THIAGO DIAS OLIVA

**O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de
expressão no Brasil**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Paulo Borba Casella

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

THIAGO DIAS OLIVA

O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Direitos Humanos”, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Paulo Borba Casella

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2014

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Paulo Borba Casella, pelo apoio no desenvolvimento do projeto de pesquisa que culminou com a presente Dissertação de Mestrado e aos Professores André de Carvalho Ramos e José Reinaldo de Lima Lopes pelas valiosas sugestões apresentadas no Exame de Qualificação.

Agradeço também aos amigos “revisores” Bernardo Mendonça, Caio Vaez e Tasso Cipriano pelas correções e comentários que em muito contribuíram na redação da presente Dissertação, e às amigas Bruna Silveira, Carolina Reinach, Lia Yonekura, Mariana Miranda, Nathalie Fragoso, Paola Hiroki e Renata Laurino com quem tanto conversei sobre o tópico da pesquisa desenvolvida nesses anos de pós-graduação.

Agradeço ainda o apoio dos familiares Monica Dias, Luiz Carlos de Oliveira, Felipe Dias Oliva, Renata Dias Oliva e Mariana Ferraz pelo interesse na pesquisa desenvolvida e pelas constantes palavras de estímulo e a Luiz Fernando da Costa pela paciência nos momentos decisivos e inspiração nas horas difíceis.

Finalmente, agradeço ao apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pelos dois anos de dedicação exclusiva à pesquisa que resultou na presente Dissertação de Mestrado.

"I know it is not realistic to expect all our contemporaries to change overnight the way they express themselves. But I think it is important for each of us to become aware that our words are not innocent and without consequence: they may help to perpetuate prejudices which history has shown to be perverse and deadly.

For it is often the way we look at people that imprisons them within their narrowest allegiances. And it is also the way we look at them that may set them free".

Amin Maalouf

RESUMO

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites à liberdade de expressão no Brasil**. 2012. 199 f. Mestrado (Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A violência de que são vítimas as minorias, sejam elas étnicas, religiosas, nacionais ou sexuais, toma diversas formas, cumprindo ao direito identificá-las e coibi-las, para que o direito à não-discriminação, prerrogativa básica no âmbito do Estado democrático contemporâneo, não seja apenas uma garantia formal. Dentre os diferentes contornos que a violência pode assumir, destaca-se o discurso de ódio, forma de agressão às minorias que passa, muitas vezes, despercebida, pois não envolve um ataque evidente à integridade física da vítima. Ainda que não seja evidente, o discurso de ódio é extremamente nocivo, eis que dispõe de mecanismos aptos à difusão de uma cultura de exclusão e marginalização social das minorias, contribuindo para a perpetuação de desigualdades e a violação de direitos. Dentre as minorias que mais sofrem atualmente em virtude do discurso de ódio, destacam-se as minorias sexuais, submetidas a essa forma de violência em todo o mundo, em menor ou em maior grau. Políticos e, sobretudo, líderes religiosos, têm se manifestado veementemente no sentido de que os direitos LGBT não devem ser reconhecidos e respeitados. Tais discursos utilizam-se, com frequência, de argumentos de impacto na psicologia individual e coletiva dos interlocutores de modo a segregar socialmente os indivíduos LGBT. Assim, exercem forte influência na opinião dos brasileiros, o que coloca mais obstáculos à luta das minorias sexuais pela afirmação de seus direitos no país. É neste contexto que se insere o presente estudo, o qual trata dos limites à liberdade de expressão, no Brasil, tendo em vista o discurso de ódio contra as minorias sexuais. Para tratar do assunto, são analisadas as soluções adotadas em outras democracias ocidentais e os últimos desenvolvidos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na matéria.

Palavras-Chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Discurso de Ódio, Homofobia, Minorias Sexuais, Liberdade de Expressão.

ABSTRACT

OLIVA, Thiago Dias. **Hate speech against sexual minorities and the limits of free speech in Brazil**. 2012. 199 p. Master's Degree (Human Rights) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2014.

Violence towards ethnic, religious, national or sexual minorities takes on diverse forms and it is the role of law to identify and suppress them. Such a role enables the actual enforcement of antidiscrimination rights, which are understood as a contemporary prerogative within democratic states. Among the various forms violence can assume, hate speech stands out: a way of assaulting minorities that remains unnoticed, for it does not include physical aggression towards the victim. Although not obvious, hate speech is extremely dangerous on account of its propensity to disseminate exclusion and the social marginalization of minorities, which enables the perpetuation of inequalities and the violation of rights. Among vulnerable groups which are harassed by hate speech, the sexual minorities stand out, for they have been, in a greater or lesser degree, victims of this type of violence in the whole world. Politicians and, especially, religious leaders, have been completely against the full acknowledgment and observance of LGBT rights. Their statements include, very often, aspects that might have an impact on the individual and the collective psychology of the listeners, which contributes to the social exclusion of LGBT people. Hence these statements have strong influence on the opinion of Brazilian people, which creates further obstacles within the struggle by sexual minorities towards the assertion of LGBT rights in Brazil. The following work is within this context: it is concerned with the limits on the freedom of expression, in Brazil, in contrast with hate speech against sexual minorities and the current perspective of International Law of Human Rights regarding the matter.

