos os elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir da referência à raça. Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc...).*⁵⁴⁰

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, ao se aceitar que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações antissemitas, há de se perguntar sobre uma possível colisão entre a liberdade de expressão e discursos de ódio. Para o Ministro tal indagação é extremamente relevante, considerando-se que a liberdade de expressão é pedra fundamental do próprio Estado Democrático de Direito.⁵⁴¹

Ao problematizar sobre a liberdade de expressão, o Ministro Gilmar Mendes, afirmou não desconhecer que nas sociedades democráticas existe uma intensa preocupação com o exercício ilimitado desse direito, o que levou ao desenvolvimento de teorizações sobre o "hate speech" e os limites da liberdade de expressão. Para tanto o Ministro trouxe novamente ao voto a obra de Kevin Boyle, citando trechos em que o autor indaga qual seria o motivo de o discurso de ódio ser tão problemático para o Estado Democrático de Direito⁵⁴²

A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de

⁵³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.607.

⁵³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.637-647.

⁵⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.647.

⁵⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.648.

⁵⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.649.

*imprensa, é fundamental para a democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. “Every one counts as one and no more than one”, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade se pretende democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discurso e à imprensa.*⁵⁴³

Após citar longamente o texto de Kevin Boyle onde este expõe o efeito deletério do discurso de ódio antissemita e o tratamento dado por países como a Alemanha e a França que proíbem discursos de ódio de cunho racista, o Ministro Gilmar Mendes conclui que o embate entre estes valores deve ser resolvido com base no juízo de proporcionalidade. De modo que, para o Ministro, “o próprio caráter aberto – diria inevitavelmente aberto – da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõe aplicação do princípio da proporcionalidade”.⁵⁴⁴

*Assim, Gilmar Mendes começou a teorizar sobre a medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.*⁵⁴⁵

Argumentou que não se pode afirmar que a liberdade de expressão seja um direito absoluto, no contexto de uma sociedade pluralista como a brasileira, em face de valores outros como a igualdade e a dignidade humana. Entendeu o Ministro que por tais motivos o legislador Constituinte estabeleceu de forma clara e inequívoca que práticas e discursos racistas representam crimes odiosos, por isso inafiançáveis e imprescritíveis.⁵⁴⁶

Face ao exposto, Gilmar Mendes buscou demonstrar que o princípio da proporcionalidade se projeta sobre a colisão entre bens, valores ou princípios constitucionais, e que é, portando, um método geral válido para a solução de tais conflitos.

⁵⁴³ BOYLE, Kevin. Hate Speech. p.490. apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.607.

⁵⁴⁴ BOYLE, Kevin. Hate Speech. p.490. apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.607.

⁵⁴⁵ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.29.

⁵⁴⁶ BOYLE, Kevin. Hate Speech. p.490. apud BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.607.

Neste contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de um distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação de peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.⁵⁴⁷

Para tanto, o Ministro Gilmar Mendes recorreu à lição de Robert Alexy, que afirma que o *“postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação”*, que ao ser aplicada aos direitos fundamentais deve levar em consideração que quanto maior a intervenção, maiores hão de ser os fundamentos que justifiquem tal intervenção.⁵⁴⁸

Em apertada síntese, o Ministro conclui que a aplicação do postulado da proporcionalidade dar-se-á quando percebida a restrição a um determinado direito fundamental ou, quando houver um conflito entre princípios constitucionais de tal modo que exija que se encontre um peso relativo para cada um dos direitos. Para tanto, três critérios devem ser levados em consideração na análise do caso concreto, quais sejam, a adequabilidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito:

[...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz), e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).⁵⁴⁹

Partindo de tais pressupostos, o Ministro Gilmar Mendes passou a examinar se a decisão condenatória estabelecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao enquadrar a conduta de Siegfried Ellwanger como racismo, atendeu as máximas da adequabilidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Após citar excertos do acórdão do Tribunal de Justiça e dos livros escritos e publicados pelo paciente do *habeas corpus*, Gilmar Mendes concluiu que a adequação era evidente para alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista. Concluiu ser necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, de modo que em casos como o ora analisado, dificilmente se encontraria um meio menos gravoso a partir da própria condenação Constitucional da

⁵⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.658.

⁵⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.658.

⁵⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.658.

prática do racismo, considerada imprescritível e inafiançável. E por fim, entendeu atender à proporcionalidade em sentido estrito, ao aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido (preservação dos valores da sociedade pluralista e da dignidade humana) e o ônus imposto pela liberdade de expressão.⁵⁵⁰

Concluiu finalmente, o Ministro Gilmar Mendes, pelo indeferimento da ordem de *habeas corpus* e manutenção da decisão condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por entender que tal decisão não violou o postulado da proporcionalidade.⁵⁵¹

6.4. Voto do Ministro Marco Aurélio

Assim com os Ministros que o precederam, Marco Aurélio apresentou breve histórico dos fatos e de todo o processo de julgamento, desde a primeira instância.⁵⁵² Também como a maior parte dos Ministros, declarou estar ciente do fato de que o caso Ellwanger apresentou-se como uma das mais importantes questões analisadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O Ministro iniciou seu voto falando da censura, que em suas diversas formas – direta ou indireta – prévia ou posterior, administrativa ou judicial – têm merecido, em todas as sociedades democráticas, ao longo da história, grande preocupação e repúdio. Recordou que diversos países trazem a liberdade de expressão como um dos grandes baluartes da liberdade e rechaçam veementemente qualquer intenção de restrição, que tal intento não poderia representar senão a face de governos despóticos.

Na França, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, mais uma vez reiterou-se que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei”- artigo 11. O pós-guerra – 1948 – fez surgir a Organização da Nações Unidas, vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras”. Em 1950, em Roma, no Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ressaltaram-se aspectos a serem considerados, tais como a liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas. Mais

⁵⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.670.

⁵⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.671.

⁵⁵² OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.29.

*recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras”. Eis as normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão.*⁵⁵³

Após tal exposição, o Ministro passou a discorrer sobre os horrores da escravidão negra no Brasil, e do ato de censura posto em movimento pelo à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, que determinou, por meio do Decreto 14 de dezembro de 1890, se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão no intuito de apagar tal momento dos registros da história e, ainda, evitar o pagamento de possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho.⁵⁵⁴

Recordou ainda a criação da “*Congregação do Index*” cuja finalidade era a veiculação da lista de livros contrários à doutrina Católica, e que por tal motivos, eram proibidos aos cristãos, para que não desenvolvessem ideias heréticas. Citou que no rol de livros vetados, constavam obras como as de Gil Vicente, Luís de Camões e do Padre Antônio Vieira, e que apenas em 1966 a “*Congregação para a Doutrina da Fé*” anunciou que o “*Index*” não seria mais publicado.

Passados tais momentos em revista, o Ministro afirmou novamente a importância do julgamento em tela e o complexo e delicado problema que o Caso Ellwanger suscitava para o Direito Constitucional, por colocar em questão a colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu:

*Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.*⁵⁵⁵

De acordo com o Ministro Marco Aurélio, democracia significa, dentre outras coisas, “*assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania*”.⁵⁵⁶ E, ainda, cita outros pilares fundamentais, como o princípio da separação de poderes e o sistema dos direitos fundamentais.⁵⁵⁷

⁵⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. 867.

⁵⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. 868.

⁵⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. 869.

⁵⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. 872.

⁵⁵⁷ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.32.

Nesse constructo o direito da liberdade de expressão destaca-se, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição de censura. Para o Ministro, é por meio desse direito que se torna possível a participação democrática na arena pública, de maneira livre e desimpedida, sem que exista qualquer receio de censura.

Para construir a argumentação de que é o direito à liberdade de expressão que garante a construção e consolidação de uma sociedade justa e plural, Marco Aurélio passa a citar importantes teóricos do Direito Constitucional mundial, dentre os quais destacam-se Ernst-Wolfgang Böckenförde e Hans Kelsen, além de comentar casos importantes decididos pela Suprema Corte norte-americana, como o caso “*New York Times v. Sullivan*”.

A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos.⁵⁵⁸

De acordo com o Ministro, a liberdade de expressão possui uma dimensão eminentemente social, posto que a sociedade civil e política beneficia-se com a proteção a este direito, que não pode ser visto sob o enfoque meramente individual de proteção à autonomia do sujeito. Nesse sentido, entende que, no caso concreto em análise pelo Supremo, a importância social e política da liberdade de expressão é que estaria em jogo.

Seguindo a apreciação do caso, o Ministro recorda que o princípio da liberdade de expressão não é de modo algum absoluto, que assim como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, possui limites em outros princípios. Portanto, são justamente esses limites que ensejam colisão entre princípios.

Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso, mas como afirma Robert Alexy, têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios com “especialidade” – lei especial derroga geral – “hierarquia” – lei superior revoga inferior – ou “anterioridade”- lei posterior

⁵⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.876.

revoga anterior -, choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Princípios enquanto valores fundamentais, governam a constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. ⁵⁵⁹

Ressalta o Ministro que não seria correto fazer um exame do embate entre a liberdade de expressão e dignidade humana de maneira abstrata, e tentar a partir de tal análise extrair uma regra geral válida para todos os casos. Para tanto, afirmou que era imperioso atentar-se para a realidade brasileira, sob pena de prevalecer “*solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais*”. ⁵⁶⁰

Nos dizeres do Ministro a questão que se colocava de fundo no *habeas corpus*, e levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, era se um livro cujo conteúdo revela ideias preconceituosas seria capaz poderia instigar à prática de racismo.

Afirmou que em análise minuciosa dos livros, não conseguiu identificar qualquer manifestação capaz de induzir o preconceito odioso no leito, apesar de considerar que, para muitos, seria capaz de causar repúdio ou admiração. Acentuou, entretanto, que a defesa de uma ideologia não poderia ser apenada pelo Estado Democrático de Direito, mas que o combate a determinados discursos deveria, em sua opinião, ser realizado na arena política.

Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação à violência, mas que expõe versão de um fato histórico – versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica –, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo? ⁵⁶¹

A partir desta indagação, o Ministro afirmou ser evidente que um livro pode incitar, induzir ou praticar racismo e discriminação. Entretanto, ressaltou ser fundamental que se analise as circunstâncias em que isso é possível. Afirmou que o livro é uma das formas mais antigas e importantes de proliferação de ideias e informações, e ainda de ensaios e crítica aos governos.

Nos dizeres de Marco Aurélio, o conteúdo de um livro só tem o potencial de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha,

⁵⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.885.

⁵⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.887.

⁵⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.888.

minimamente, tendência a aceitar aquelas ideias. Em análise ao caso concreto e à história do Brasil, se fez óbvio, para o Ministro, não existem indícios de que a comunidade brasileira seja predisposta a discriminar o povo judeu. Acredita, por outro lado, que se o livro versasse sobre a discriminação em relação à integração do negro, do índio ou do nordestino, talvez a tese seria mais facilmente defensável.⁵⁶²

A argumentação do Ministro do Supremo nos parece completamente equivocada, especialmente no que tange ao preconceito contra os judeus no Brasil. Entretanto, em razão do espaço, citamos apenas a crítica feita pelo jurista José Emílio Medaur Ommati, que relembra, além da perseguição dos judeus novos pelo Tribunal do Santo Ofício, a edição de leis durante o Governo Vargas que proibiam a entrada de judeus em nosso país *“durante o período mais difícil da história desse povo na Europa, quando fugiam do terror nazista”*.⁵⁶³

Repetindo as reflexões feitas por Gilmar Mendes quanto ao princípio da proporcionalidade e seus três pressupostos – adequabilidade dos meios, exigibilidade ou necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito – o Ministro Marco Aurélio demonstrou que a condenação de Siegfried Ellwanger pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.⁵⁶⁴

Quanto a adequabilidade, afirmou que caberia indagar se no caso em questão a decisão que condena e proíbe o paciente de publicar seus pensamentos, que apreende e destrói tais obras, seria o meio adequado para acabar com o antissemitismo. Refletiu o Ministro que não, especialmente porque opiniões desabonadoras, tais quais as expostas por Ellwanger, não podem ser vistas como práticas de racismo.

No que diz respeito à exigibilidade ou necessidade, afirmou que em observância a tal subprincípio a única solução cabível, *“ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso, seria conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação de pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação dos povo judeu”*.⁵⁶⁵

E, finalmente, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, indagou se era razoável, dentro de uma sociedade plural tal qual a brasileira, restringir a

⁵⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.607.

⁵⁶³ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.106.

⁵⁶⁴ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998. p.104.

⁵⁶⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.897.

opinião expressa em um livro, ainda que odiosa, sob o argumento de que tal texto pode incitar a prática de violência, “*considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira.*”⁵⁶⁶ O ministro finaliza o voto afirmando que não compete ao Estado interpretar censor, sob pena de ensejar um precedente perigoso.

6.5. Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, já em sua antecipação de voto, afirmou não ter dúvida de que o julgamento do Caso Ellwanger estava impregnado de indiscutível valor simbólico e histórico, posto que a questão em relevo dizia respeito a um dos mais expressivos valores do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana:⁵⁶⁷

*Hoje, portanto, muito mais do que a realização de um julgamento – e de um julgamento **revestido** de significação histórica na jurisprudência de nosso país – é **chegado** o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, **em sua agenda**, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro **e de manifestar** a preocupação **desta corte** com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem os valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.*⁵⁶⁸

O Ministro Celso de Mello destacou, em seu voto, alguns marcos temporais históricos que tornavam ainda mais emblemático o julgamento do Caso Ellwanger. Na época do julgamento, completavam-se 70 anos que “[...] o Partido Nacional Socialista emergindo das ruínas provocadas pela queda da República de Weimar, ascendeu ao poder na Alemanha”.⁵⁶⁹ Instaurando assim uma ordem totalitária que colocaria por terra toda e qualquer valorização dos direitos humanos, especialmente daqueles grupos vistos como “inimigos da sociedade”, a exemplo dos judeus, mulçumanos, ciganos, homossexuais e pessoas com deficiência.

Recordou ainda, que há 60 anos, o regime nazista sufocava cruelmente a insurreição de alguns poucos judeus, armados talvez apenas de sua esperança,⁵⁷⁰ contra

⁵⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.897.

⁵⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.607.

⁵⁶⁸ Os grifos foram feitos pelo próprio Ministro Celso de Mello, e são característicos de seus votos. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.623.

⁵⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.615.

⁵⁷⁰ Impossível não lembrar as palavras de Michel Foucault: “As insurreições pertencem à história. Mas, de certa forma, lhe escapam. O movimento com que um só homem, um grupo, uma minoria ou todo um povo

a força do exército Alemão, episódio que ficaria conhecido internacionalmente como o “*Levante do Gueto de Varsóvia*”. Dentre outros marcos citados, o julgamento precedia a celebração do dia da “*Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto*”, data em que os israelenses relembram e honram a memória de seus milhões de mortos no genocídio empreendido pelo Estado Nazista.⁵⁷¹

Para o Ministro, tal como no Dia de Recordação, em que o povo judeu rememora com respeito o que lhe aconteceu, caberia ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão que o Caso Ellwanger suscitava.

Celso de Mello passou então a citar os marcos internacionais de consolidação do respeito aos direitos e a dignidade humana. Destacou a importância da promulgação da *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

*Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e da afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, justiça e da paz universal. Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional – impulsionados pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder – tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor de todas as pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.*⁵⁷²

Neste momento, Celso de Mello recorda o importante e grave compromisso assumido pelo Brasil quando subscreveu a *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*. Para o Ministro, os deveres irrenunciáveis que emanam da Declaração vinculam e impõe ao Estado, de modo pleno, o cumprimento dos compromissos ali estabelecidos em favor da defesa e da proteção da integridade e dignidade humana.

diz: “Não obedeco mais”, e joga na cara de um poder que ele considera injusto o risco de sua vida – esse movimento me parece irredutível. Porque nenhum poder é capaz de torná-lo absolutamente impossível: Varsóvia terá sempre seu gueto sublevado e seus esgotos povoados de insurrectos. E porque o homem que se rebela é em definitivo sem explicação, é preciso um dilaceramento que interrompa o fio da história e suas longas cadeias de razões, para que um homem possa, “realmente”, preferir o risco da morte à certeza de ter de obedecer.” FOUCAULT, Michel. É inútil revoltar-se? p. 77.

⁵⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.615.

⁵⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.617-618.