Keywords: International Law of Human Rights, Hate Speech, Homophobia, Sexual Minorities, Freedom of Speech.

ZUSAMMENFASSUNG

OLIVA, Thiago Dias. **Die Hassrede gegen sexuelle Minderheiten und die Grenzen der Redefreiheit in Brasilien**. 2012. 199 S. Master (Menschenrechte) – Juristische Fakultät der Universität São Paulo, São Paulo, 2014.

Die Gewalt gegen ethnische, religiöse, nationale oder sexuelle Minderheiten nimmt vielfältige Formen und es ist die Rolle des Rechts, sie zu identifizieren und zu unterdrücken. Eine solche Rolle ermöglicht die tatsächliche Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts, das als ein zeitgenössisches Vorrecht in demokratischen Staaten verstanden wird. Unter den verschiedenen Formen der Gewalt ragt die Hassrede hervor: eine Weise des tätlichen Angriffs auf Minderheiten, die unbemerkt bleibt, denn sie enthält keine körperliche Verletzung gegenüber dem Opfer. Obwohl die Hassrede nicht offensichtlich bedrohlich ist, verbreitet sie den Ausschluss von Minderheiten, was das Fortbestehen von Ungleichheiten ermöglicht und zur Verletzung der Rechte dieser Minderheiten führt. Bei gefährdeten Gruppen, die von Hassreden belästigt werden, ragen die sexuellen Minderheiten hervor, denn sie werden Opfer dieser Art von Gewalt in der ganzen Welt. Viele Politiker und vor allem religiöse Führer sind vollständig gegen die volle Anerkennung der Rechte der sexuellen Minderheiten. Oft üben ihre Aussagen Einfluss auf die Zuhörer aus, was zur sozialen Ausgrenzung dieser Minderheiten weiter beiträgt. Aufgrund ihres starken Einflusses auf die Stellungnahme der Brasilianer stellen diese Aussagen weitere Hindernisse im Kampf der sexuellen Minderheiten für die Geltendmachung der LGBT Rechte in Brasilien dar. In diesem Zusammenhang beschäftigt sich die vorliegende Dissertation mit den Grenzen der Freiheit der Meinungsäußerung in Brasilien im Gegensatz zu Hassreden gegen sexuelle Minderheiten in Anbetracht des Völkerrechts.

Stichwörter: Menschenrechte, Hassrede, Homophobie, Sexuelle Minderheiten, Redefreiheit.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	11
INTRODUÇÃO	13
1. HOMOFOBIA E DISCURSO DE ÓDIO	24
1.1. As diversas acepções do termo ‘homofobia’	24
1.2. Formas de exteriorização da homofobia	31
<i>1.2.1. Crimes motivados pelo ódio</i>	32
<i>1.2.2. Discurso de ódio</i>	36
<i>1.2.3. Lógica do discurso de ódio e seus efeitos</i>	43
<i>1.2.4. Diferença em relação à incitação à violência e ao crime</i>	52
<i>1.2.5. Discurso homofóbico não-odioso</i>	54
2. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO	57
2.1. Direito à Não-Discriminação	57
<i>2.1.1. Princípio da igualdade e discriminação</i>	58
2.2. Liberdade de expressão como direito fundamental	67
2.3. Discurso de ódio: Liberdade de expressão, direito à não-discriminação e intervenção estatal	70
<i>2.3.1. Os argumentos favoráveis à regulação mínima da liberdade de expressão e o seu contraponto</i>	72
<i>2.3.2. Parâmetros para a intervenção estatal na liberdade de expressão: diversidade e espaço público</i>	78
3. ANÁLISE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO: LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	85
3.1. Os Limites da Liberdade de Expressão nos EUA	85
<i>3.1.1. A jurisprudência da Suprema Corte em matéria de liberdade de expressão</i>	86
3.2. Os Limites da Liberdade de Expressão na Europa	96
<i>3.2.1. Discurso de ódio e liberdade de expressão na União Europeia</i>	96
<i>3.2.2. Discurso de ódio e liberdade de expressão no Conselho da Europa</i>	101
<i>3.2.3. A Convenção Europeia e a jurisprudência da CEDH</i>	105
3.3. Os Limites da Liberdade de Expressão no Sistema Interamericano	122
<i>3.3.1. Breve introdução sobre o Sistema Interamericano</i>	123
<i>3.3.2. Diretrizes para a imposição de restrições à liberdade de expressão</i>	124
<i>3.3.3. Caso Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile</i>	134
<i>3.3.4. A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância</i>	139

3.3.5. <i>Conclusão: o combate ao discurso de ódio homofóbico perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos</i>	142
4. O TRATAMENTO DO DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL	145
4.1. Os limites da liberdade de expressão no Brasil e o discurso de ódio racial	145
4.1.1. <i>O caso Ellwanger</i>	148
4.2. O combate ao discurso de ódio homofóbico do Brasil	161
4.2.1. <i>A Lei Estadual nº 10.948, de 05 de novembro 2001</i>	162
4.2.2. <i>O tratamento jurídico do discurso de ódio homofóbico no Brasil: caso Marco Feliciano</i>	164
4.2.3. <i>Propostas de regulação da homofobia externalizada</i>	165
4.2.4. <i>A criminalização do discurso de ódio</i>	170
4.2.5. <i>Além da criminalização: formas alternativas de combate à discriminação homofóbica</i>	174
CONCLUSÃO	180
BIBLIOGRAFIA	187

LISTA DE ABREVIATURAS

ABGLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CmIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
Convenção A-68	Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância
Convenção A-69	Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância
Convenção Americana	Convenção Americana de Direitos Humanos
Convenção Europeia	Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
Estatuto da Igualdade Racial	Lei 12.288, de 20 de julho de 2010
EUA	Estados Unidos da América
FRA	Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (sigla em inglês)
Lei 7.716/89	Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989
Lei Estadual 10.948	Lei Estadual Nº 10.948, de 05 de novembro de 2001
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas

PLC 122/2006	Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006
PLS 236/2012	Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 – a reforma do Código Penal brasileiro
PGR	Procuradoria-Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TUE	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

A homofobia, ou a rejeição de homossexuais, pode ser definida, similarmente ao racismo ou o antissemitismo, como forma de “designar o outro como contrário, inferior ou anormal”¹. Ela tem raízes profundas na história ocidental², remetendo à difusão da tradição judaico-cristã e o seu fortalecimento na Europa a partir dos séculos XII e XIII³ – momento em que a Igreja passou a perseguir ativamente os “praticantes de sodomia”.

A partir do século XII a Igreja mostrou-se absolutamente intolerante com as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo: o Concílio de Nablus, realizado em Jerusalém em 1120, determinou que homens adultos reincidentes nas “práticas homossexuais” fossem

* A pesquisa que culminou com a presente Dissertação de Mestrado contou com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

¹ BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 13.

² Antes das mudanças sociais observadas em meio à crise da civilização helênica e, posteriormente, do império romano, a tradição ocidental aceitava, com uma série de condições, relações amorosas entre indivíduos do mesmo sexo. Os gregos e os romanos não reconheciam a dicotomia “heterossexual/homossexual”, avaliando os indivíduos com base na divisão “atividade/passividade” – sendo a primeira associada com o sexo masculino e, a segunda, com feminino – para definir seu papel social, inclusive nas relações sexuais. Assim, apesar de sexistas, as civilizações romana e – principalmente – grega não eram propriamente heterossexistas. Sobre a Grécia Antiga, a relação entre dois indivíduos do sexo masculino – um rapaz e um homem adulto e livre – conformava uma instituição complexa, normatizada socialmente e discutida com frequência na literatura da época. O desejo de um homem por outro não era repreensível, conquanto respeitasse certas normas sociais, como a diferença de idades e de status social. O que se repreendia era o excesso e a submissão, características associadas, pelos gregos, à mulher. Cf. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. São Paulo: Edições Graal, 2010. p. 26-27, 57-61, 104-106, 237-287; Cf. BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 45-48.

³ A perseguição perpetrada contra indivíduos que praticavam a “sodomia” não foi uma consequência direta da adoção do cristianismo como religião de Estado. Depois da queda do Império Romano, perseguições a minorias só voltaram a ocorrer no final da Idade Média, momento em que o poder político passou a se concentrar na Igreja e na figura do monarca. A intolerância face ao ato sexual entre pessoas do mesmo sexo surgiu no contexto do asceticismo que predominou em meio à crise da civilização helênica e do Império Romano, portanto antes mesmo de o Cristianismo tornar-se a religião oficial desse último. Na época, a instabilidade criada pelos confrontos com os povos germânicos e o fim da prosperidade reinante em outros períodos históricos era vista como consequência de uma acentuada degradação moral, o que intensificou a busca individual pela pureza da alma e a renúncia aos prazeres, sobretudo sexuais. Assim, todos os atos sexuais sem fins de concepção passaram a ser condenados moralmente e, em alguns casos, até penalmente (leis penais romanas passaram a reprimir práticas homossexuais antes de o império tornar-se cristão). Porém, com o advento do Cristianismo e as invasões que culminaram com o fim do Império Romano, fontes seculares deixaram de condenar as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Até a Alta Idade Média, o direito eclesiástico previa penas para essas práticas que eram proporcionais a ofensas envolvendo o ato sexual heterossexual sem fins de concepção. Ademais, tais penas eram raramente aplicadas. Essa realidade começou a se modificar em paralelo ao processo de recentralização de poder e da busca por uma uniformidade social, pautada em um controle dos princípios éticos, morais e legais por meio da Igreja. Assim, ainda que o contato sexual entre pessoas do mesmo sexo tenha sido condenado em livros religiosos e pronunciamentos de nomes importantes da Igreja, o repúdio às práticas homossexuais permanecia limitado à esfera moral no início da Idade Média. RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, Desvio e Danação – As minorias na Idade Média**. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. p. 142-146; BOSWELL, John. **Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality – Gay people in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century**. Chicago: University of Chicago, 1980. p. 269- 302.