*É esse, pois, o grande desafio com que nós, Juízes da Suprema Corte deste país, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.*⁵⁷³

Discorre o Ministro que os Tratados e Convenções de Direitos Humanos não mais consideram a pessoa humana como sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo, tal como pregava a ortodoxia do Direito Internacional Clássico. Destaca ainda que a *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*, realizada em Viena, em 1993, significou um importante passo em direção ao processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos humanos. Considerando o contexto do Caso Ellwanger, lembrou a adesão do Estado brasileiro às Convenções e Estatutos internacionais como a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (1965), a *Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais* (1978) e, ainda, a *Declaração de Durban e Plano de Ação* resultantes da *III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata* (2001).⁵⁷⁴

*Cabe ter em consideração, no ponto, que a matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido [...].*⁵⁷⁵

Conforme recorda José Emílio Medaur Ommati, a importância de citar tais instrumentos internacionais de Direitos Humanos reside no fato que o Brasil ratificou todos eles, e deve o Supremo Tribunal Federal dar cumprimento e máxima efetividade a tais diplomas, sob pena de tais direitos serem considerados como palavras vãs, conforme salienta o próprio Ministro em vários momentos de seu voto.⁵⁷⁶

Logo após toda a digressão sobre os tratados e convenções internacionais e sobre sua importância no tratamentos dos direitos humanos no Brasil, o Ministro Celso de Mello passou a discorrer sobre a noção de racismo e seus contornos. Considerou que ao contrário do que é sustentado pela defesa *no habeas corpus*, racismo não se resume a

⁵⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.621.

⁵⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.623.

⁵⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.634.

⁵⁷⁶ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998*. p.38.

questões biológicas, mas também não é de uma ordem estritamente antropológica. Estabeleceu que o conceito de racismo projetava-se para além, numa dimensão cultural e sociológica, além de figurar como *“um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social”*.⁵⁷⁷

O Ministro, nesse momento, se refere a uma passagem da obra *As origens do Totalitarismo*, de Hannah Arendt, ao versar sobre *“o anti-semitismo, que ela qualifica [...] como uma manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os ódio públicos contra o povo judeu.”*⁵⁷⁸

Celso de Mello cita, ainda, um trecho do parecer do professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que na qualidade de *amicus curie*, fez importantes análises, que trazemos para esta dissertação, ao abordar pontos pertinentes sobre a discussão de conceitos utilizados para justificar a desigualdade entre as pessoas e sua hierarquização e subjugação:

*O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma “raça” para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Essa omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de “raça”, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, essa linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento contrario sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.*⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.625.

⁵⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.625.

⁵⁷⁹ LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática de racismo. p.85.

Neste diapasão, após considerar incensurável o voto do Ministro Maurício Corrêa que denegou, corretamente, em seu entender, a ordem de habeas corpus, mantendo assim a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, passou o Ministro a analisar a outra questão que estava em debate: a alegação de que a incitação ao ódio público aos judeus estaria protegida pelo direito à liberdade de expressão.⁵⁸⁰

Para Celso de Mello, as publicações de Siegfried Ellwanger, não podem ser consideradas pesquisa histórica ou científica, posto que estão degradadas ao “*nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus*”.⁵⁸¹ Neste sentido, considera o Ministro, que não seria legítimo compreender que a liberdade de expressão poderia acobertar, em seu campo de projeção, a tutela de manifestações revestidas de ilicitude penal.⁵⁸²

*Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial – veiculadas com **evidente superação** dos limites da crítica política **ou** da opinião histórica – **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.*⁵⁸³

Celso de Mello, neste contexto, traz ao debate questão relativa aos limites dos direitos e garantias individuais, e indaga se seria possível dizer, como na doutrina norte-americana, que exista algum direito absoluto ou que prevaleça no embate com outros direitos fundamentais na ordem Constitucional brasileira. Relembra o Ministro que, por mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal colacionou o seguinte entendimento:

*Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**. **O estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o **substrato ético** que as informa – **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a **proteger** a integridade do interesse social e, de outro, a **assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em **detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.”⁵⁸⁴*

⁵⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.625.

⁵⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.628.

⁵⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.628.

⁵⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.629.

⁵⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.629.

Para o Ministro Celso de Mello, é inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão possa acabar entrando em colisão com outras liberdades. O que daria causa ao surgimento de “*verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, [...] torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas*”.⁵⁸⁵

Tal perspectiva endossaria, portanto, argumento esposado por Ministros como Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que por incrível e irônico que pareça, utilizando a técnica da ponderação de bens e valores, chegaram a conclusões completamente diferentes e opostas.⁵⁸⁶

Entretanto, o Ministro Celso de Mello, afirmou que no caso em questão não se poderia falar em conflituosidade ou colisão de direitos. A seu juízo, a igualdade e a dignidade seriam limitadores externos à liberdade de expressão. No sentido de que esta não poderia ser exercida como maneira de veicular práticas criminosas que incitem situações de intolerância e ódio.⁵⁸⁷

*Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que posam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação – que constitui um dos núcleos do tipo penal – reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.*⁵⁸⁸

Na confirmação de voto, o Ministro, discorreu que o regime constitucional brasileiro privilegia as liberdades de pensamento, e que tal princípio tem uma “*projeção significativa em nosso direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal a priori, o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular a suas mensagens doutrinárias*”.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.629.

⁵⁸⁶ Sugerimos a leitura do artigo escrito pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, que à época do julgamento do Caso Ellwanger, escreveu importante análise sobre tal controversa divergência. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2. RS.

⁵⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.629.

⁵⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.631.

⁵⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.926.

Essa garantia básica da liberdade de expressão representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões cuja observância possa implicar clara restrição aos meios de divulgação do pensamento e aos processos de criação. Isso porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental”, é, conforme adverte Hugo Lafayette Black, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “o mais precioso privilégio dos cidadãos”⁵⁹⁰

Conforme retoma o Ministro Celso de Mello, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Abusos no seu exercício, quando **praticados**, poderão ser limitados. Cumpre lembrar que a reação estatal só é permitida *a posteriori*. Nesse sentido, aqueles sujeitos que abusarem do direito à liberdade de expressão poderão sofrer sanções do Estado, sejam civis ou penais.

Recorda Celso de Mello que, se de outro modo fosse, não existiriam os tipos penais de calúnia, difamação, injúria ou apologia de fatos criminosos, por exemplo. Posto que seriam acobertados por essa tal liberdade de expressão absoluta.

Novamente, em seu voto, recorda os tratados e convenções de Direitos Humanos, dessa vez ao se referir especificamente à *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, popularmente conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica*, que em seu art. 13 exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento “*toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ou crime ou à violência*”.⁵⁹¹

E diante do exposto, cumpre informar que o Ministro Celso de Mello concluiu pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*. Finalizou lembrando a importância dos tratados e convenções de Direitos Humanos, lembrou que no caso em questão não havia conflito entre liberdade e dignidade, mas em um contexto que houvesse, seria motivo para aplicar o método que, em seu juízo, era o mais racional e apropriado, o método da ponderação de bens e valores.

⁵⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.928.

⁵⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424/RS. p.928.

7. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

No intuito de combater criminalmente práticas e discursos de ódio homofóbicos, tal como já acontece com as práticas e os discursos discriminatórios por motivo de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, como estabelecido na Lei nº 7.716/89 (Lei Caó), movimentos sociais e parlamentares brasileiros debatem arduamente, há mais de 12 anos, projetos de lei que buscam suprir tal lacuna na proteção desta parcela da sociedade.

A demanda por proteção contra a discriminação em razão da orientação sexual é, entretanto, bem mais antiga, remontando os primeiros debates no Congresso Nacional, pelo menos, à Constituinte de 1988, quando cogitou-se a inclusão do termo “orientação sexual” no texto Constitucional que hoje compõe o art. 3º, inciso IV – *“a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.⁵⁹²

7.1 O Congresso Nacional e os Projetos de Lei Anti-Homofobia

As Subcomissões Temáticas da Assembleia Constituinte abriram seus trabalhos para receber as mais variadas questões propostas pelos Deputados e Senadores Constituintes e também para demandas da sociedade civil.⁵⁹³

De acordo com a jurista Adriana Vidal de Oliveira, a *Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais* debateu, dentre outros assuntos, questões relativas à criminalização do aborto e a proibição de discriminação em razão da orientação sexual, temas estes que acabaram polarizando as discussões.

Apesar da relativa abertura das Comissões aos movimentos sociais, certas questões, em razão do conteúdo, foram alvos de intensos debates. Até mesmo a participação do Grupo Carioca de Libertação Homossexual Triângulo Rosa, causou intensa polêmica entre os Constituintes, *“o receio era de que a Assembleia perdesse a respeitabilidade com a presença de homossexuais”*.⁵⁹⁴

⁵⁹² BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁹³ PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. p. 57.

⁵⁹⁴ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.3.

[...] o Constituinte Ubiratan Spinelli inauguraria o debate afirmando que o problema não estava nas homossexuais femininas, que, segundo o seu entendimento, eram mais recatadas, mas sim com os homossexuais masculinos, estes supostamente mais extravagantes. Além disso, o referido Constituinte ainda via no grupo de homossexuais prováveis corruptores de jovens, acreditando que essa proteção constitucional expressa poderia estimular um aumento do número de homossexuais. Houve a inversão da relação de opressão, na medida em que o grupo oprimido poderia ser responsável, caso tutelado, por uma forma do que ele entendia ser corrupção das futuras gerações. Na escala desse Constituinte havia três espécies de homossexuais: os comedidos, os gays que realizavam as perturbações sociais e os travestis. Os aceitáveis seriam os primeiros, que exerciam uma performance social puramente masculina.⁵⁹⁵

Ainda a respeito da proibição de discriminação por orientação sexual nos debates da Constituinte de 1988:

No mesmo trecho a Constituinte Lúcia Braga perguntaria sobre a adequação da expressão "orientação sexual", afirmando que também tinha receio em virtude da educação sexual nas escolas. Sua preocupação era dar margem a um professor homossexual, que poderia induzir os alunos ao homossexualismo. A homossexualidade era aceita pelos Constituintes, desde que escamoteada e desde que houvesse alguma garantia de que os membros de suas famílias não seriam homossexuais. A preocupação era com a estabilidade das relações e com a adoção das convenções sociais. Esses Constituintes desconsideravam que homossexuais já existiam e que a proteção legal somente garantiria a possibilidade da não violência e da felicidade nas relações pessoais".⁵⁹⁶

Ao se encerrar o momento de participação popular, essa Subcomissão recebeu ao todo 1.121 propostas, das quais 730 foram acolhidas. Quando se iniciaram os debates das propostas em relação à questão da inclusão ou não do termo orientação sexual no texto da nova Constituição, o grande medo dos Constituintes era de que a inclusão da expressão aumentasse o número de homossexuais, fato que na concepção destes parlamentares poderia acabar com a população do Brasil.

É importante ressaltar e contextualizar que foi no final da década de 1980, momento em que vigia Assembleia Constituinte, que se deu o ápice da epidemia da AIDS, no Brasil e no mundo.⁵⁹⁷

Conforme adverte Clara Moura Masiero, se a Constituinte representava para o Brasil um momento de afloramento da chama libertária frente ao passado da ditatorial, no que tange às questões de direito ao próprio corpo, o que se verifica é a influência do

⁵⁹⁵ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.4-5.

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.5.

⁵⁹⁷ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. p.367.

“rastros de intolerância, violência e morte deixado pela epidemia da AIDS” refletindo diretamente nos debates no Congresso.⁵⁹⁸

Em relação aos homossexuais, Eliel Rodrigues iniciava a defesa de sua proposta, sempre apoiado em justificativas religiosas. Relacionava em sua fala os casos de AIDS ao fato de homens deixarem “o uso natural da mulher” para relacionarem-se com outros homens. Sua fundamentação foi completamente retirada da Bíblia, não apresentando nenhuma outra justificativa para que o texto Constitucional não vedasse a discriminação de homossexuais pela expressão “orientação sexual”. Costa Ferreira completava o argumento, afirmando que os homossexuais deveriam ser “recuperados” ou deveriam ter a chance de abandonar essa vida para se casar, pois em sua concepção, a mulher teria sido talhada para exercer um papel feminino, complementando o homem.⁵⁹⁹

Debates em relação à orientação sexual ocorriam também em Subcomissões como as da Família, do Menor e do Idoso, mas por incrível que pareça, nestas, a influência dos grupos religiosos e ditos pró-vida tinha baixa aceitação por parte dos Constituintes.⁶⁰⁰

Encerrados os debates sobre o anteprojeto da Subcomissão, diversos constituintes entenderam que o termo “sexo” atenderia a demanda por proibição de discriminação sofrida tanto pelas mulheres quanto pelos homossexuais.⁶⁰¹ Ao final da votação, a expressão *orientação sexual* foi retirada do anteprojeto: 130 Constituintes eram favoráveis a inclusão, enquanto que 317 votaram contra a inclusão da proibição por discriminação em razão da orientação sexual na Constituição Cidadã.⁶⁰²

7.1.2. A demanda por inclusão da homofobia na Lei 7.716/89

Aproximadamente 14 anos após as primeiras discussões sobre a necessidade de garantir direitos aos cidadãos LGBT, no ano de 2001, o Congresso Nacional voltou a debater a legitimidade de proteção frente à discriminação em razão da orientação sexual.

⁵⁹⁸ MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. p.75.

⁵⁹⁹ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.8.

⁶⁰⁰ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.8.

⁶⁰¹ OLIVEIRA, Adriana Vidal de. As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988. p.8.

⁶⁰² MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. p.75.

A então Deputada Federal pelo Partido dos Trabalhadores do Estado de São Paulo (PT-SP) Iara Bernardi apresentou o Projeto de Lei 5003/2001, que estabelecia sanções às práticas discriminatórias contra pessoas em razão da orientação sexual:

Para a autora do Projeto de Lei:⁶⁰³

*[...] o Congresso Nacional deve resguardar o direito de todas as pessoas, independente das escolhas e valores pessoais dos parlamentares, pois o que deveria ser proposto é o fim da discriminação por orientação sexual e que são pessoas que pagam impostos como qualquer cidadão comum.*⁶⁰⁴

Ainda no ano de 2001, foi determinado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados que o PLC 5003/2001 fosse encaminhado para Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e, após tramitação e aprovação nessa Comissão, seria devolvido para a Câmara para votação em Plenário.⁶⁰⁵

O então Deputado Federal *Bispo* Rodrigues do Partido Liberal do Rio de Janeiro (PL-RJ), foi designado relator do projeto. Até o final do ano de 2002 o Deputado não havia elaborado nenhum parecer sobre aquele projeto e o devolveu à Câmara. Nos anos subsequentes todos os relatores designados fizeram o mesmo: receberam o projeto e ficaram com ele por quase um ano sem elaborar parecer. Em 2003, o relator era o Deputado Bonifácio Andrada do Partido da Social Democracia Brasileira de Minas Gerais (PSDB-MG). No ano de 2004, o relator do projeto foi o então Deputado por São Paulo, Aloysio Ferreira Nunes (PSDB-SP), que também não se dignou a dar um parecer sobre o projeto.⁶⁰⁶

Apenas no ano de 2005 findou-se o ciclo de abstenções, com a relatoria do Deputado Luciano Zica do PT-SP, que em poucos dias após ser nomeado apresentou parecer⁶⁰⁷ pela aprovação do projeto e solicitou o apensamento de outros projetos semelhantes que estavam tramitando na Casa: ⁶⁰⁸

⁶⁰³ VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis. p.4.

⁶⁰⁴ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶⁰⁵ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶⁰⁶ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶⁰⁷ COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Parecer do relator: Projeto de Lei 5003/2001.

⁶⁰⁸ “PL 381/2003, do ex-Deputado Maurício Rabelo (PL/TO): “Altera a redação do art. 1º e do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, que ‘Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor’”, incluindo a punição por discriminação ou preconceito de “cultura”; PL 3143/2004, da ex-Deputada Laura Carneiro (PFL/RJ): “Altera a Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”, incluindo a punição por discriminação ou preconceito por “sexo ou orientação sexual”; PL 3770/2004, do Deputado Eduardo Valverde (PV/BA): “Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá

*Parecer do Relator, Dep. Luciano Zica (PT-SP), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste, do PL 5/2003, do PL 3143/2004 e do PL 3770/2004, apensados, com Substitutivo; e pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do PL 381/2003 e do PL 4243/2004, apensados.*⁶⁰⁹

No ano de 2006, dada nova redação pelo relator do projeto, o PL 5003/2001 estava pronto para ser posto em votação no Plenário da Câmara. Depois de idas e vindas, de ter sido discutido em abril daquele ano, o projeto não chegou a ser votado porque a sessão havia sido encerrada por outros motivos. No final do ano de 2006, o Deputado Rodrigo Maia e vários Deputados se uniram e protocolaram pedido para que o projeto tramitasse em regime de urgência.

O projeto em questão entrou em pauta e os Deputados contrários a ele não se atentaram para o fato. Estavam presentes 376 Deputados na Sessão em que o referido projeto foi aprovado por unanimidade, sendo encaminhado para o Senado.⁶¹⁰

Entretanto, mesmo com sua aprovação, setores conservadores como a chamada *Bancada Evangélica*⁶¹¹ se indignaram com o feito, como pode-se depreender das notas taquigráficas retiradas do site da Câmara dos Deputados:

*O SR. TAKAYAMA - Sr. Presidente, peço a palavra pela ordem.
O SR. PRESIDENTE (Inocência Oliveira) - Tem V.Exa. a palavra.
O SR. TAKAYAMA (PMDB-PR. Pela ordem. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, gostaria de manifestar a minha tristeza e indignação com um projeto colocado em extra-pauta na quinta-feira última, que, acredito, de forma arbitrária. Quero acreditar que não tenha sido proposital, Sr. Presidente, mas a arbitrariedade foi cometida aqui. O projeto de lei da ilustre Deputada Iara Bernardi trata de matéria altamente polêmica e da maior relevância para a sociedade brasileira. Acontece que há um acordo nesta Casa que não se coloca em pauta projeto de lei na quinta-feira, principalmente os polêmicos. E esse assunto cria um sentimento de desconfiança, numa hora em que a Casa, os Deputados precisam voltar a ter credibilidade não somente perante a opinião pública, mas também perante a imprensa de forma geral. Esse relevante projeto de lei, de autoria da ilustre Deputada Iara Bernardi, deveria ter sido discutido aqui. Vários outros projetos foram apensados, de tal forma que questões polêmicas deram origem a um substitutivo. A atitude tomada pela Mesa não somente coloca em dúvida os acordos tomados nesta Casa, como também gera esse sentimento de alta desconfiança naqueles que devemos julgar de confiança. Houve a garantia do Presidente de que nas quintas-feiras não entrariam na pauta projetos polêmicos, e não foi isso o que ocorreu. Nós, cristãos, estamos nos sentindo apunhalados com a votação, em*

outras providências”; PL 4243/2004, do ex-Deputado Edson Duarte (PV/BA): “Estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989”. PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶⁰⁹ BERNARDI, Iara. Projeto de Lei da Câmara nº5003 de 2001. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.

⁶¹⁰ MASIERO, Clara moura. Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006. p.16.

⁶¹¹ O correto seria dizer Bancada Cristã ou Religiosa, tendo em vista que vários dos parlamentares são de outras religiões, não apenas das de orientação evangélica. Entretanto, o nome apelido acabou pegando.

*regime de urgência, de um projeto de alta relevância colocado em extra-pauta numa quinta-feira. Isso agride o sentimento dos cristãos do Brasil. Deixo registrados o meu voto de contrariedade e meu protesto. O projeto foi aprovado de forma traiçoeira, além do pequeno quórum na Casa, porque era um assunto polêmico e todos os Deputados tinham de estar nos seus municípios vendo as emendas que deveriam ser colocadas. Isto posto, manifesto minha indignação com o sentimento de respeito ferido, gerando no meu coração uma profunda desconfiança da seriedade que algumas pessoas deveriam ter. Refiro-me, Sr. Presidente, ao projeto que trata da discriminação, que deveria ser discutido exaustivamente nesta Casa, porque fere os princípios cristãos em um país que se diz cristão. Manifesto meus votos de desconfiança e de indignação desta tribuna, Sr. Presidente.*⁶¹²

O substitutivo do projeto que tramitava há mais de 5 anos, apesar de toda a ofensiva empreendida pelos setores mais conservadores da Câmara, ao ser aprovado, foi *acusado* de ter origem ateia, apelidado de *mordança gay* e aqueles que conseguiram a aprovação na Câmara foram acusados de fazer lobby *gayzista* e querer implantar uma *ditadura gay* (SIC), no Brasil.⁶¹³

Após aprovação, o PL 5003/2001 foi encaminhado ao Senado Federal, onde recebeu nova numeração, sendo autuado como Projeto de Lei da Câmara 122/2006 (PLC 122/2006), conhecido popularmente como *Projeto de Criminalização da Homofobia*.⁶¹⁴

*O site do Senado Federal [...] informa que 80% das ligações que a Casa recebe são manifestações contrárias à aprovação do projeto. Internamente, são os grupos religiosos que se opõem de forma veemente à aprovação do projeto, por entenderem que o mesmo violaria as liberdades religiosas e de expressão.*⁶¹⁵

No ano de 2007, assim como aconteceu na Câmara, a Mesa Diretora do Senado Federal acabou determinando que o projeto tramitasse por comissões antes de ir para o Plenário do Senado. Primeiro na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e depois pela Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). A então Senadora pelo PT de Roraima, Fátima Cleide, foi nomeada relatora e já no primeiro mês na função, emitiu parecer favorável para a aprovação.⁶¹⁶

O projeto chegou a entrar em pauta para votação no ano de 2007, entretanto, frente a diversas manobras políticas de setores conservadores que se opõe ferrenhamente a qualquer limitação dos discursos e práticas de ódio de cunho

⁶¹² CAMARA DOS DEPUTADOS. Discursos e notas taquigráficas.

⁶¹³ FOLHA. A lei da mordança.

⁶¹⁴ VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis. p.4.

⁶¹⁵ MASIERO, Clara moura. Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006. p.16.

⁶¹⁶ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

homofóbico e transfóbico,⁶¹⁷ o PLC 122/2006 foi retirado de pauta. Foram solicitadas Audiências Públicas, sendo que das quatro solicitadas apenas uma se realizou naquele ano.⁶¹⁸

No ano de 2007, o Senador Gim Argello do PMDB do Distrito Federal entrou com pedido junto à Mesa Diretora do Senado Federal para que o projeto também tramitasse na Comissão de Assuntos Sociais (CAS). A Senadora Fátima Cleide, foi novamente nomeada como relatora do projeto, nessa nova comissão.⁶¹⁹

A Senadora apresentou o parecer e colocou o projeto em pauta para votação e, frente a um pedido coletivo de vista feito por vários Senadores que queriam protelar a votação, ele foi retirado de pauta.⁶²⁰

A proposta da Senadora Fátima Cleide, pretendia ampliar a abrangência da Lei nº 7.716, de 1989 (Lei Caó) que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, acrescentando-lhe à ementa e ao art. 1º as motivações *gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero*, além de acrescentar essas mesmas motivações aos demais artigos da referida lei.

*A proposta de alteração da Lei 7.716/1989 pelo PLC 122/2006, que se convencionou chamar no Brasil como projeto de criminalização da homofobia, prevê, porém, como ilícitas, as condutas praticadas em virtude de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero que se adequam as seguintes hipóteses: (a) dispensa direta ou indireta do trabalho; (b) impedimento, recusa ou proibição de ingresso ou permanência em ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; (c) recusa, negativa, impedimento, prejuízo, retardo ou exclusão em sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional; (d) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de hospedagem em hotéis ou similares; (e) sobretaxa, recusa, preterição ou impedimento de locação, compra, aquisição, arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis; (f) impedimento ou restrição da expressão ou manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público; (g) proibição da livre expressão e manifestação de afetividade quando permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs. Outrossim, o projeto redefine o § 3º do art. 140 do CP, inserindo questões relativas à orientação sexual e à identidade de gênero no delito de injúria – “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição da pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.*⁶²¹

Em 2008, o projeto novamente entrou em pauta na Comissão de Assuntos Sociais, chegou a ser discutido e o Senador Pastor Marcelo Crivella apresentou dez emendas,

⁶¹⁷ VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis. p.5.

⁶¹⁸ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶¹⁹ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶²⁰ PLC 122. Histórico do PLC 122/2006.

⁶²¹ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.198.

modificando-o completamente. Não havendo consenso entre os parlamentares o projeto foi retirado novamente retirado de pauta.

No ano de 2009, a Senadora Fátima Cleide apresentou um novo parecer e fez alterações ao texto no projeto, dentre as quais a inclusão no rol de crimes da Lei 7.716/89, além da discriminação em razão da orientação sexual, as discriminações em razão da condição de pessoa idosa e da deficiência.⁶²²

Em seu relatório e no substitutivo a Senadora Fátima Cleide considerou quatro pressupostos:

1. Não discriminação: a Constituição Federal em seu art. 3º, IV, estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não bastasse, o art. 5º, caput, preordena que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Portanto, nossa Magna Carta não tolera qualquer modalidade de discriminação. Assim, se outras formas de preconceito e discriminação são criminalizadas, por que não a homofobia?

2. Intervenção mínima para um direito penal eficaz: na contramão das correntes conservadoras que pregam um direito penal máximo, um Estado Penal, sustentamos a ideia de que o direito penal, por ser o mais gravoso meio de controle social, deve ser usado sempre em último caso (ultima ratio) e visando tão somente ao interesse social. Nesse sentido, as condutas a serem criminalizadas devem ser apenas aquelas tidas como fundamentais. Ademais, os tipos penais (verbos que definem condutas) devem ser fechados e objetivos.

3. Simplicidade e clareza: o Substitutivo faz a nítida opção por uma redação simples, clara e direta, com pequenas modificações na Lei nº 7.716/1989- e no Código Penal.

*4 O Substitutivo amplia o rol dos beneficiários da Lei nº 7.716/1989, que pune os crimes resultantes de preconceito e discriminação. Assim, o texto sugerido visa punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.*⁶²³

No ano de 2010, o projeto ficou praticamente parado na Comissão, e em função do fim da legislatura, foi arquivado no início do ano de 2011. Entretanto, acabou sendo desarquivado a pedido da Senadora pelo PT de São Paulo Marta Suplicy, que foi ainda nomeada como relatora do projeto.

Junto ao relatório, a Senadora apresentou outro substitutivo, que buscava consenso e tentava acalmar os ânimos certos críticos do projeto que alegavam que teriam sua liberdade religiosa e de expressão cerceada pelo PLC122/2006, caso fosse aprovado com a redação do texto dada pela ex-Senadora Fátima Cleide.⁶²⁴

⁶²² MASIERO, Clara moura. Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006. p.16.

⁶²³ CLEIDE, Fátima. Projeto de Lei 122/2006.

⁶²⁴ VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis. p.5.

Dentre as alterações feitas por Marta Supicly, destacamos duas, em especial, que foram vistas por muitos juristas, como Roger Raupp Rios,⁶²⁵ e Thiago G. Viana⁶²⁶, além de ativistas dos movimentos sociais LGBT, com muito receio e indignação.

A primeira alteração, seria a desvinculação do PLC 122/2006 à Lei 7.716/89, a proposta seria a de criar uma lei específica para tratar das discriminações em razão da orientação sexual e da identidade gênero.⁶²⁷ No geral o teor do projeto em muito se assemelha à Lei do Racismo, entretanto o projeto peca pela técnica legislativa e prevê penas diferentes para condutas semelhantes (racismo e homofobia). Se o intuito era uma lei específica para melhor tratamento da matéria, a intenção foi por água abaixo, pois diferente do que aconteceu com a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o novo projeto não inovou e cometeu os mesmos anacronismos que são tão criticado na Lei de Racismo.⁶²⁸

Ainda de acordo com os juristas supracitados, a alteração que comprometeria significativamente o objetivo do projeto era a ressalva do art. 3º cuja a redação era: *“O disposto nesta lei não se aplica à manifestação pacífica de pensamento decorrente da fé ou da moral fundada na liberdade de consciência, de crença e de religião de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal”*.⁶²⁹

No intuito de estabelecer consenso e receber apoio para aprovação da Bancada Evangélica, a Senadora pareceu ignorar que a demanda pela criminalização da homofobia surge justamente face a discursos e práticas discriminatórios que são embasados por leituras de inferiorização e subordinação de grupos cujas práticas sexuais e identidades de gênero são vistas, por certos setores cristãos, como pecaminosas e imorais. A ressalva feita pela Senadora permitiria que as pessoas LGBT continuassem sendo vítimas de insultos e injúrias discriminatórias.

⁶²⁵ RIOS, Roger Raupp. Panorama do direito antidiscriminatório brasileiro e notas sobre o substitutivo ao projeto de lei 122.

⁶²⁶ VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis. p.5.

⁶²⁷ MASIERO, Clara moura. Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006. p.16.

⁶²⁸ “É interessante notar as distintas configurações de projetos político-criminais a partir da consolidação normativa das reivindicações do movimento negro e do movimento de mulheres. A Lei 7.716/1989 simplesmente nomina as condutas lesivas resultantes de preconceito de raça ou de cor e as insere dentro do tradicional sistema repressivo, ou seja, trata-se de inovação de tipos incriminadores no âmbito do direito penal. Em sentido distinto, a Lei 11.340/2006 projetou a construção de um novo modelo de gestão dos conflitos, com a intenção de superar e ultrapassar as estruturas dogmáticas que reduzem os problemas às esferas penal e civil.” CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.203

⁶²⁹ SUPICLY, Marta. Relatório do Relator: PLC nº 122/2006. p.6.

De fato, o projeto Marta Suplicy nunca chegou a entrar em votação, visto que a Senadora acabou assumindo o cargo de Ministra da Cultura em 2012, entretanto, foi o substitutivo que mais se tornou alvo de críticas dos próprios apoiadores do PLC 122/2006.⁶³⁰

No ano de 2012, Senador Paulo Paim avocou a relatoria do projeto, no intuito de não permitir que o Senador Magno Malta, representante da Bancada Evangélica, assumisse a relatoria. Paulo Paim é até os dias de hoje o relator do projeto, sendo assim o sétimo e último relator do projeto PLC 122/2006.

No final do ano de 2013, o Plenário do Senado Federal aprovou o apensamento do PLC 122/2006 ao Projeto do Novo Código Penal brasileiro (PLS 236/2012). De acordo com o requerimento feito pelo Senador Eduardo Lopes do PRB do Rio de Janeiro, a proposta do Código Penal já tratava da tipificação criminal de intolerância, racismo e tipos correlatos de violência, não fazendo sentido, portanto, que os projetos tramitassem separadamente.⁶³¹

Acreditamos que a proposta de apensamento surge como mais uma manobra política dos setores conservadores do Congresso Nacional para adiar mais uma vez a decisão sobre a criminalização da homofobia no Brasil. Convém lembrar que nosso Código Civil tramitou por 26 anos no Congresso Nacional, até ser aprovado em 2002.⁶³²

Em setembro de 2014, a Deputada Federal pelo PT do Rio Grande do Sul, Maria do Rosário, ex-Ministra de Direitos Humanos do Governo Federal, apresentou o Projeto de Lei 7582/2014, que visa definir os *crimes de ódio* e intolerância e criar mecanismos para coibi-los.

*Art. 2º Toda pessoa, independentemente de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.*⁶³³

⁶³⁰ MASIERO, Clara moura. Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006. p.16.

⁶³¹ BRASIL, Senado Federal. Projeto que criminaliza homofobia vai tramitar em conjunto com novo Código Penal.

⁶³² BRASIL, Planalto. Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002: grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial.

⁶³³ ROSÁRIO, Maria. Projeto de Lei 7582/2014.

O PL 7582/2014 inova por trazer pela primeira vez para os debates de um Projeto de Lei no Congresso brasileiro as expressões *crimes de ódio e discurso de ódio*. O referido projeto define crime de ódio da seguinte maneira:

*Art. 3º Constitui crime de ódio a ofensa a vida, a integridade corporal, ou a saúde de outrem motivada por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. Pena – A prática de crime de ódio constitui agravante para o crime principal, aumentando-se a pena deste de um sexto até a metade.*⁶³⁴

E ainda traz a figura do discurso de ódio:

*Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. Pena – Prisão de um a seis anos e multa. § 1º – aumenta-se a pena de um sexto a metade se a ofensa incitar a prática de crime de ódio ou intolerância, conforme definido nesta lei, ou a prática de qualquer outro crime.*⁶³⁵

Em sua justificativa, Maria do Rosário afirma que a proposta busca albergar os casos não contemplados pela Lei de Racismo, e que, portanto, permanecem sem a devida proteção. Afirma, ainda, que reconhece que não é a Lei Penal o melhor instrumento para resolver problemas sociais. Entretanto, acredita que as condutas narradas no projeto são claramente violadoras de Direitos Humanos, condutas que, neste sentido, obrigam o Estado brasileiro a adotar medidas para proteger as vítimas de discriminação e intolerância, além é claro, das ações afirmativas que se façam necessárias para romper com o quadro que propicia que as diferenças identitárias conduzam à situações de desigualdade.⁶³⁶

7.2 A legitimidade jurídica da tutela penal da igualdade em razão da orientação sexual e da identidade de gênero

⁶³⁴ ROSÁRIO, Maria. Projeto de Lei 7582/2014.

⁶³⁵ ROSÁRIO, Maria. Projeto de Lei 7582/2014.

⁶³⁶ ROSÁRIO, Maria. Projeto de Lei 7582/2014.