queimados. A causa desse repúdio exacerbado está relacionada com a busca pela uniformidade social, o que tornou essencial, para a Igreja, o controle da instituição do casamento, visto como a instituição leiga central da sociedade civilizada.

Essa busca pela uniformidade social acontecia, também, no seio da Igreja: com o aumento das críticas dirigidas ao clero em virtude das condutas sexuais de padres e outros religiosos, a repressão ao contato sexual homossexual – comuns no âmbito do clero em virtude do celibato – foi a forma que a Igreja encontrou de responder às críticas acima aduzidas⁴. Desde então, o ato sexual consentido entre adultos do mesmo sexo, sobretudo entre homens, passou a ser considerado como antinatural e os “sodomitas”, como inimigos da espécie humana, responsáveis por um pecado tão condenável quanto o canibalismo e a bestialidade.

Nessa época, o sentimento popular de aversão ao contato sexual homossexual relacionava-se, não apenas à condenação moral defendida pela Igreja e adotada, posteriormente, pelas leis seculares, mas também pelo sentimento de que a homossexualidade era um vício típico do estilo de vida luxurioso e cheio de excessos da nobreza⁵.

O empreendimento de marginalização da homossexualidade foi retomado, no século XIX, pelas ciências médicas. Elas abordavam a homossexualidade como um fenômeno antinatural: na época, a teoria evolucionista de Darwin atribuía à reprodução sexual papel central na evolução das espécies, classificando os homossexuais como indivíduos que contrariavam seus instintos naturais de procriação⁶. Eram, assim, considerados portadores de uma séria enfermidade mental, a qual os levava a adotar comportamentos patológicos.

As ciências humanas na época, de forma semelhante, consideraram a homossexualidade como um sinal de degenerescência cultural. Com base no darwinismo social, a emergência da homossexualidade, aceita com maior facilidade em comunidades primitivas, constituía evidência da decadência cultural da sociedade em que o fenômeno era observado.

⁴ A partir do século XIII, as leis seculares de vários reinos europeus incorporaram as penas rigorosas fixadas pela Igreja, tendo também sido influenciadas pelas antigas leis romanas e pelo Código de Justiniano, o qual previa pena de morte à “sodomia”. Cumpre assinalar que não apenas os “praticantes de sodomia”, mas também judeus, muçulmanos, prostitutas e portadores de hanseníase, dentre outras minorias, foram submetidas a perseguições na época. Ibid.

⁵ GREENBERG, David F.; BYSTRYN, Marcia H. Christian Intolerance of Homosexuality. **The American Journal of Sociology**, Chicago, v. 88, n. 3. p. 515-548, nov. 1982.

⁶ BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 64-72.

Em síntese, a lógica de estigmatização e marginalização da homossexualidade foi, ao longo da história ocidental, absorvida por instituições como o direito e ciências como a medicina, a psiquiatria e a antropologia.

Esse processo de reprodução da homofobia no âmbito das instituições religiosas, das ciências e do direito, derivado da constante afirmação do modelo binário de gênero “homem-mulher”⁷, acabou por criar um sentimento muito forte de repulsão ao contato sexual entre pessoas do mesmo sexo e, posteriormente, à homossexualidade em si⁸.

É nesse contexto que as minorias sexuais⁹ são submetidas a diversas formas de violência física e psicológica, dentre elas os crimes motivados pelo ódio, os quais, até tempos

⁷ A discriminação contra a mulher tem as mesmas origens que a exclusão sofrida pelas minorias sexuais: o sistema binário homem-mulher imposto pela heteronormatividade, o qual gera problemas, também, para homens e mulheres heterossexuais que destoam dos modelos derivados dessa lógica binária. Com base nessa lógica, existem somente dois gêneros relativos aos papéis sociais, o masculino e o feminino, e ambos coincidem com o sexo biológico, caracterizado pela carga genética e pela sua externalização física. Além disso, o sistema binário homem-mulher só admite o desejo sexual entre indivíduos de sexo biológico e gênero diversos. Em todos os casos, o indivíduo que pertence a uma minoria sexual contraria normas sociais que prescrevem papel específico ao homem e à mulher, atravessando a barreira social que separa os dois gêneros. Cf. LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte – Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. 1ªed. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 19. Cf. BAER, Susanne. „Sexuelle Selbstbestimmungsrechte“? Zur internationalen Rechtslage und denkbaren Konzeptionen von Recht gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. 1ªed. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 91.