De acordo com o penalista alemão Claus Roxin, a definição de quais características as condutas humanas devem ter para serem alvo de punição estatal é um problema fundamental não apenas para o Legislador, mas também para as Ciências Penais.⁶³⁷

Mesmo que legitimado democraticamente, ao ser eleito pelo povo em eleições livres, é certo que não pode o legislador penalizar determinada conduta humana só porque não é de seu agrado. Entretanto, como bem lembra Claus Roxin, *“a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”*.⁶³⁸

Para o penalista alemão, a função do Direito Penal deveria ser a de proteger bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas de mundo ou sentimentos.⁶³⁹

No ano de 2004, em uma conferência proferida na Universidade Externado da Colômbia, durante o Seminário Internacional de Direito Penal e Filosofia do Direito, o professor Claus Roxin contou sobre o processo de reforma do Código Penal alemão em 1976, que influenciado pela teoria do bem jurídico, descriminalizou a prática de relações sexuais entre pessoas adultas do mesmo sexo.

De acordo com o penalista, muitos adversários da teoria do bem jurídico negam tal influência, alegando que a descriminalização ocorreu porque as convicções mudaram e este comportamento deixou de ser considerado imoral, e não porque tais práticas sexuais não lesionem bens jurídicos.

Na Alemanha, assim como em muitos lugares do mundo, a homossexualidade já foi considerada uma conduta ilícita e sujeita à sanção penal pelo Estado, e atualmente figura ao lado de outras práticas sexuais, como a heterossexualidade e a bissexualidade, como uma forma *eticamente neutra de orientação sexual*.

Entretanto, para Claus Roxin, essa mudança se deu, em grande medida, como consequência da despenalização, e não o contrário. [...] *“pouco antes da supressão da punibilidade, o projeto governamental para o novo Código Penal no ano de 1962 qualificou a homossexualidade como um comportamento ético especialmente reprovável e ignominioso segundo a convicção geral”*.⁶⁴⁰

⁶³⁷ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.11.

⁶³⁸ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.11.

⁶³⁹ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.12.

⁶⁴⁰ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.13.

Para o penalista, se levado em consideração que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, impõe-se ao legislador a impossibilidade de incriminar determinadas condutas, como a própria prática das relações entre pessoas do mesmo sexo ou a identificação com um gênero oposto ao do nascimento, pelo simples fato de que tais condutas ou modos de vida não lesionam bens jurídicos. A vitória dessa teoria é justamente impedir que tais condutas, mesmo que consideradas imorais por uma parte significativa da população em vários locais do mundo, seja novamente criminalizada.

Conforme recorda Fabiano Silveira, isso significa afirmar que o bem jurídico é o ponto de partida e a limitação imposta ao legislador no Estado Democrático de Direito. Importa dizer que a criminalização corresponde a uma *“opção de política legislativa que considera a gravidade objetiva e subjetiva do fato e a efetiva necessidade da pena”*⁶⁴¹

No mesmo sentido, Luciano Feldens assevera que essa decisão política não pertence de forma incondicionada às mãos do legislador ordinário, as balizas existem e foram fixadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁶⁴²

No que tange a criminalização dos discursos de ódio na Alemanha, Claus Roxin estabeleceu que tal proteção só se justifica legitimamente em se tratando de sentimentos de ameaça.⁶⁴³ Para o penalista, a função do Direito Penal consiste em garantir aos cidadãos *“uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadão”*.⁶⁴⁴

Neste sentido, consideramos ao lado de penalistas como Claus Roxin,⁶⁴⁵ Eugênio Raul Zaffaroni,⁶⁴⁶ Luigi Ferrajoli,⁶⁴⁷ Luciano Feldens⁶⁴⁸ e André Coppetti,⁶⁴⁹ dentre outros, que a finalidade de prover segurança jurídica tutelando bens jurídicos

⁶⁴¹ SILVEIRA, Fabiano. Da criminalização do racismo. p.111.

⁶⁴² FELDENS, Luciano. Tutela de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. p.42.

⁶⁴³ Por isso, quando o legislador alemão sanciona com pena a discriminação de setores da população (incitação ao ódio ou utilização de medida violentas, ou o desprezo) isto é fundado, pois é tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade, livre de medo. ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.22.

⁶⁴⁴ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.17.

⁶⁴⁵ ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. p.11.

⁶⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume I. p.331.

⁶⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. p.311.

⁶⁴⁸ FELDENS, Luciano. Tutela de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. p.42.

⁶⁴⁹ COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. p.197.

constitucionais é aquilo que marca o limite racional do Direito Penal no marco do Estado Democrático de Direito.⁶⁵⁰

O bem jurídico que busca-se tutelar com a criminalização dos discursos de ódio é a igualdade, entretanto, para muitos tal pretensão é vista como uma afronta ao princípio da liberdade de expressão, especialmente em sua face de liberdade religiosa. No intuito de esclarecer tal hipotético conflito, passaremos a analisar se tal demanda trata-se de tutela da igualdade ou de uma limitação da liberdade de expressão, como querem os críticos.

7.2.1. Tutela da igualdade ou limitação da liberdade?

Conforme recorda José Emílio Medaur Ommati, tradicionalmente, se afirma que a igualdade se divide em dois aspectos, formal e material. O aspecto formal da igualdade foi teorizado durante o Estado Liberal, e foi pensado como o reconhecimento da igualdade de todos perante a lei, pouco importando as especificidades dos indivíduos, “o direito seria cego às diferenças”.⁶⁵¹

De acordo com Konrad Hesse:

*Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (art. 3º alínea 1, da Lei Fundamental), Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor dessa ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa de fixar-se, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito.*⁶⁵²

Entretanto, dado que tal concepção da igualdade por ser extremamente abstrata, não foi capaz de considerar as diferenças e contornar as desigualdades, aprofundando

⁶⁵⁰ “Na precisa asserção de Raul Peña Cabrera, poucos conceitos se demonstram tão caros à política criminal e à dogmática jurídico-penal quanto aquele que desponta da consideração do bem jurídico. Em um Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na definição da função do Direito Penal, clarificando as fontes e os limites do jus puniendi e conferindo, demais disso, legitimidade ao Direito Penal.” FELDENS, Luciano. Tutela de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. p.48.

⁶⁵¹ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.71.

⁶⁵² HESSE, Konrad. Elementos. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. p.300.

ainda mais os quadros de opressão na sociedade, durante o Estado Social acabou sendo substituída pela denominada igualdade material.⁶⁵³

Segundo tal concepção a igualdade perante a letra fria da lei não é suficiente, mas que torna-se necessário a percepção de diferenças entre os sujeitos, e a compreensão de que em determinados contextos e situações tais diferenças podem se converter em desigualdades. Aparece então a teoria segundo a qual o princípio da igualdade exige que os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais desigualmente na medida exata de sua desigualdade.⁶⁵⁴

José Emílio Medaur Ommati afirma, entretanto, que essas fórmulas de compreensão da igualdade resultam vazias de significado e trazem uma série de questões constrangedoras. *“Quem são os iguais? Quem são os desiguais? E que medida é essa que permite a desigualdade?”*⁶⁵⁵

Nesse sentido, concordamos com Ronald Dworkin e José Emílio Medaur Ommati que igualdade não é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, mas tratar a todos como iguais.⁶⁵⁶ Isso significa dizer, que o Estado e os cidadãos devem *“tratar a todos com igual respeito e consideração”*.⁶⁵⁷

*Essa ideia de igualdade pressupõe, de acordo com Dworkin, um modelo de repartição de bens, termo aqui entendido não apenas em sentido econômico, mas englobando também as capacidades físicas, os gostos, etc. Em linhas gerais, esse modelo de repartição de recursos está baseado na ideia de inveja. Ao contrário do modelo de Rawls em que as pessoas não têm conhecimento de sua situação na vida real, já que cobertas pelo véu da ignorância, o modelo dworkiniano pressupõe que as pessoas têm todas as informações disponíveis para melhor decidir a repartição dos bens. Contudo, isso não leva que alguns consigam uma melhor repartição do que os outros, pois aquele responsável pela repartição, o leiloeiro, deverá repartir o pacote de bens tendo em vista o princípio da inveja. Esse princípio significa que a repartição dos bens deve ser tal que cada um se sinta satisfeito com o quinhão recebido, a partir de seus dotes físicos, suas habilidades, limitações, etc.*⁶⁵⁸

A *Constituição 1988* estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que tem como alguns de seus fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.⁶⁵⁹ Possui como seus objetivos fundamentais a construção de uma

⁶⁵³ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.71.

⁶⁵⁴ RIOS, Roger Raupp. O princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. p.44-45.

⁶⁵⁵ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.71.

⁶⁵⁶ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.73.

⁶⁵⁷ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

⁶⁵⁸ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.168.

⁶⁵⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a

sociedade livre, justa e solidária, que busca a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais e têm como sua tônica a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁶⁶⁰

Garante, ainda, a *Constituição Cidadã* que no Brasil todos são iguais perante a lei, e que não serão estabelecidas quaisquer distinções, garantindo-se tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros aqui residentes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Para tanto, estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e afirma o caráter vil de práticas como o racismo, tornando o inafiançável e imprescritível.⁶⁶¹

Estabelecidos tais pressupostos, e levando em consideração as análises feitas nos capítulos anteriores, podemos afirmar que o Legislador Constituinte ciente das desigualdades sociais que imperavam e, ainda imperam no Brasil, buscou orientar a construção de uma sociedade justa e plural, onde todos os cidadãos sejam vistos como livres e iguais.

Conforme recorda José Emílio Medauar Ommati, o projeto Constituinte deve ser visto como algo que se iniciou no passado e que permanece em construção através das gerações futuras que se reconhecem como parceiras de um empreendimento comum que é o Estado Democrático de Direito.⁶⁶²

Exemplificativamente, e todos esses direitos foram afirmados em nossa Constituição, temos: liberdade de crença, de culto, de manifestação de pensamento, de imprensa, de expressão, igualdade entre homens e mulheres, tanto na esfera pública quanto privada, respeito às diferenças e aos projetos de felicidade, com o reconhecimento de direitos étnicos, dos homossexuais, de minorias culturais. Mais

soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁶⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁶¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” BRASIL, Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁶² OMMATI, José Emílio Medaur. A Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na Constituição de 1988. p.75.

*uma vez, voltamos ao ponto de partida: assegurar a igualdade de todos implica necessariamente assegurar as mesmas liberdades a todos!*⁶⁶³

A demanda por criminalização dos discursos de ódio homofóbicos levantada pelo movimento LGBT parte do pressuposto que os cidadãos que não vivenciam uma orientação sexual ou uma identidade de gênero conforme a norma heterossexual não são tratados com igual respeito e consideração pelo Estado brasileiro e pelos concidadãos.

De acordo com Ronald Dworkin:

*Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é um produto de uma ordem jurídica: riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.*⁶⁶⁴

Tal como afirma Dworkin, a igualdade é um conceito tão controverso que quem o louva ou rechaça discorda em relação àquilo que louva ou rechaça. Uma diversidade de respostas é possível no que tange aos contornos da igualdade. Entretanto, conforme recorda o jurista norte-americano:

*Se não conseguimos concordar que a verdadeira igualdade significa igualdade de oportunidades, por exemplo, ou igualdade de resultados, ou completamente algo diferente, então por que continuar quebrando a cabeça para descobrir o que ela é? Por que não perguntar, diretamente, se uma sociedade decente deveria ter como meta que seus cidadãos tivessem riquezas iguais, ou que tivessem oportunidades iguais, ou somente que cada um tivesse o bastante para satisfazer suas necessidades mínimas? Por que não esquecer a igualdade abstrata e nos concentrarmos, nessas questões obviamente mais precisas?*⁶⁶⁵

Nesse sentido, Ronald Dworkin estabelece que quando um governo promulga ou mantém um determinado conjunto de normas e não outro, é muito previsível que uma parcela da sociedade tenha suas condições de vida pioradas devido a opção feita ou rechaçada pelo governo, mas também, em grau considerável, é previsível antever quais

⁶⁶³ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.73.

⁶⁶⁴ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.IX-X.

⁶⁶⁵ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.XI.

serão esses cidadãos que terão seus direitos prejudicados. “Devemos estar preparados para explicar aos que sofrem dessa maneira por que foram, não obstante, tratados com a igual consideração que lhes é devida”.⁶⁶⁶

Em uma sociedade como a nossa, em que certos grupos em razão da orientação sexual e da identidade de gênero tem seus direitos mitigados e seu acesso a arena política cerceado, é importante questionar quais os efeitos da introdução ou não de determinadas normas, como a criminalização da homofobia, e pensar em que medida tal norma tem o potencial de permitir ou não o tratamento com igual respeito e consideração.

Entretanto, para muitos juristas e uma grande parcela da sociedade a criminalização dos discursos de ódio homofóbicos implicariam, necessariamente, uma limitação à liberdade de expressão. Tal como a argumentação feita por alguns Ministros no Caso Ellwanger, alegam que essa disposição normativa geraria uma colisão entre a liberdade e a igualdade.

De acordo com José Emílio Medaur Ommati, não é possível que se perceba liberdade e igualdade como direitos antagônicos no paradigma do Estado Democrático de Direito, não é possível que se pense que na medida em que um destes princípios é realizado o outro é cerceado.

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios da igualdade e da liberdade são reconciliados, de modo que a realização de um deles implica, sob pena de contradição, a realização do outro, de modo que os dois princípios são equíprimordiais ou co-originários, se quisermos usar a linguagem de Jürgen Habermas, ou ainda, para usarmos uma linguagem mais leve e mais poética, a de Ronald Dworkin, a igualdade é a sombra que cobre a liberdade.⁶⁶⁷

Nas palavras do próprio Ronald Dworkin: “quem pensa que a liberdade e a igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos.”⁶⁶⁸

Para o jurista norte-americano, aqueles consideram que as liberdades de expressão, religião e pensamento deveriam ser protegidas, podendo ser cerceadas apenas em casos muito extremos, relutam em pensar que essas liberdades poderiam ser

⁶⁶⁶ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.IX-X.

⁶⁶⁷ OMMATI, José Emílio Medaur. A Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na Constituição de 1988. p.92.

⁶⁶⁸ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

restringidas em nome da igualdade. Dworkin afirma que só seria possível entender, não aprovar, essa tese de que a liberdade é um valor absoluto, que tem importância metafísica, se fosse pensada como algo que vale por si só, independente do que essa liberdade absoluta significaria para as pessoas reais e sem que se contemple o impacto daí resultante.⁶⁶⁹

Essa concepção de liberdade só faz sentido, só parece tão valiosa assim devido às consequências que pensamos que essa defesa absoluta pode acarretar para a sociedade, significa dizer que parte-se do pressuposto de que a vida levada em circunstâncias de liberdade ilimitada é melhor por si mesma.⁶⁷⁰

Dworkin questiona, entretanto, se de fato é mais importante que se proteja a liberdade de alguns sujeitos para que vivam suas vidas da maneira como lhes aprouver, mantendo ou melhorando a vida que levam, do que outros sujeitos da mesma comunidade, *“que já estão em pior situação, disponham dos diversos recursos e de outras oportunidades de que elas precisam para levar uma vida decente? Como poderíamos defender essa tese?”*⁶⁷¹

Talvez o dogmatismo seja tentador: declarar nossa intuição de que a liberdade é um valor fundamental que não se deve sacrificar à igualdade, e afirmar que não é preciso dizer mais nada. Mas isso é por demais superficial e insensível. Se a liberdade tem importância transcendente, deveríamos estar aptos a dizer algo, pelo menos que a justificasse. ⁶⁷²

Para Dworkin a justificativa segundo a qual as pessoas preferem a liberdade à igualdade é pífia, qualquer defesa das liberdades moralmente importantes (liberdade de expressão, de pensamento e de religião)⁶⁷³ deve seguir um outro caminho, o de demonstrar que essas liberdades devem ser protegidas segundo a melhor definição da igualdade distributiva, ou seja a de ser tratado com igual consideração e respeito.

⁶⁶⁹ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

⁶⁷⁰ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

⁶⁷¹ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

⁶⁷² DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.169.

⁶⁷³ “Esses direitos são essenciais, para Dworkin, exatamente para promover o ideal de democracia proposto pelo autor, enquanto associação de homens livres e iguais. Assim para Dworkin, a democracia, que deve ser vista como associativa, apresenta três dimensões. A primeira dimensão é da soberania popular, que implica uma relação entre a comunidade ou o povo no seu conjunto e os diferentes funcionários que formam o governo. A democracia que exige que o povo governe e não os funcionários. Já a segunda dimensão, é a igualdade dos cidadãos. Essa igualdade exige que os cidadãos participem como iguais. Isso se reflete na idéia de que todas as pessoas devem ter o mesmo impacto com o voto. Por fim, a terceira dimensão da democracia associativa é o discurso democrático. [...] De acordo com Dworkin, se o discurso público está restringido pela censura, ou fracassa porque as pessoas gritam ou insultam-se mutuamente, então não temos um autogoverno coletivo.” OMMATI, José Emílio Medaur. A Liberdade de Expressão e o Discurso de Ódio na Constituição de 1988. p.96.

Como esclarece José Emílio Medauar Ommati, essa ideia de igualdade de Ronald Dworkin pressupõe um modelo de repartição de bens, de modo que seja entendido não simplesmente em seu sentido econômico mas também englobando capacidades físicas, gostos e etc. Significa dizer que a repartição dos bens deve ser tal que cada sujeito fique satisfeito com o *“quinhão recebido, a partir de seus dotes físicos, suas habilidades, limitações, etc”*.⁶⁷⁴

Conforme recorda José Emílio Medauar Ommati, a liberdade de expressão, para Dworkin, se justifica tanto na perspectiva independente que diz respeito a possibilidade de, em nome dos próprios direitos da liberdade e igualdade, de se expressar seus pensamentos e divulga-los, e ainda na perspectiva instrumental, visto que a liberdade de expressão é um direito que promove as ideias democráticas. A concepção de democracia de Dworkin estabelece que devemos tentar nos organizar politicamente de modo que todos sintam-se parte de uma comunidade, enquanto parceiros de um projeto em comum.

Para José Emílio Medauar Ommati, existe uma contradição patente no pensamento de Dworkin, a respeito da impossibilidade de limitar a liberdade de expressão. Posto que, de um lado afirma a necessidade de direitos antidiscriminatórios, e por outro, defende o direito de um sujeito proferir seu discurso de ódio em nome do direito ao tratamento com igual respeito e consideração para com suas convicções, por mais odiosas que sejam. O jurista brasileiro afirma, ainda, que é impossível imaginar que certos sujeitos se considerem parte ou parceiros de um regime que tenta aniquilá-los ou submetê-los.

*Assim, os cidadãos só podem se sentir parceiros em um empreendimento coletivo de governo dos cidadãos que lhes são assegurados certos direitos individuais. Dentre eles, os direitos antidiscriminatórios, com certeza. A parceria é uma questão de respeito mútuo: não posso ser parceiro de uma sociedade cujas leis me declaram cidadão de segunda classe. A liberdade de expressão é outro direito indispensável. Não sou um parceiro se a maioria considera minhas opiniões e meus gostos tão perigosos, chocantes ou indignos que ninguém esteja autorizado a ouvi-los.*⁶⁷⁵

Nesse sentido, para José Emílio Medauar Ommati, mais adequada parece ser a concepção de Owen Fiss de que discursos devem ser proibidos quando o *efeito*

⁶⁷⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.94.

⁶⁷⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.98.

silenciador do ódio impede que aqueles grupos vistos como minoritários ou vulneráveis tem suas vozes caladas.⁶⁷⁶

José Emílio Medauar Ommati e Owen Fiss não ignoram a importância da liberdade de expressão no paradigma do Estado Democrático de Direito, a questão é que aqueles que são contra a regulação/criminalização dos discursos de ódio, não raras as vezes o comparam ao discurso crítico ao governo.⁶⁷⁷ Uma coisa é se opor a política externa do governo e tecer críticas fervorosas aos governantes e ao Estado, e em tal situação cabe ao Estado ser contido e não invadir a esfera de liberdade do cidadão. Outra situação completamente diferente é aquela que se refere ao discurso racista ou homofóbico de um cidadão para com seu concidadão, visto que o que está em jogo é o tratamento com igual respeito e consideração.

Nesse mesmo sentido, para Cláudio Pereira Neto, restrições não razoáveis à liberdade são incompatíveis com a igualdade, posto que implicam estabelecer uma diferenciação ilegítima entre os cidadãos. Entretanto, o mesmo pode ser dito no que diz respeito à liberdade, por exemplo, o discurso de ódio homofóbico muitas vezes busca se camuflar como discurso religioso como escusa para abusar de uma manifestação legítima:

Porque razão um grupo majoritário pode ter a prerrogativa de impor sua religião a um grupo minoritário? Esse tipo de prática viola não só a liberdade, mas também, e fundamentalmente, a igualdade, porque não se trata a todos e seus projetos pessoais de vida como dignos de igual respeito e consideração. Em tal contexto, não é possível a cooperação no processo deliberativo democrático. Uma sociedade plural que não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.98.

⁶⁷⁷ Nesse sentido para Ronald Dworkin: “Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de construir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam. Na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela obediência política não pode negar nenhum desses aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar. Se o Estado faz isso, abre mão de um aspecto substancial de sua reivindicação de poder legítimo. Quando o Estado proíbe uma expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político; assim como os cidadãos tem o direito de participar da política, também tem o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.” DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. p.320.

⁶⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. p.167-168.

Para Owen Fiss, essa concepção de que a liberdade de expressão ou de religião devem sempre prevalecer não explicam por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses daqueles sujeitos que são objetos do discurso ou dos sujeitos que devem ouvir os mesmos.⁶⁷⁹

Como já apontamos, para o jurista Owen Fiss a adoção de uma postura “neutra” do Estado em sociedades plurais e marcadas por hierarquias, onde determinados sujeitos em razão da raça, cor, etnia, orientação sexual ou identidade de gênero, são subalternizados e oprimidos é medida que apenas mantém firmes e fortes os privilégios dos grupos hegemônicos.

Nessa linha, se poderá afirmar [...] que a ideia de Estado (Constitucional) de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. A necessidade de uma intervenção eficaz do Estado na preservação dos direitos fundamentais e/ou interesses constitucionais é missão de um Direito Penal valorativamente ajustado ao modelo de Estado constitucional nas vestes de um Estado Social e Democrático de Direito, um modelo no qual há coisas sobre as quais o legislador não pode decidir e algumas outras sobre as quais não pode deixar de decidir.⁶⁸⁰

Assim, conforme José Emílio Medauar Ommati, é preciso que se busque uma outra compreensão para a liberdade, uma que caiba no paradigma do Estado Democrático de Direito, onde os cidadãos sejam vistos e vejam seus concidadãos, de fato, com igual consideração e respeito, como indivíduos livres e iguais:

Devemos buscar uma outra compreensão da liberdade, no sentido de entendermos esse princípio como esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o igual direito do outro de agir da mesma forma. Assim, podemos perceber que as normas penais não invadem a liberdade, mas são condição de possibilidade do direito de liberdade de todos, como também as políticas redistributiva não invadem nem a igualdade nem a liberdade, porque permitem justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade.⁶⁸¹

Mais uma vez, no que diz respeito ao hipotético embate com a igualdade, Cláudio Pereira Souza Neto afirma, que ainda que liberdade de expressão faça parte do quadro das liberdades moralmente importantes, não pode significar que tais liberdades não possam ser objetos de restrições em um sistema democrático, visto que nenhuma liberdade é absoluta, como sustenta o próprio Dworkin.

⁶⁷⁹ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. p.144.

⁶⁸⁰ FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. p.266.

⁶⁸¹ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.161.

[A restrição] pode ocorrer em favor de outros princípios políticos que igualmente ocupam a estrutura básica das democracias constitucionais. Pense-se, p. ex., em uma religião que providencie a erosão das instituições republicanas, em prol da fusão entre estado e igreja; em uma religião que, para atrair fiéis, pratique publicamente atos desrespeitosos contra uma outra religião; em um editor que publique obras que promovam o preconceito racial; em um órgão de imprensa que divulgue informações falsas sobre determinado grupo criminoso, aterrorizando levemente a população. Essas práticas, frequentes em nos tempo, podem ser objeto de restrições.⁶⁸²

Compartilhamos do entendimento de José Emílio Medaur Ommati e Cláudio Pereira de Souza Neto, segundo o qual para que a liberdade de expressão seja consistente com os princípios da igualdade e da liberdade, vistos como igual respeito e consideração, os discursos de ódio não devem ser proibidos *a priori*, em função do princípio democrático.⁶⁸³

Tal como afirmado pelo Ministro Celso de Mello no Caso Ellwanger, o que o princípio da liberdade de expressão proíbe é a censura prévia, ou seja, o direito que a todos assiste de se manifestar seus pensamentos e convicções, podendo expor suas ideias sem o temor da intervenção estatal.⁶⁸⁴ Entretanto, como bem lembram José Emílio Medaur Ommati e Cláudio Pereira de Souza Neto, o exercício de qualquer direito no Estado Democrático de Direito pode importar responsabilização.

O próprio Dworkin reconhece na introdução de sua obra *A virtude Soberana – a teoria e prática da igualdade* que:

Não suponho que as pessoas escolham suas convicções ou preferências, ou, de modo mais geral, sua personalidade, mais do que escolham sua raça ou capacidades físicas ou mentais. No entanto, presumo uma ética que supõe – como quase todos nós supomos na nossa própria vida – que somos responsáveis pelas consequências das escolhas que fazemos com base nessas convicções, nessas preferências ou nessa personalidade.⁶⁸⁵

Nesse sentido, para José Emílio Medaur Ommati, o discurso só pode ser considerado de ódio ou discriminador ao passar pelo espaço público, pela arena política, apenas após o proferimento é que se pode estabelecer se estamos diante de discurso de ódio ou de legítima vivência da liberdade de expressão ou religiosa.

⁶⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. p.165.

⁶⁸³ OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.100.

⁶⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. p.926.

⁶⁸⁵ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. p.XVII.

*Se ficar comprovado que esse discurso fere a igualdade e liberdade das categorias as quais se refere, obviamente deve ser proibido e o proferidor responsabilizado por não ter tratado a todos com a mesma consideração e respeito, requisito mínimo para que a parceria democrática continue. No entanto, ao contrário do que se poderia pensar, isso não autoriza que, uma vez o racista proferindo seu discurso e mostrando que é racista, ele não seja responsabilizado por seu ato. Seria um atentado contra a própria parcela da população que sofreu a discriminação se o racista não fosse punido. Teríamos alguns mais iguais e mais livres do que outros.*⁶⁸⁶

Interessante, pois, é a interpretação que José Emílio Medauar Ommati faz da proibição constitucional da prática de racismo, no sentido de que tal proibição não deve ser compreendida como cerceamento da liberdade de expressão, “*mas como a proibição de utilização seja do espaço público seja do espaço privado para aniquilar parceiros desse projeto comum que é o Estado Democrático de Direito*”.⁶⁸⁷

O respeito à liberdade de expressão e de religião depende, necessariamente, da análise do caso concreto. *A priori* não é possível estabelecer se determinado discurso é de ódio ou não. Thiago Viana esclarece tal situação ao se referir ao discurso de ódio homofóbico, a prioristicamente não podemos dizer que todo o discurso religioso em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero é tem forma odiosa.⁶⁸⁸

*A liberdade de expressão [...] não permite que o indivíduo que usa dessa liberdade possa fazê-lo para promover o ódio, o racismo, a discriminação em relação a outro indivíduo ou a uma categoria de pessoas. O grande dilema é que o discurso de ódio, proibido constitucionalmente, apenas pode ser considerado ilícito após seu proferimento, dando-se iguais direitos de participação na construção da decisão jurisdicional (contraditório, ampla defesa e devido processo legal) ao cidadão que supostamente realizou o ilícito. Isso porque a censura prévia é proibida constitucionalmente, em nome da construção de uma comunidade de pessoas livre e iguais.*⁶⁸⁹

Para o penalista existem duas interpretações possíveis da Bíblia, a ortodoxa que condena as práticas homossexuais e uma heterodoxa que é pela inclusão e aceitação dessa parcela da população. Entretanto, não cabe ao Estado, ou ao juiz, dizer qual a

⁶⁸⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.101.

⁶⁸⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.101.

⁶⁸⁸ VIANA, Thiago G. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89. p.15.

⁶⁸⁹ OMMATI, José Emílio Medaur. Uma teoria dos Direitos Fundamentais. p.73.

melhor exegese do texto religioso, mas analisar no caso concreto se houve ou não abuso do exercício da liberdade de expressão ou religiosa no caso concreto.⁶⁹⁰

Para muitos parece ser difícil visualizar tal situação, posto que a condenação à práticas sexuais não-procriativas entre um homem e uma mulher é uma das tônicas atuais da interpretação religiosa de instituições cristãs, especialmente as neopentecostais. Nesse sentido, seria tênue essa linha que separa o discurso religioso legítimo do discurso de ódio que tem como intuito diminuir, hierarquizar e subjugar o outro.

Conforme salienta Thiago Viana, a lei brasileira pune o abuso do direito e não o exercício legítimo deste. Em face da Lei 7.716, em uma pregação, o líder religioso que pratique, induza ou incite a discriminação ou o preconceito contra religiões de matriz africana, comete o crime do art. 20 da referida lei. De igual modo, caso a Lei antirracismo fosse uma lei geral anti-discriminatória e abarcasse a identidade de gênero e a orientação sexual, o discurso do religioso que afirma que *“gays são o câncer do mundo, são pedófilos”*.⁶⁹¹

Tal como afirma José Emílio Medauar Ommati, a igualdade e a dignidade pessoal, não devem ser entendidas como limitações externas ou internas da liberdade de expressão, muito pelo contrário, são as condições de possibilidade do exercício da liberdade de expressão e, da própria liberdade, em um sentido mais amplo.⁶⁹²

Nesse sentido, compreendemos que a criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil, assim como se dá com o racismo, é necessária face à tutela da igualdade em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Significa dizer que alinhamo-nos a concepção esposada por José Emílio Medauar Ommati e Cláudio Pereira de Souza Netto que a proibição do discurso de ódio é a instrumentalização da igualdade, ou melhor dizendo, do tratamento do cidadão LGBT com igual consideração e respeito, face a uma sociedade ainda extremamente marcada pela hierarquização, estigmatização e opressão daqueles sujeitos que não se adequam as normas heterossexistas.⁶⁹³

⁶⁹⁰ VIANA, Thiago G. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89 p.15.

⁶⁹¹ VIANA, Thiago G. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89. P.15-16.

⁶⁹² OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988 p.102.

⁶⁹³ “[...] se democracia significa livre formação das ideias, ou seja, respeito pela autonomia pública dos cidadãos, também significa respeito pela igual consideração por todos, ou seja, pela autonomia privada dos mesmos cidadãos. Se democracia é o melhor regime de governo, é justamente porque concede a todos

7.2.2. A legitimidade da estratégia político-criminal

Diante de tudo o que foi exposto até o momento, consideramos que, assim como o discurso de ódio racista, o discurso homofóbico tem o potencial de “*produzir danos reais a bens jurídicos concretos de pessoas de carne e osso*”.⁶⁹⁴

Conforme repisam os penalistas Salo de Carvalho e Clara Moura Masiero, a criminalização da homofobia no Brasil é de ordem meramente diferenciadora ou de nominação, posto que os crimes que se relacionam com a violência homofóbica já existem (injúria, lesão corporal, homicídio, entre outros). Não se trata, portanto, de criminalização de condutas ainda não tipificadas pelo Código Penal.⁶⁹⁵

*Inclusive porque estes bens jurídicos invariavelmente integram a restrita pauta de criminalização defendida nos programas de direito penal mínimo. Retomo (e adapto), portanto, uma conclusão que externei em outro momento, relativa ao debate sobre a violência contra a mulher: a mera especificação da violência homofóbica em nome juris próprio designado para hipóteses de condutas já criminalizadas não produz aumento da repressão penal, sendo compatíveis, inclusive, com as pautas políticos-criminais minimalistas.*⁶⁹⁶

Especificamente em relação aos discursos de ódio homofóbicos, o que se pleiteia é a introdução no art. 20 da Lei 7.716/89 e na qualificadora do art. 140, parágrafo 3º, os termos orientação sexual e identidade de gênero, ao lado dos elementos já existentes que são referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, ou condição de pessoa idosa o portadora de deficiência.⁶⁹⁷

Justifico a nominação do crime homofóbico porque não vejo diferença nenhuma entre a espécie de preconceito de outros que atingem grupos vulneráveis que mereçam tutela diferenciada, reconhecida pela própria Constituição – por exemplo, o preconceito de raça e cor (art. 5º, XLII, da CF/1988); a violência contra a mulher (art. 226, §8º, da CF/1988); o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (art.227, §4º, da CF/1988). Do ponto de vista da construção histórica dos direitos humanos, os grupos LGBTs possuem a mesma

e trata todos com a mesma consideração e respeito, como sujeitos livres e iguais que se veem como parceiros de um projeto político comum. Portanto, não basta respeitar a liberdade de participar na esfera pública, mas deve-se também respeitar a igualdade dignidade de todos, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ou igual respeito e consideração de todos nas palavras de Ronald Dworkin.”OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. p.138.

⁶⁹⁴ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.204.

⁶⁹⁵ MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. P.126.

⁶⁹⁶ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.200.

⁶⁹⁷ MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. p.129.