⁸ Cabe aqui destacar que a relação sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo foi vista, ao longo da história humana, apenas como um ato, uma conduta, a qual não implicava na denominação de uma pessoa como homo (*gay* ou *lésbica*), bi ou heterossexual. A conformação de uma identidade homossexual é recente e eminentemente ocidental. Data do século XIX, momento em que a conotação “homossexual” foi transferida do ato para o indivíduo, a partir dos “registros de caso” estudados pela medicina e outras ciências da época. Foucault destaca, nesse contexto, o processo de classificação de comportamentos que resultou no reconhecimento de “sexualidades periféricas”, inclusive a homossexualidade. Cf. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 2011. p. 112. No entanto, o surgimento da homossexualidade na esfera pública é, no entender de Giddens, um fenômeno social iniciado no século XX em comunidades culturais *gays* nos EUA e em algumas áreas urbanas na Europa, difundindo a sexualidade como uma qualidade pessoal e substrato para estilos de vida variados. Esse movimento de introdução da sexualidade como componente das relações sociais e a difusão de grupos sexuais minoritários consolidaram a homossexualidade no espaço público. Segundo Giddens, “[q]uanto mais o tempo de vida se converte em um referencial interno e quanto mais a autoidentidade é assumida como um esforço reflexivamente organizado, mais a sexualidade se converte em propriedade do indivíduo [...] ela é agora um meio de criarem-se ligações com os outros tendo como base a intimidade”. Cf. GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade – Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993. p. 23-29, 44-45, 193. Foucault também já mencionava a tendência, nos dias presentes, de considerar a sexualidade como atributo essencial da identidade pessoal. Cf. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**, op. cit. p. 169-170.

⁹ Termo o qual, no entender de Jack Donnelly, é mais inclusivo que certas expressões correntes como, por exemplo, a sigla LGBT (*Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*), uma vez que abarca situações presentes e futuras, as quais se relacionem com (i) a orientação sexual; (ii) a identidade de gênero; e com (iii) o comportamento do indivíduo no sentido de contrariar normas sociais heterossexistas. Cf. DONNELLY, Jack. Non-discrimination and sexual orientation: making a place for sexual minorities in the global human rights regime. In: BAHER, P.; FLINTERMAN, C.; SENDERS, M. **Innovation and Inspiration: Fifty years of the Universal Declaration of Human Rights**. Amsterdã: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1999.

recentes, não eram percebidos como atos discriminatórios. Os crimes dessa ordem podem envolver diversos tipos penais, dentre eles homicídios e ataques violentos à integridade física de indivíduos ou de grupos maiores de pessoas, em paradas do orgulho *gay* ou em outros lugares notoriamente conhecidos pela presença de homossexuais¹⁰.

É possível distinguir os crimes motivados pela aversão às minorias sexuais do discurso de ódio contra elas, o qual envolve, normalmente, agressões verbais dirigidas ao referido grupo social como um todo. Essas agressões ocorrem, muitas vezes, em pronunciamentos públicos, por meio dos quais políticos e líderes religiosos classificam os integrantes dessas minorias como antinaturais, enfermos, criminosos, imorais e agentes de desestabilização social.

O discurso de ódio constitui, assim, também uma forma de violência contra as minorias em questão, pois reproduz o heterossexismo – uma ideologia alicerçada na hierarquia das sexualidades –, contribuindo de forma decisiva para aumento da hostilidade frente a *gays*, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis. Ademais, resulta na internalização de preconceitos e estereótipos por parte das próprias vítimas, trazendo uma série de consequências nefastas à sua autoestima. É esse discurso que, encontrando eco no âmbito de instituições como a família, a escola e a mídia, alimenta uma ordem social de exclusão e constrói a ideologia que se encontra por trás da permanente violação de direitos de indivíduos LGBT.

O heterossexismo – a dimensão social da homofobia – guarda relação de similitude com o antissemitismo, o racismo, e o sexismo, pois estabelece uma hierarquia entre dois ou mais grupos de pessoas. Ao fazê-lo, sustenta a dominação de um grupo sobre os demais, marginalizando-os por meio de uma distribuição injusta de poder político e econômico. Assim, a lógica por trás das ideologias supramencionadas é a mesma, sendo a única diferença, o critério para essa distribuição desigual de poder e recursos: no caso do

p. 547-573. No entanto, autores que apresentam um entendimento universalizante acerca da orientação sexual sequer entendem por adequada a referência aos LGBT enquanto minoria, assumindo que há um potencial homoerótico intrínseco a cada ser humano. Para esses autores, o objetivo dos movimentos LGBT deveria ser o de abolir as normas heterossexistas e, com isso, a relação de subordinação que há entre as sexualidades. O pleito de proteção com base em uma identidade LGBT apenas reforçaria a existência dessa relação de subordinação. Cf. HALLEY, Janet E. *Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation*. In: KAIRYS, David (Org.). **The Politics of Law – a progressive critique**. 3. ed. Nova Iorque: Basic Books, 1998. p. 121-125. Para todos os efeitos, o termo “minorias sexuais”, no presente estudo, será empregado conforme a definição de Donnelly.