*capacidade postulatória para a efetivação de suas pautas políticas (positivas e negativas) que, por exemplo, o movimento de mulheres e o movimento negro.*⁶⁹⁸

Salo de Carvalho vai além, e afirma que para mais do debate dogmático-constitucional dos deveres de tutela e da proibição da proteção deficiente, tal como teorizado por Lênio Streck⁶⁹⁹ e Ingo Wolfgang Sarlet,⁷⁰⁰ seria extremamente discriminatório garantir políticas públicas de caráter protetivo e afirmativo para grupos dos movimentos negros, de mulheres, pessoas com deficiência e idosos e não garantir acesso igualitário aos LGBT.

Levando em consideração tudo o que foi exposto até o momento nesta dissertação de mestrado, podemos, com Salo de Carvalho, conceituar o crime homofóbico como aquelas condutas *“ofensivas a bens jurídicos penalmente protegidos, motivadas pelo preconceito ou pela discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo”*.⁷⁰¹

*A questão da legitimidade parece, portanto, indiscutível no que tange: (1^a) à implementação de políticas de discriminação positiva e (2^a) à especificação dos crimes violentos praticados em virtude de discriminação ou preconceito (crimes de ódio). A defesa de uma especificação legal (nomem juris) da violência homofóbica decorre da necessidade de nomeação e do conseqüente reconhecimento formal do problema pelo Poder Público, retirando-o da invisibilidade e da marginalização.*⁷⁰²

Para um setor significativo dos operadores do direito, e especialmente das ciências penais (tal como expoentes progressistas da criminologia crítica), não caberia ao Direito Penal a regulação dos discursos de ódio homofóbicos. Pois partem do pressuposto, conforme a crítica de Eugênio Raúl Zaffaroni, que *“há uma contradição ou paradoxo aparente, que é a de proteger os direitos, limitando os direitos.”*⁷⁰³

*Segundo Zaffaroni é corriqueiro que grupos que lutam contra a discriminação critiquem severamente o discurso legitimador do poder punitivo, mas, por outro lado, estes mesmos grupos não tardam em reivindicar o uso pleno daquele mesmo poder quando o assunto é a necessidade de combater a discriminação que sobre este recai em particular. Essa aparente dissintonia, para o autor, configura-se em uma armadilha neutralizante e retardatária, pois o poder punitivo opera sempre seletivamente, atuando conforme a vulnerabilidade e com base em estereótipos. A seleção criminalizante é o produto último de todas as discriminações.*⁷⁰⁴

⁶⁹⁸ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.200.

⁶⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. O Juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância.

⁷⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. p.8.

⁷⁰¹ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.192.

⁷⁰² CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.201.

⁷⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. p.27.

⁷⁰⁴ MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. p.176.

Notório que os movimentos sociais como o LGBT, feminista e negro, quando optam por ver no Direito Penal uma estratégia e um local de disputa, que poderia propiciar uma maior proteção frente às violações de direitos humanos que sofrem cotidianamente,⁷⁰⁵ têm sido rotulados, por expoentes da criminologia crítica, como *grupos de empresários morais atípicos*⁷⁰⁶ ou como *esquerda punitiva*.⁷⁰⁷

Ocorre que de acordo com tais teóricos, a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero deveria ser sanada através de recurso a outros instrumentos, que propiciassem a eliminação de qualquer vestígio de discriminação legal no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, o tratamento igualitário nas normas civis de casamento, união estável e de adoção.⁷⁰⁸

Concordamos com a penalista brasileira Soraia Mendes quando afirma que grupos marginalizados e vulnerabilizados como os negros, as mulheres e os LGBT não podem simplesmente dispensar, como se quer, o uso do Direito Penal como um instrumento de defesa contra as violações de seus direitos. Para a penalista a violência sofrida por estes grupos não pode ser um problema debatido fora do âmbito de projeção Direito Penal, posto que tal atitude apenas estabilizaria ainda mais as relações de poder desiguais entre os grupos hegemônicos e não-hegemônicos.⁷⁰⁹

Na lição do penalista italiano Luigi Ferrajoli o objetivo do Direito Penal é justamente *a proteção do fraco contra o mais forte*. Se por vezes o Estado apareceu (e ainda aparece) como um grande violador de Direitos Humanos, não se pode esquecer que este também, por mais paradoxal que pareça, deve se abster de violar **e, também**, proteger os sujeitos contra vinganças e outras violações de direitos perpetradas por outros sujeitos de direito.⁷¹⁰

Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: a força do réu no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E em ambos os casos a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas também, na vingança, que é, por natureza incerta, desproporcional, desregulada, e às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias

⁷⁰⁵ CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. p.204.

⁷⁰⁶ Ver: BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu. BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Mujer y o poder punitivo.

⁷⁰⁷ KARAM, Maria Lúcia. Esquerda punitiva.

⁷⁰⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Proibição de Discriminação e relações entre particulares. p.396.

⁷⁰⁹ MENDES, Soraia. Criminologia feminista: novos paradigmas. p.176.

⁷¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p.310.

razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. ⁷¹¹

Neste sentido, para Soraia Mendes, impõe-se ao Estado um dever maior do que o de simplesmente *“abster-se de afetar, de modo desproporcional e desarrazoado, a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade. São exigíveis do Estado, também, ações positivas no sentido de assegurar a dignidade humana”*.⁷¹²

No mesmo sentido são as análises de Owen Fiss⁷¹³ e Luciano Feldens⁷¹⁴, quando afirmam que precisamos aprender a aceitar essa verdade cheia de ironia e contradição: o Estado pode ser tanto um violador quanto um protetor de direitos humanos e fundamentais; *“que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer [a democracia], mas também umas maravilhosas para fortalecê-la”*.⁷¹⁵

O argumento tradicional de juristas de que nossa legislação conta com instrumentos para a proteção de setores marginalizados e vulnerabilizados como os LGBT, os negros e as mulheres, acaba não levando em conta as especificidades das violações de direitos sofridas por esses grupos.

Como bem lembra a criminóloga Carmen Hein de Campos, no que tange a violência contra as mulheres, e podemos estender suas análises a outros grupos marginalizados e vulneráveis, o que se disputa através de legislações específicas é um lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais, de que tais violências são problemas públicos de segurança, cidadania e de direitos fundamentais.⁷¹⁶

Ademais, como sustenta o jurista Fernando Gómez:

[...] o benefício marginal de punir os delitos motivados por ódio racial é plausivelmente maior que um crime semelhante carente dessa motivação (porque os benefícios psicológicos para o seu autor advindos do cometimento do delito colocam seus autores na parte superior da distribuição de delinquentes, ou seja, entre os mais inclinados a cometer o delito); se são considerados os custos de defesa e prevenção de crimes em relação aos membros das minorias ameaçadas, um aumento da sanção também é aconselhável. Claro também é que, se a motivação racista é considerada per se má e indigna de entrar no cálculo do bem-estar social, o modelo econômico padrão do crime e punição recomendam aumentar a pena em relação aos quais seria imposta sobre os outros crimes em

⁷¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. p.310.

⁷¹² MENDES, Soraia. Criminologia feminista: novos paradigmas. p.200.

⁷¹³ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. p.144.

⁷¹⁴ FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. p.262.

⁷¹⁵ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. p.144.

⁷¹⁶ CAMPOS, Carmen Hein. Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha. p.7.

*que a motivação (econômica, passional, etc.) não é, como tal, excluída da função de bem-estar social.*⁷¹⁷

O argumento segundo o qual nosso ordenamento já possui instrumentos de proteção contra a homofobia, por exemplo, cai por terra quando se analisa o caso do livro *A Estratégia* de Louis P. Sheldon, traduzido e distribuído no Brasil pela editora do Pastor Silas Malafaia, *Central Gospel Ltda*, e que foi comercializado por meses na Revista Avon, que têm grande circulação nacional.⁷¹⁸

Em 2012, a ABGLT encaminhou representação ao Ministério Público Federal, alegando que a obra em questão praticava discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero.

Destacamos aqui, a título de exemplo alguns trechos da referida obra:

Se a classe média acordasse para tudo o que isso realmente significa, para o que os homossexuais e as lésbicas realmente fazem uns aos outros e para o que tem em mente para seus filhos e filhas inocentes, a 'causa sagrada' da sodomia estaria perdida para sempre. (fls. 5)

*Homossexuais – que baniram as práticas religiosas em todas as sociedades conhecidas pelo homem - cuja expectativa de vida é correspondente à metade da de um heterossexual; **que contraem e propagam doenças contagiosas que têm devastado noções inteiras**, que são sexualmente imaturos, moralmente irresponsáveis e emocionalmente instáveis; que são infiéis a seus parceiros; que cometem atos sexuais aberrantes com pelo menos 500 parceiros em uma vida curta; que buscam constantemente aventuras eróticas. Que insultam minorias legítimas falando em direitos civis; e **que disseminam ódio e violência em nome da 'tolerância' e 'diversidade'** (...)" (fls. 147)*

*[...] **É absolutamente certo que, quanto mais os homossexuais abrirem caminho nas escolas públicas, mais crianças serão molestadas e iniciadas no mundo do homossexualismo** (fls. 163)*

Os atos sexuais com os quais os homossexuais se envolvem deixam-nos suscetíveis a riscos de saúde inacreditáveis. (fls. 190)

Os homossexuais invadirão nossos locais de trabalho, nossas escolas, nossas igrejas e até mesmo nossos lares, e, em breve, não haverá mais lugar para vivermos (fls. 243)

*Por mais que nós achemos que **pedofilia**, incesto, poligamia e bestialidade são coisas terríveis, essas são apenas as perversões mais conhecidas que o movimento gay tem desencadeado (fls. 253)*

*Num artigo avaliando a nova tendência chamada **'a pedofilia chique'**, a Dra. Mary Eberstadt descreveu para leitores da revista *Weekly Standard* a relação próxima entre a comunidade homossexual e o crescimento da pedofilia. (fls. 255)*

⁷¹⁷ GÓMEZ, Fernando apud VIANA, Thiago G. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terra brasilis. p. 113.

⁷¹⁸ De acordo com informações da própria empresa, são mais de 1 milhão de representantes espalhadas por todo o Brasil.

*O Dr. Warren Throckmorton é um especialista no estudo e **tratamento da homossexualidade**. Ele é alguém que acredita que existem maneiras de se escapar dessa doença psicoemocional causadora de debilidade social. No filme que ele produziu (...), o Dr. Throckmorton nos dá um vislumbre da vida de cinco ex-homossexuais que encontraram seu caminho de volta para a saúde emocional e sexual. (fls. 257)*

Acompanhado de comentários profissionais e pessoais de um grupo de cientistas e pesquisadores de destaque, I Do Exist deixa claro que a mudança é possível e que os homossexuais que estão determinados a encontrar um caminho melhor podem realmente fugir desse estilo de vida e da sentença de morte que ele traz. (fls. 257)

*O estilo de vida gay, como essas histórias revelam, é um caso triste e tortuoso. Na melhor das hipóteses, os homossexuais estão lidando com a dor profunda, ansiedade e insegurança. Suas tentativas de encontrar amor e aceitação são, na maioria das vezes, ineficazes, e os horrores das doenças e a incapacidade que enfrentam como resultado direto de seus hábitos não naturais são tristes e terríveis.(...) **O estilo de vida gay é assassino**, e a condenação nas Escrituras é clara.” (fls. 261).⁷¹⁹*

Percebe-se pelos trechos destacados da obra em questão que o autor, além de afirmar que as pessoas LGBT possuem algum transtorno psicopatológico, atribui a estas pessoas o exercício de condutas criminosas como a propagação de doenças infectocontagiosas⁷²⁰ e pedofilia.⁷²¹

Em parecer sobre o caso supracitado, o Ministério Público Federal por meio da Procuradoria da República no Estado de São Paulo afirmou que as manifestações contidas no livro atingiram o âmbito de proteção dos direitos fundamentais à honra, à igualdade e à dignidade de um número indeterminado de pessoas LGBT, visto que as ofensas ali contidas não estavam voltadas a esta ou aquela pessoa, mas à coletividade.

O teor das argumentações contidas no livro em muito se assemelham àquelas esposadas nos livros escritos, editados e distribuídos por Siegfried Ellwanger, e que foi alvo de punição com fulcro no art. 20, caput, da Lei 7.716/89. No parecer do Ministério

⁷¹⁹ BRASIL, Ministério Público Federal. Ofício nº5021/2012/PFDC/MPF. Parecer.

⁷²⁰ “Perigo de contágio venéreo - Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 2º - Somente se procede mediante representação. Perigo de contágio de moléstia grave. Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. Perigo para a vida ou saúde de outrem. Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.” BRASIL, Planalto. Decreto-Lei. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal).

⁷²¹ Não existe no Código Penal brasileiro uma tipo penal de “pedofilia”, entretanto, é considerada criminosa a relação sexual ou ato libidinoso praticado por adulto com criança ou adolescente menor de 14 anos. “Estupro de vulnerável - Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.” BRASIL, Planalto. Decreto-Lei. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal).

Público Federal encontramos argumentação que tenta estabelecer pela amplitude da decisão do Caso Ellwanger que a homofobia é espécie de racismo. Alguns juristas respeitáveis, como José Emílio Medaur Omatti e Guilherme de Souza Nucci,⁷²² compartilham deste entendimento.⁷²³

Entretanto, ao lado do penalista Christiano Jorge dos Santos⁷²⁴ e do antropólogo Antônio Sérgio Alfredo Guimarães⁷²⁵ acreditamos que o termo racismo não pode ser interpretado de maneira tão ampla, especialmente em se tratando de Lei Penal. Por mais que concordemos com a criminalização do discurso de ódio homofóbico, e que acreditemos em sua semelhança para com o racismo, não vemos como benéfica tal estratégia que abre mão de princípios como os legalidade e da taxatividade.

Conforme esclarece o penalista Nilo Batista, o princípio da legalidade é base estrutural do próprio Estado de Direito, sendo assim, um sistema penal que aspire à segurança jurídica não pode estabelecer punição para uma prática que não foi criminalizada anteriormente. Tal qual a fórmula tradicional “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, não se pode empregar o uso de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas.⁷²⁶

O penalista Thiago Vianna sustenta a tese de que a ausência de criminalização da homofobia, face a sua semelhança com o racismo, representa uma *hierarquização de opressões*, fato é que se substituíssemos a palavra “homossexual” por “negro” em alguns

⁷²² “Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial.” NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. p.302.

⁷²³ “A Lei 7.716/89, que pretendia densificar a norma constitucional criminalizadora da prática de racismo, e o modo como é interpretada tornam, portanto, inaplicáveis ao racismo realmente existente no Brasil, que se manifesta sempre numa situação de desigualdade hierárquica marcante – uma diferença de status atribuído entre agressor e vítima – e isso serve tanto quando a vítima é um negro, um judeu, um nordestino, uma mulher, um homossexual ou qualquer outra categoria tida como minoria – e de informalidade das relações sociais, que transformam a injúria no principal instrumento de restabelecimento de uma hierarquia racial rompida pelo comportamento da vítima.” OMMATI, José Emílio Medaur. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. p.112.

⁷²⁴ SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de Preconceito e Discriminação. p. 49.

⁷²⁵ GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Racismo e Anti-Racismo. p.21.

⁷²⁶ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. p.63-72.

trechos do livro “A Estratégia” estaríamos diante de discursos que se adequam ao tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/89.⁷²⁷

Na análise de Luiz Carlos Gonçalves:

A situação de maior gravidade, de omissão inconstitucional no sentido de proteger penalmente vítimas de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, é a referente à orientação sexual. Embora a ocorrência de crimes de ódio relacionados à opção sexual [sic] no Brasil tenha crescido, a necessidade da legislação penal protetora ainda não foi reconhecida pelo legislador. Homossexuais, bissexuais, transexuais têm tolhido seu espaço de liberdade e escolha porque graves condutas de intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no artigo 5o, XLI, exige. Trata-se de omissão inconstitucional. O artigo 5o, inciso XLI, da Constituição, pende de completa regulamentação.⁷²⁸

Tal como já apontamos nesta dissertação, os Projetos de Lei que buscam criminalizar a homofobia no Brasil, têm sido, invariavelmente, barrados por um setor conservador, de orientação religiosa, que alega ter seu exercício da liberdade religiosa e de expressão cerceado caso norma que criminaliza a homofobia seja inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme recorda o penalista Thiago Viana, o exercício da liberdade de expressão e da liberdade religiosa que dela deriva, não são direitos absolutos no paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, ressalta o penalista a importância de convenções internacionais assinadas e ratificadas pelo Brasil, como a *Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções* que dispõe que a liberdade religiosa não pode ser usada para cercear direitos e liberdades fundamentais dos demais sujeitos:

Artigo 1º §1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino. §2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha. §3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.⁷²⁹

⁷²⁷ VIANA, Thiago G. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89. p.16.