¹⁰ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Hate crimes against lesbian, gay, bisexual and transgender persons and the policy response of international governmental organizations. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Antuérpia, v. 27, n. 4, dez. 2009. p. 6.

antissemitismo, a religião; no caso do racismo, a etnia ou a cor da pele; para o sexismo, o gênero; e, para o heterossexismo, a orientação e sexual e a identidade de gênero. Deste modo, o discurso homofóbico, ao operar nas mesmas bases do discurso racista, é tão nocivo quanto ele, não havendo motivo para que se faça distinção quanto ao tratamento jurídico dispensado a ambos os discursos discriminatórios.

No contexto dos Estados totalitários no continente europeu, foi justamente o discurso de ódio que agiu na desumanização de minorias, inclusive das minorias sexuais, de modo a legitimar a perseguição perpetrada contra elas. Na época, esse processo de desumanização permitiu aos articuladores das perseguições a mobilização de um grande número de pessoas para tal tarefa, pois esses indivíduos acreditavam que a violação de direitos das minorias étnicas, religiosas e sexuais era plenamente justificável, levando-se em conta a sua condição subumana. Na Alemanha nazista, por exemplo, os homossexuais eram submetidos à perseguição penal, por parte do Estado, sendo recorrente, na fundamentação das decisões dos tribunais germânicos, a descrição da homossexualidade como algo “repugnante e abominável”, além de nocivo à conjuntura política e social da época¹¹. O resultado foi o encarceramento de indivíduos LGBT, a sua transferência para campos de concentração, a realização de experimentos científicos cruéis¹² com o objetivo de “curá-los” e, até mesmo, a sua condenação à morte.

Atualmente, discursos de ódio contra as minorias sexuais ainda são frequentes. No Zimbábue, por exemplo, o presidente Robert Mugabe já fez uma série de pronunciamentos contra os homossexuais. Em 2011, chegou a dizer que eles são “piores que cães e porcos”¹³. De forma semelhante, em 2009, o então prefeito de Moscou, Yury Luzhkov, ao se manifestar acerca da parada do orgulho gay na cidade, classificou-a como “um ato satânico”¹⁴. Em 2006, Kazimierz Marcinkiewicz, o então primeiro-ministro da Polônia, resumiu o

¹¹ A perseguição perpetrada contra homossexuais na Alemanha nazista permanece como uma vertente pouco estudada do discurso de ódio comum na época. Sobre a situação das minorias sexuais no contexto histórico em questão, Cf. SCHWAB, Jean-Luc. **Triângulo rosa: um homossexual no campo de concentração nazista**. São Paulo: Mescla, 2011.

¹² Carl Vaernet, médico dinamarquês nazista que atuava no campo de concentração de Buchenwald, submetia homossexuais a experimentos com objetivo de “curá-los” de sua condição. Alguns desses testes envolviam o implante de uma glândula artificial na virilha. Outros, a introdução de hormônios sintéticos no abdômen dos indivíduos e até a sua castração. Ibid. p. 128.

¹³ LAING, Aislinn. Mugabe calls David Cameron 'satanic' for backing gay rights. **The Telegraph**, Johannesburg, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/david-cameron/8912132/Mugabe-calls-David-Cameron-satanic-for-backing-gay-rights.html>>. Acesso em: 29 jun 2013.

¹⁴ MARQUARDT, Alex. Moscow Mayor Bans 'Satanic' Gay Parade. **ABCNews**, Moscou, 26 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/International/moscow-mayor-bans-satanic-gay-parade/story?id=9663327#.Uc4O-vmTjk0>>. Acesso em: 28 jun 2013.

pensamento da coalizão governista, em relação às paradas do orgulho gay, afirmando que “se uma pessoa tenta infectar os outros com a sua homossexualidade, o Estado deve intervir nessa violação de liberdade”¹⁵. Esses são apenas exemplos de ocorrências¹⁶ que se repetem em praticamente todas as regiões do mundo.