⁷²⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. p.285.

⁷²⁹ VIANA, Thiago G. A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89. p.16.

Para o jurista Roger Raupp Rios é imperioso o aperfeiçoamento das respostas penais em face da discriminação homofóbica. A criminalização da homofobia apresenta-se como medida, que acaso adotada, *“efetivamente indicará golpe na discriminação contra expressões, manifestações, condutas, práticas e identidades marcadas e oprimidas pela imposição da heterossexualidade como norma social, política e cultural”*.⁷³⁰

⁷³⁰ RIOS, Roger Raupp Rios. Prefácio. In: MASIERO, Clara Moura. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. p.12.

CONCLUSÃO

A presente dissertação de mestrado pretendeu demonstrar que a homofobia é espécie de discurso de ódio e, portanto, prática ofensiva ao tratamento com igual respeito e consideração no Estado Democrático de Direito. Sendo assim, deve ser criminalizada tal qual o racismo, a partir da inclusão dos termos orientação sexual e identidade de gênero nos tipos penais já existentes na Lei 7.716/89 e no art. 140, § 3º do Código Penal Brasileiro.

Para tanto, buscamos responder aos principais questionamentos e às críticas que têm sido levantadas por diversos setores da sociedade e da doutrina jurídica nacional que se opõe à introdução de norma que criminalize os discursos de ódio homofóbico no ordenamento jurídico brasileiro. Tais setores, como vimos, se opõe a esse tipo de legislação sob a alegação de que tal norma resultaria em uma ortodoxia discursiva que cercearia opiniões contrárias às identidades LGBT.

Na primeira parte deste trabalho demonstramos como o discurso de ódio homofóbico deita suas raízes na emergência das teorias científicas dos séculos XIX e XX, e que são responsáveis por patologizar as pessoas cujas práticas sexuais ou modos de vida contrariavam a heteronormatividade.

Partindo da obra de Michel Foucault desvelamos as relações de saber-poder-prazer envolvidas na construção de tais identidades patologizadas através do dispositivo da sexualidade. Problematizamos os efeitos que essa construção discursiva acarreta até a contemporaneidade na percepção dos sujeitos que não adequam às normas heterossexistas.

Ao tratar especificamente da homofobia no Brasil, estreitamos a análise inicial, evidenciando a influência de tais construtos nos processos de hierarquização, subordinação e dominação das identidades não-hegemônicas. Analisamos as políticas públicas brasileiras voltadas ao enfrentamento da homofobia, evidenciando sua (in)efetividade em minorar as desigualdades sócio-políticas da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros.

Vimos que apesar de o Estado brasileiro contar com instrumentos como as Conferências e os Planos Nacionais de Direitos Humanos, pouco se avançou na implementação de Políticas Públicas voltadas à população LGBT.

No que diz respeito às críticas voltadas à regulação dos discursos de ódio, à luz da teoria de atos de fala de John L. Austin, analisamos a potencialidade lesiva de certos enunciados e a possibilidade de sua (des)construção performativa.

Percebemos que as inquietações trazidas ao debate por Judith Butler elevam a discussão a outro patamar, por reconhecer que os discursos de ódio são mais que meras opiniões. Esses discursos detêm em si uma historicidade condensada que se projeta desde o passado até o futuro, sendo a linguagem responsável pela constituição da identidade de sujeito.

Concluimos que as ofensas e as injúrias são mais do que meras palavras, como argumentam os setores críticos à introdução de normas reguladoras da circulação dos discursos de ódio. Tais discursos desencadeiam a pedagogia do insulto que permeia a construção de subjetividades subalternizadas, e que tornam possível a hierarquização dos sujeitos em sociedades normalizadoras como a nossa.

Essa historicidade dos insultos demonstrada por Judith Butler não retira dos sujeitos a responsabilidade pela escolha e uso de tais enunciados, posto que se assim o fosse, restaria prejudicada a autodeterminação dos indivíduos.

Na segunda parte da presente dissertação buscamos evidenciar as construções teóricas presentes nos debates sobre a regulação ou proteção dos discursos de ódio no direito comparado. Analisamos inicialmente a postura dos Estados Unidos da América e a proteção do discurso de ódio entendidos como legítimo e acobertado pela liberdade de expressão. Em contraposição, abordamos a perspectiva canadense de não preferência da liberdade de expressão em relação à dignidade e à igualdade.

Tal como afirmado por Michel Rosenfeld, o discurso de ódio não pode ser equiparado ao discurso político – como pensa Ronald Dworkin – porque são de arenas/espécies completamente diferentes. Acreditamos que o discurso de ódio não goza do status de expressão protegida pelo direito, pois sua mecânica de circulação importa na subalternização de indivíduos socialmente vulnerabilizados e marginalizados. Se o Estado Democrático de Direito, tal como pensado por Ronald Dworkin, significa empreender em parceria uma comunidade de pessoas livres e iguais em que todas são tratadas com igual consideração e respeito, não é possível acomodar nele um tipo de discurso que exclui e deteriora alteridades.

Ainda na segunda parte deste trabalho tratamos da criminalização dos discursos de ódio racista no intuito de demonstrar sua semelhança para com aqueles de ódio

homofóbico. Restou claro que ambos possuem o mesmo tipo funcionamento e circulação, visto que são voltados a estabelecer uma diferenciação dos sujeitos entre normais e anormais que tem como efeito uma hierarquização social e jurídica. Ainda no que tange a questão do racismo, analisamos brevemente a decisão do paradigmático Caso Ellwanger expondo a controvérsia presente nos votos de alguns Ministros quanto ao hipotético embate entre liberdade de expressão e igualdade.

Diante da análise exposta, lógico concluir que frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito não há que se falar em colisão entre os direitos a liberdade de expressão e a igualdade.

Por fim, percebemos que a demanda do movimento social LGBT pela introdução de norma penal incriminadora do discurso de ódio homofóbico no ordenamento jurídico brasileiro é legítima em face da proteção do bem jurídico da igualdade. A homofobia é conduta que ofende bem jurídico fundamental, qual seja a igualdade, e, portanto, é legítima sua tutela pelo Direito Penal.

Em resposta a certos setores da doutrina nacional que defendem a não utilização da via punitiva para lidarmos com a homofobia, consideramos ao lado de criminólogas feministas como Carmem Hein Campos e Soraia Mendes que o Direito Penal é instrumento o qual os setores vulnerabilizados, constantemente vítimas de violências e violações de direitos humanos, não podem dispensar.

Não ignoramos, por outro lado, que não cabe ao Direito Penal exclusividade no combate aos discursos de ódio homofóbicos. A homofobia, enquanto prática e discurso de hierarquização e subalternização, deve ser combatida por meio de políticas públicas de garantia, promoção, educação, proteção e restauração de direitos humanos. Também o movimento social LGBT reconhece a necessidade de tais políticas, o que é inegavelmente claro no exame das demandas por ele realizadas que trazem a criminalização como apenas uma, mesmo que não menos importante, de suas bandeiras.

Acreditamos, com Owen Fiss, que o Estado pode, ironicamente, ser um aliado no combate a violações. Nesse sentido, o Direito Penal é instrumento legítimo e necessário para coibir discursos que visem discriminar sujeitos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, discursos que violam o tratamento de todos com igual consideração e respeito.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMS V. UNITED STATES. **250 U.S. 616. (1919)** Disponível em: <
<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616> > Acesso em: 24 jun. 2014.

ALVES JUNIOR, Douglas Garcia. **Depois de Auschwitz: a questão do anti-semitismo em Theodor W. Adorno**. São Paulo: Annablume, 2003.

ARGENTINA. **Ley N° 23.592**. Disponível em <
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20465/texact.htm> >
Acesso em 22 jun. 2014.

ARINOS, Afonso. *Apud*. SILVA, Kátia Elenise Oliveira. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatria, 2013.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BEAUHARNAIS V. ILLINOIS. **343 U.S. 250 (1952)**. Disponível em: <
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/case.html> > Acesso em: 24 jun. 2014.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. PELUCIO, Larissa. **Despatologização do Gênero: A politização das identidades abjetas**. Disponível em <
<http://educa.fcc.org.br/pdf/ref/v20n02/v20n02a17.pdf> Acesso em 10 jan. 2014.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei da Câmara nº122 de 2006**. Disponível em: <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>
Acesso em: 05 Dez. 2013.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei da Câmara nº5003 de 2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842> >
Acesso em: 05 Dez. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de Comunicação em massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em< <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf> > Acesso em 10 nov. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. NETO, Caio Mário da Silva Pereira. **Prefácio da obra: FISS, Owen**. *A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOLIVIA. Ministério da Defesa. **Nueva Constitución Política del Estado**. Disponível em < http://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/nueva_cpe_abi.pdf > Acesso em 10 nov. 2013.

BORGES, Zulmira Newlands. MEYER, Dagmar Estermann. **Limites e possibilidades de uma ação educativa na redução da vulnerabilidade à violência homofóbica**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v16n58/a05v1658.pdf> > Acesso em 10 jun. 2013.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BORRILLO, Daniel. **A homofobia**. In: Homofobia e Educação. LIONÇO, Tatiana. DINIZ, Debora. (orgs.). Brasília: Editora UnB, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRANDENBURG V. OHIO. **395 U.S. 444 (1969)**. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444> > Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL POST. **Transfóbico: Travesti não é bagunça**. Disponível em < http://www.brasilpost.com.br/fernando-nunes/transfobico-travesti-nao-e-bagunca_b_5364622.html > Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Diários da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte > Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm > Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm > Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL, Planalto. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm > Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002: grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_78/artigos/Luiz_rev78.htm Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL, Planalto. **Decreto-Lei Nº 7.967 De 18 De Setembro De 1945.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967.htm Acesso em: 16 jun. 2014

BRASIL, Planalto. **Decreto-Lei. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Planalto. **Lei Nº 7.437, de 20 de Dezembro de 1985.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm > Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Planalto. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm > Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Planalto. **Lei Nº 8.081, de 21 de Setembro de 1990.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8081.htm > Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **2º Relatório Sobre Violência Homofóbica.** Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012> > Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Gays, Lésbicas Bissexuais, Travestis e Transexuais.** Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/sedh/homofobia/planolgbt.pdf> Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/index.html> Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Programa Brasil sem homofobia.** Disponível em: < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf Acesso em: 05 Dez. 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Decreto Nº 65.810, de 8 de Dezembro de 1969.** Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em 12 Set. 2014.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto que criminaliza homofobia vai tramitar em conjunto com novo Código Penal.** Disponível em <

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/17/projeto-que-criminaliza-homofobia-vai-tramitar-em-conjunto-com-novo-codigo-penal> > Acesso em 12 Set. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Petição inicial. Disponível em: http://www.abglf.org.br/docs/ADI_4275.pdf Acesso em 04 fev. 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052> > Acesso em 04 fev. 2013.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. Disponível em < <https://pt.scribd.com/doc/128176284/Winfried-Brugger-Proibicao-ou-Protecao-do-Discurso-do-Odio> > Acesso em 10 jun. 2013.

BRUGGER, Winfried. **The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I)**. Disponível em < http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol04No01/PDF_Vol_04_No_01_01-44_Public_Brugger.pdf > Acesso em 10 jun. 2013.

BUSATO, Paulo Cesar; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 p.87.

BUTLER, JUDITH. **Change the subject**. *Apud*. SALIH, Sara. Judith Butler e a teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2002.

BUTLER, Judith. **Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'**. In: LOURO, Guacira. O Corpo Educado: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BUTLER, Judith. **Lenguaje, poder e identidade**. Espanha: Editorial Síntesis. 2009.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008

CAETANO, Paulo Henrique. **A palavra-chave racismo e suas relações lexicais: uma análise crítica dos discursos sobre relações raciais brasileiras em corpus de jornal impresso**. Tese de doutorado. UFMG, 2007.

CAMERON, Deborah. *apud* SANTOS, Karla Cristina dos. **A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil**.

CAMPOS, Carmen Hein. **Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha**. In: CAMPOS, Carmen Hein. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

CANGUILHEM, Georges. **Michel Foucault: morte do homem ou esgotamento do cogito?** Goiânia: Edições Ricochete, 2012.

CAREAGA, Gloria. SABBADIN, Renato. In: ILGA, Homofobia de Estado 2013 Disponível em <

http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013_portuguese.pdf Acesso em 10 jun. 2014.

CARRARA, Sergio. **Política, direitos, violência e homossexualidade**. Pesquisa. 9ª Parada do Orgulho GLBT. Disponível em < <http://www.clam.org.br/pdf/relatorioglbtpdf>> Acesso em 10 fev. 2012.

CARTILHA. **Politicamente Correto & Direitos Humanos**. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_politicamente_correto.pdf> Acesso em 10 fev. 2014.

CARVALHO, Salo. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer**. Revista do IBCCRIM, São Paulo, n. 99, p.187-211, 2012.

CARVALHO, Salo. **Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: quer(ing) criminology**. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 238 p. 2-3, Set. 2012.

CASTRO, Francisco J Viveiros de. **Atentados ao Pudor (Estudos sobre as Aberrações do Instinto Sexual)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943.

CINTRA, Reinaldo Silva. **O discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem**. Disponível em < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21257/21257.PDF> > Acesso em 05 ago. 2013.

CODE, Criminal. **RSC 1985**. Disponível em < https://zoupio.lexum.com/calegis/rsc-1985-c-c-46-en#!fragment/Hate_Propaganda_837739 > Acesso em 05 ago. 2014.

COELHO, Maria Zara Simões Pinto. **Drogas em campanha de prevenção: do discurso à ideologia**. Tese de doutorado. Portugal, 2002.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. **Parecer do relator: Projeto de Lei 5003/2001**. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/297961.pdf> > Acesso em: 20 fev. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Do Homem**. Disponível em< http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf Acesso em 20 de fev. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Livro Branco Sobre o Diálogo Intercultural**. Disponível em< http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_PortugueseVersion2.pdf > Acesso em 20 de fev. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação CM/REC (2010)5 do Comitê de Ministros Aos Estados Membros sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero**. Disponível em < <http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/EM-PORTUGAL.pdf>> Acesso em 20 de fev. 2014.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COUTO, Sérgio Pereira. **Ku Klux Klan: passado e presente do terror**. Disponível em < <http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/18/artigo130442-2.asp> > Acesso em: 20 fev. 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Código Penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

DERRIDA, Jacques. **Margens da filosofia**. Campinas: Papyrus, 1991.

DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

DSM-IV, **tabela 21.3-1** In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275. Petição inicial. Disponível em: http://www.abglt.org.br/docs/ADI_4275.pdf Acesso em 04 fev. 2013.

DUQUE, Tiago. **Sexualidade, gênero e abjeção: Uma reflexão sobre direitos humanos e LGBTs no Brasil**. Disponível em <<http://www.humanas.ufpr.br/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT1/EixoIII/sexualidade-generoTiagoDuque.pdf> > Acesso em 04 fev. 2013.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ERIBON, Didier. **Identidade – reflexiones sobre la cuestion gay**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/127583732/Didier-Eribon-Identicidades-Reflexiones-sobre-la-cuestion-gay> > Acesso em 04 fev. 2013.

FELDENS, Luciano. **A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. (org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FELDENS, Luciano. **Aproximações teóricas sobre o garantismo jurídico**. Disponível em <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf> > Acesso em 04 fev. 2013.

FELDENS, Luciano. **Tutela de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOLHA. **A lei da mordaza**. Disponível em <
<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0412201008.htm> > Acesso em: 03 de mai. 2013.

FOLHA. **Juiz afirma que "macaco" não é injúria**. Disponível em
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/treinamento/menosiguais/xx1310200106.htm> >
Acesso em 03 de mai. 2013.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo, ed. Max. Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. apud DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

FOUCAULT, Michel. **É inútil revoltar-se?** IN: FOUCAULT, Michel. MOTTA, Manoel Barros da. **Ética, sexualidade, política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France, (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: Volume 2: O Uso dos Prazeres**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007b.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: Volume I: A vontade de saber**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007a.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. [Organização e tradução de Robert Machado]. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. MOTTA, Manoel Barros da. **Ética, sexualidade, política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FOUCAULT, Michel. **O poder psiquiátrico**: curso dado no Collège de France, 1973-1974. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**: curso no Collège de France (1977-1978) São Paulo: Martins Fontes, 2009a. 573p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009b. 291p.

FOUCAULT, Michel.; MOTTA, Manoel Barros da. **Estratégia, Poder-Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FRA. European Union Agency for Fundamental Rights. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States**. http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Diversidade Sexual e Homofobia: Intolerância e respeito às diferenças sexuais**. Disponível em <

GREEN, James N. **Além do Carnaval: Homossexualidade Masculina no Brasil do Século XX**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

GREEN, James N. POLITO, Ronald. **Frescos Trópicos: Fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980)**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

GREEN, James N. TRINDADE, Reinaldo. **Homossexualismo em São Paulo e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório 2012: Assassinatos de homossexuais (LGBT) no Brasil**. Disponível em < <http://homofobiamata.files.wordpress.com/2014/03/relatc3b3rio-homicidios-2013.pdf> > Acesso em 01 jun. 2014.

GUIMARÃES, Antônio Sergio Alfredo. **Combatendo o racismo: Brasil, África do Sul e Estados Unidos**. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rbcso/v14n39/1724.pdf> > Acesso em 01 jun. 2014.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Preconceito e Discriminação**. São Paulo: Editora 34, 2004.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e Anti-Racismo**. São Paulo: Editora 34, 2012.

HC 82424. **HABEAS CORPUS (Caso Ellwanger.)** Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452> > Acesso em 01 jun. 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos**. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ILGA. **Homofobia do Estado** – Maio de 2011. Disponível em < [http://www.ilga.org/statehomophobia/Homofobia do Estado_ILGA_2010.pdf](http://www.ilga.org/statehomophobia/Homofobia_do_Estado_ILGA_2010.pdf) > Acesso em 01 de Dez. 2011.

ILGA. **Homofobia do Estado – Maio de 2013**. Disponível em < http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013_portuguese.pdf > Acesso em 01 jun 2014.

JACOBS, James B. **Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics**. Oxford University Press. eBook Kindle. 1998.

JUNQUEIRA, Rogério. **Homofobia nas escolas: um problema de todos**. In: JUNQUEIRA, Rogério. (Org.) *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

JUNQUEIRA, Rogério. **Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Disponível em < <http://www.fafich.ufmg.br/educacaoemhomofobia/TextosSite/Homofobialimitesepossibilidadesdeumconceitoemmeioadisputas.pdf> > Acesso em 01 jun 2014.

LAFER, Celso. **O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática de racismo**. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4> > Acesso em 01 jun 2014.

LAWS OF JAMAICA. **The Offences Against the Person Act**. Disponível em: < http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/Offences%20Against%20the%20Person%20Act_0.pdf > Acesso em 10 nov. 2013.

LEVIN, Abigail. **The cost of free speech: pornography, hate speech, and their challenge to liberalism**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito ao Reconhecimento para gays e lésbicas**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 2-numero 2, p65-95, 2005.

LOPES, Silvia Regina Pontes. **Crimes de ódio e repressão penal da homofobia no Brasil: Riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflituosidade, violência e democracia**. Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_461.pdf > Acesso em 01 jun 2013.

LOURO, Guacira. **Gênero, sexualidade e educação**. Disponível em < <http://educacaoemhomofobia.files.wordpress.com/2009/03/nuh-educacao-genero-sexualidade-e-educacao-guacira-lopes-louro.pdf> > Acesso em 01 jun 2013.

LOURO, Guacira. **Heteronormatividade e homofobia**. In: JUNQUEIRA, Rogério. (Org.) *Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

LOURO, Guacira. **Pedagogias da sexualidade**. In: LOURO, Guacira. (Org.) *O Corpo Educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

MACHADO, Jonátas E. M. **Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Roberto. **Danação da norma** : medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MASIERO, Clara moura. **Criminalização da homofobia: estratégia normativa para uma legítima intervenção penal e crítica ao PLC 122/2006**. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ffa62ed6b346a531> > Acesso em: 22 jul. 2013.

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento Jurídico dos direitos sexuais - Uma análise comparativa com os Direitos Reprodutivos**. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 5-numero 8,p 60-83, 2008.

MELLO, Luiz. BRITO, Walderes. MAROJA, Daniela. **Políticas Públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332012000200014&script=sci_arttext > Acesso em: 13 de maio 2014.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. Saraiva, 2014.

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

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. 2a ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

MINAS GERAIS, **Tribunal de Justiça de. Apelação Criminal : 1.0686.01.030756-5/001. Relator Desembargador Herculano Rodrigues**. Minas Gerais, Belos Horizonte. 2005.

MIRANDA, Maressa. **Discursos discriminatórios como expressão de violência**. Revista Teoria e Sociedade. No prelo. 2014.

MYERS, D. G. **Preconceito: o ódio ao próximo**. In: Psicologia social. Rio de Janeiro: LTC, 2000. p. 181-206.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. (org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NEW YORK TIME V. SULLIVAN. **376 U.S. 254 (1964)**. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html> > Acesso em 05 Ago . 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

O GLOBO. **Após morte de gay, Chile aprova projeto de lei antidiscriminação**. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/mundo/apos-morte-de-gay-chile-aprova-projeto-de-lei-antidiscriminacao-4497841> > Acesso em 05 dez. 2013.

O GLOBO. **'NY Times' elege Rio como melhor destino para visitar em 2013**. Disponível em < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/01/ny-times-elege-rio-como-melhor-destino-para-se-visitar-em-2013.html> > Acesso em 05 dez. 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, Alcidesio de. **Penas especiais para homens especiais: as teorias biodeterministas na criminologia brasileira na década de 1940.** Disponível em < <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/3998> > Acesso em 05 dez 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica teor ético-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2. RS.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e Crise Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e discurso de ódio na constituição de 1998.** 2ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

PETINELLI, Viviane. **As conferências Públicas nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do governo federal.** Disponível em: <http://www.consococial.cgu.gov.br/uploads/biblioteca_arquivos/152/arquivo_e538331f5a.pdf> Acesso em: 2 jan. 2013.

PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2008.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** tese de doutorado. Disponível em < http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0821498_2013_pretextual.pdf > Acesso em 05 mai. 2014.

PLC 122. **Histórico do PLC 122/2006.** Disponível em: < <http://www.plc122.com.br/historico-pl122/#axzz3GctwFuVy> > Acesso em 20 ago. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy. SANTOS, Fabiano. **Entre representação e participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro.** Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ): Projeto Pensando o Direito da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2010.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. JUNQUEIRA, Rogério Diniz. In: FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Diversidade Sexual e Homofobia: Intolerância e respeito às diferenças sexuais.** Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=1768> > Acesso em 10 fev. 2014.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. MACHADO, Frederico Viana. **Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade.** 2.ed. São Paulo: Cortez, 2002.

PRADO, Marco Aurélio Máximo. **Prefácio**. In: BORRILLO, Daniel. Homofobia: História e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

PRETES, Érika. **O papel das Conferências de Direitos Humanos e das Políticas Públicas no combate à homofobia no Estado brasileiro**. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord.). Direito Público. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2013.

PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. **A história da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/doc/34236350/Historia-da-criminalizacao-da-homossexualidade-no-Brasil-da-sodomia-ao-homossexualismo> > Acesso em: 10 fev. 2014.

PRETES, Érika. VIANNA, Túlio. **Do pastorado ao governo (bio)político dos homens: notas sobre uma genealogia da governamentalidade**. Revista EPOS; Rio de Janeiro – RJ, Vol.5, nº 1, jan-jun de 2014; ISSN 2178-700X; pág. 131-156.

R. A. V. V. ST. PAUL. **505 U.S. 377 (1992)**. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html> > Acesso em 24 jun. 2014.

REGINA V KEEGSTRA. **3 S.C.R. 697. (1990)**. Disponível em < <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/695/index.do?r=AAAAAQAPa2VIZ3N0cmEgcmVnaW5hAAAAAAE> > Acesso em 20 Ago. 2014.

REVISTA FÓRUM. **Após bullying homofóbico, garoto de 11 anos tenta se matar e comove os EUA**. Disponível em < <http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/02/apos-bullying-homofobico-garoto-de-11-anos-tenta-se-matar-e-comove-os-eua/> > Acesso em 10 fev. 2014.

REVISTA FÓRUM. **Elas são mais corajosas**. Disponível em < <http://www.revistaforum.com.br/blog/2012/02/elas-sao-mais-corajosas/> > Acesso em 10 fev. 2013.

RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.

RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva. **O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: Restrições à liberdade de expressão?** Disponível em < <http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/RaisiaDuarteSilvaRibeiro.pdf> > Acesso em 10 jan. 2014.

RIOS, Roger Raupp (org) **Em defesa dos Direitos Sexuais**. Porto Alegre, Livraria do advogado Editora, 2007. 195p.

RIOS, Roger Raupp . **Para um direito Democrático da Sexualidade**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul./dez. 2006

RIOS, Roger Raupp .**Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre, Livraria do advogado Editora, 2008. 295p.

RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. In: GOLIN, Célio & WEILER, Luís (org.). **Homossexualidades, cultura e política**. Porto Alegre, Sulina, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **Panorama do direito antidiscriminatório brasileiro e notas sobre o substitutivo ao projeto de lei 122**. Disponível em: < http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/NOTAS_PLC%20122_versao_2013.pdf > Acesso em: 02 de abr. 2014.

RIOS, Roger. Raupp. **Homofobia na Perspectiva dos Direitos Humanos e no Contexto dos Estudos sobre Preconceito e Discriminação**. In: JUNQUEIRA, Rogério. (Org.) **Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

RIOS, Roger. Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Julian. Direitos humanos e diversidade sexual: uma agenda em construção. In: FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Diversidade Sexual e Homofobia: Intolerância e respeito às diferenças sexuais**. Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=1768> > Acesso em 10 fev. 2014.

ROSENFELD, Michel. **El discurso del odio en la jurisprudência constitucional: análisis comparativo**. Pensamiento Constitucional. Año XI. Nº11.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

RUBIN, Gayle. **Pensando sobre sexo: notas para uma teoria radical da política da sexualidade**. Cadernos Pagu, Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, n. 21, p. 1-88, 2003.

SAFATLE, Vladimir. Aulas do curso: **Erotismo, sexualidade e gênero**. USP, 2014. Disponível em < http://filosofia.fflch.usp.br/safatle_docs > Acesso em 5 out. 2014.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Karla Cristina dos. **A problemática da constituição da ofensa no ato de insultar: a injúria como prática linguística discriminatória no Brasil**. Tese de Doutorado. Campinas, 2012.

SANTOS, Karla Cristina dos. **Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem**. Disponível em < <http://www.iel.unicamp.br/revista/index.php/seta/article/view/603> >. Acesso em 05 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constituicao-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibicao> > Acesso em 02 mar. 2014.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Disponível em < <https://pt.scribd.com/doc/135404524/A-Liberade-Expressao-e-o-Problema-Do-Hate-Speech> > Acesso em 02 mar. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado**. Revista diálogo Jurídico. N°16. Maio-Agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Traduzido por Beatriz Hennig. et al. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005. Disponível em < http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf > acesso em 02 mar. 2014.

SEVCENKO, N. (org.) **História da vida privada no Brasil. República: da Belle Époque à Era do Rádio** V. 3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVA JUNIOR, Hédio. **Direito de Igualdade Racial – Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Um Silêncio incomodo: Crítica à incriminação do discurso de ódio**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Direito, v. 52, p. 163-194, jan./jun. 2008.

SILVA, Rosane Leal da. NICHEL, Andressa. MARTINS, Anna Clara Lehmann. BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_arttext > Acesso em 10 fev. 2014.

SILVA, Tomaz Tadeu. **A produção social da identidade e da diferença**. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org.). Identidade e diferença: A perspectiva dos Estudos Culturais. 14. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SMIGAY, Karin Ellen Von. **Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política**. Disponível em: < http://www.pucminas.br/imagadb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20041214154032.pdf > Acesso em 10 jun. 2014.

SMIGAY, Karin. **Sexismo, homofobia e outras expressões correlatas de violência: desafios para a psicologia política**. Psicologia em Revista, v.8, n.11 , p.32-46, jun. 2002. Disponível

em http://www.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20041214154032.pdf> Acesso em 10 fev. 2014.

SOUZA FILHO, Alípio de. **Teorias sobre a Gênese da Homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude.** In: JUNQUEIRA, Rogério. (Org.) Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. **Apresentação: a filosofia da linguagem de J.L.Austin.** In: AUSTIN, John L. Quando dizer é fazer: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história.** Rio de Janeiro: Record, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **O Juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia>> Acesso em 10 jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech.** eBook Kindle. 1995.

SUPLICY, Marta. **Relatório do Relator: PLC nº 122/2006.** Disponível em < http://www.senado.gov.br/Atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604> Acesso em: 05 jun.2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La Democracia en America.** Disponível em: < <https://pt.scribd.com/doc/203212211/Tocqueville-La-Democracia-en-America> > Acesso em 10 jun. 2014.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 7. ed.** Rio de Janeiro: Record, 2007.

U.S. CONSTITUTION. **First Amendment.** Legal Information Institute. Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment > Acesso em 02 nov. 2013.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Proibição de Discriminação e relações entre particulares.** In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. (org.). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

UGANDA, Parliament of the Republic of. **Parliament outlaws homosexuality.** Disponível em < <http://www.parliament.go.ug/new/index.php/about-parliament/parliamentary-news/326-parliament-outlaws-homosexuality> Acesso em 02 nov. 2014.

UNESCO, Office Brasília. **O Perfil dos professores brasileiros: o que fazem, o que pensam, o que almejam.** Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/ulis/cgi->

bin/ulis.pl?catno=134925&set=4A53A03C_0_397&gp=1&mode=e&lin=1&ll=1 > Acesso em 03 mar. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da Europa**. Disponível em < http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf > Acesso em 03 mar. 2014.

UOL. **Após 12 anos "na gaveta", Maceió regulamenta lei que pune homofobia**. Disponível em < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2009/10/15/ult5772u5683.jhtm> > Acesso em 03 mar. 2014.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2002.

VENTURA, Miriam. SCHRAMM, Fermin Roland. **Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100005> Acesso em 10 mar. 2012.

VENTURI, Gustavo. **Da construção dos dados à cultura da intolerância às diferenças**. In: FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Diversidade Sexual e Homofobia: Intolerância e respeito às diferenças sexuais**. Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/index.php?storytopic=1768> > Acesso em 10 fev. 2014.

VIANA, Thiago G. **A criminalização do discurso de ódio: uma leitura constitucional do art. 20 da Lei nº 7.716/89**. In: CRUZ, André Gonzalez; DUARTE JR., Hildelis Silva; Thiago Allisson Cardoso de (Orgs.). **Estudos atuais de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014, p. 235-254.

VIANA, Thiago G. **O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da terrae brasilis**. Anais do Congresso Internacional de Estudos Sobre a Diversidade Sexual e de Gênero da ABEH. V.1, n.1. Salvador: UFBA, 2012. Disponível em < https://www.academia.edu/2647669/O_racismo_homofobico_e_o_PLC_no_122_2006_um_olhar_para_alem_da_terrae_brasilis > Acesso em 10 fev. 2014.

VIANNA, Adriana. LACERDA, Paula. **Direitos e políticas sexuais no Brasil: O PANORAMA ATUAL**. Disponível em < <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=81&sid=5> > Acesso em 10 fev. 2012.

VIANNA, Cynthia Semíramis. **A marcha pela liberdade das mulheres**. Disponível em <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2012/02/a-marcha-pela-liberdade-das-mulheres/>> Acesso em 12 out. 2014.

VIANNA, Túlio. **Crítica da Razão Comunicativa: o direito entre o consenso e o conflito**. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/doc/65987672/Critica-da-razao-comunicativa> > Acesso em 20 jun. 2014.

VIANNA, Túlio. SEMÍRAMIS, Cynthia. **Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos**. In: CORREA JUNIOR, Rubens (Org.). Criminologia do Cotidiano: Críticas às Questões Humanas Através das Charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio. **Transparência Pública, Opacidade Privada**. Rio de Janeiro Revan, 2007.

VIANNA, Túlio. **Um outro direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VILLAGE OF SKOKIE V. NAT'L SOCIALIST PARTY OF AMERICA. **373 N.E.2d 21 (1978)**. Disponível em < <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1978/49769-6.html> > Acesso em 24 ago. 2014.

VIRGINIA V. BLACK. **538 U.S. 343 (2003)**. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/> > Acesso em 24 ago. 2014.

WEEKS, Jeffrey. **O corpo e a sexualidade**. In: LOURO, Guacira. O Corpo Educado: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

WEINSTEIN, James. **Hate speech: pornography, and the radical attack on free speech**. Disponível em < <https://pt.scribd.com/doc/235493208/James-Weinstein-Hate-Speech-Pornography-And-Radical-Attacks-on-Free-Speech-Doctrine-1999> Acesso em: 03 fev., 2012.

WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia**. Revista de Estudos Feministas, Ano 9, v. 9, n. 2, p. 460-481, 2001. Disponível em < <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/381/38109208.pdf> > Acesso em 03 fev., 2012.

YATES V. UNITED STATES. **354 U.S. 298 (1957)**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/354/298/case.html> > Acesso em 24 ago. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro: volume 1 : teoria geral do direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 768 p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina**. Buenos Aires: DePalma, 1984.