Também no Brasil são frequentes as declarações homofóbicas de políticos e líderes religiosos. Pode-se mencionar, a título de exemplo, a declaração da deputada estadual do Rio de Janeiro, Myrian Rios, no âmbito das discussões acerca da aprovação da PEC-23, a qual incluía a orientação sexual no rol de características pelas quais um indivíduo não pode ser discriminado: a deputada tratou a homossexualidade como sinônimo de pedofilia¹⁷. Além dos políticos, alguns representantes das igrejas católica e evangélica difundem a intolerância e o preconceito frente às minorias sexuais. Na cidade de Ribeirão Preto, a Igreja Casa de Oração, colocou um *outdoor* que remetia ao capítulo 20, versículo 13 do Levítico¹⁸, excerto da Bíblia em que o ato sexual entre homens é condenado por ser “abominável”¹⁹.

Em termos jurídicos, o discurso de ódio homofóbico viola a aceção de igualdade material enquanto reconhecimento de identidades – no caso, identidades lésbica, gay, bissexual, transexual e travesti. Em linhas gerais, o direito à não-discriminação impõe ao Estado o dever de impedir a realização, inclusive por parte de terceiros, de distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na orientação sexual ou identidade de gênero com a finalidade de solapar “o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”²⁰, nos âmbitos público e privado.

¹⁵ Tradução livre. Cf. WATT, Nicholas. Prejudice forms a new line between east and west. **TheGuardian**, Cracóvia, 8 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2006/may/08/gayrights.nicholaswatt>>. Acesso em: 28 jun 2013.

¹⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. **Together, Apart – Organizing around Sexual Orientation and Gender Identity Worldwide**. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt0509web.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2014.

¹⁷ “No momento em que eu descobri que o motorista é homossexual e poderia estar, de uma maneira ou de outra, tentando bolinar o meu filho... não sei, pode de repente partir para uma pedofilia com os meninos, eu não vou poder demiti-lo, a PEC não me permite. (...) Se essa PEC passa, e o rapaz tem uma orientação sexual pedófilo (sic), se a orientação sexual do rapaz é transar, é ter relacionamento sexual com um menino de 3 a 4 anos, nós não vamos poder fazer nada, porque ele está protegido pela lei”. Cf. DEPUTADA católica Myrian Rios (RJ) discursa contra a PEC 23/2007 (uma espécie de PL 122 do Rio). Youtube (5:10; 7:12), 2011. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1J_m0DLIEMc>. Acesso em: 17 jun 2013.

¹⁸ “Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável”.

¹⁹ BONATO, José. Gays praticam “ato abominável”, afirmam evangélicos em outdoor no interior de São Paulo. **UOL**, Ribeirão Preto, 19 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/19/gays-praticam-ato-abominavel-afirmam-evangelicos-em-outdoor-no-interior-de-sao-paulo.jhtm>>. Acesso em: 7 jun 2013.

²⁰ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Yogyakarta. **Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**,

Ao direito cabe, tendo em mente a situação acima transcrita, criar mecanismos para coibir o uso do discurso de ódio empregado na segregação social das minorias sexuais, contribuindo para a afirmação da garantia de não-discriminação. Por meio da lei e de sua correta aplicação, é possível reprimir condutas que não sejam compatíveis com um regime democrático e plural, além de estimular ações afirmativas no tocante à diversidade. Pode-se dizer, assim, que o direito deve ser entendido como um instrumento de transformação social com papel fundamental na promoção da diversidade e na inclusão de minorias, inclusive das minorias sexuais.

Ciente de que o direito pode facilitar essa inclusão, cumpre determinar a forma por meio da qual ele o deve fazer, regulando a repressão ao discurso de ódio e viabilizando medidas afirmativas. Deve-se assinalar, nesse sentido, que a cominação de limites ao referido discurso contraria a liberdade de expressão²¹, direito fundamental consagrado em diplomas internacionais e no direito interno de um grande número de países. Afirmada como elemento essencial à resistência frente ao autoritarismo, a liberdade de expressão garante a manutenção de uma sociedade plural e democrática, de modo que a sua limitação deve ser cuidadosamente examinada, sob pena de colocar em risco a democracia.

Segundo Stuart Mill, grande influência no pensamento ocidental em matéria de liberdade de expressão, o direito de formar uma opinião e de expressá-la são indissociáveis, encontrando-se no âmbito de liberdade de ação do indivíduo. Mill assinala, ademais, que a opinião individual é provida de valor para a coletividade: a partir do momento em que ela permite a reflexão acerca de uma opinião predominante tida por verdade, resulta em uma mudança positiva de postura rumo a uma “verdade ainda maior” ou, ao menos, na reafirmação e consolidação da opinião predominante.

A partir dessa perspectiva, a interferência do Estado na liberdade de expressão tem sido avaliada não só como uma restrição considerável a uma liberdade fundamental do indivíduo, como também um risco para o desenvolvimento da sociedade como um todo, considerando-se o valor da opinião individual para a coletividade²².

2007. p. 11-12. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 jun 2013.

²¹ Importante ressaltar que, no âmbito da liberdade de expressão, encontra-se a liberdade religiosa, outro direito fundamental que entra, com certa frequência, em colisão com o direito à não-discriminação. Nessas situações, a profissão da fé no espaço público confunde-se com manifestações de ódio.

²² MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 38-43. É preciso mencionar, entretanto, que para Mill, a liberdade de expressão contribui para a coletividade na medida em que ela cria a pluralidade. Discursos de ódio, em virtude de sua natureza intolerante e intimidatória, não se prestam a criar a pluralidade: muito pelo contrário, eles a desestimulam.

Desta forma, é preciso, a partir do sopesamento entre o direito à não-discriminação e a liberdade de expressão, identificar as situações que devem ensejar a intervenção Estatal para a proteção da diversidade sem, contudo, colocar em risco o Estado democrático de Direito. Para obter subsídios indispensáveis ao deslinde da questão, é imperativa a análise do Direito Internacional dos Direitos Humanos na matéria, além do direito interno de outros países ocidentais.

Ainda que não exista, em escala universal, um modelo específico de tratamento jurídico no que concerne ao discurso de ódio, diversos órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU) já demonstraram a sua preocupação com atos de violência e discriminação baseados na orientação sexual ou identidade de gênero da(s) vítima(s)²³. Os Princípios de Yogyakarta, documento cuja publicação objetiva a consolidação dos direitos das minorias sexuais no plano internacional, também enfatizam a não-discriminação como prerrogativa necessária à afirmação da igualdade e o reconhecimento de outros direitos fundamentais²⁴.

Nos Estados Unidos (EUA), país em que tradicionalmente a liberdade de expressão é interpretada como um dos maiores valores da sociedade e direito quase absoluto, a discussão acerca do discurso de ódio também ocorre. Para parte da doutrina estadunidense, é patente a inclinação, no país, para a proteção da livre manifestação do pensamento com base na Primeira Emenda Constitucional²⁵, a qual veta a limitação, por parte do Congresso, da liberdade de expressão. Por outro lado, critica-se a forma como essa vedação tem sido interpretada pelos tribunais e por parte da doutrina, tendo em vista que a Emenda acaba por gerar um “direito de ofender” daqueles que se utilizam da livre manifestação de pensamento para incitar ao ódio contra minorias. Há, assim, uma crescente preocupação em delimitar o alcance da liberdade de expressão²⁶.

²³ Nesse sentido, destaca-se a Resolução A/HRC/17/L.9/Rev.1 do Conselho de Direitos Humanos, anunciada em junho de 2011, a qual coloca a questão oficialmente na agenda da ONU, solicitando a produção de estudo que documente as práticas violadoras dos direitos LGBT. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, A/HRC/17/L.9/Rev.1 de 16 de junho de 2011.

²⁴ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. op. cit., p. 12-13.

²⁵ “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press”.

²⁶ Nielsen alerta que a ausência de limitação à liberdade de expressão deve ser interpretada como uma escolha política, a qual tem efeitos sociais relevantes. Assim, entende que esses efeitos devem ser avaliados com cautela para que se opte, nos EUA, pela edição de uma lei que imponha limites à liberdade de expressão ou pela manutenção da situação presente. Cf. NIELSEN, Laura Beth. **License to Harass – Law, hierarchy, and offensive public speech**. Princeton: Princeton University, 2006. p. 10-12. A imposição de limites à liberdade religiosa, também no âmbito das discussões envolvendo a liberdade de expressão, vem sendo discutida da mesma forma nos EUA: “no conversation about religious rights is complete without equal attention to responsibilities — responsibilities to the community that all religious practitioners bear”. Cf. KRATTENMAKER, Tom. Even religious freedom has limits. **USA Today**, s.l., 27 de março de 2011.

Na União Europeia (UE), o tratamento do discurso de ódio envolve a sua criminalização, com a cominação de 1 a 3 anos de pena privativa de liberdade, enquanto que a prática de infração penal motivada por ódio fundado na raça – em amplo sentido, envolvendo cor, religião, procedência nacional ou étnica – deve ensejar o agravamento da pena já cominada ao crime em questão²⁷.

Ainda que seja possível defender a extensão desse tratamento ao discurso homofóbico de ódio com base nas diretivas do direito comunitário europeu que afirmam a igualdade e o direito à não-discriminação de indivíduos LGBT, a falta de uma explícita menção à criminalização da homofobia torna incerta a repressão ao discurso de ódio contra a comunidade LGBT²⁸.

No Brasil, a discussão sobre o discurso de ódio – ao menos sob a ótica do racismo – já existe: a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de 2003, relativa ao caso Ellwanger, aborda a temática do antissemitismo e da liberdade de expressão. Na ocasião, o STF entendeu que Siegfried Ellwanger, autor de livros que negavam a ocorrência do Holocausto, deveria ser condenado pela prática do crime de racismo contra os judeus²⁹. É importante ressaltar, entretanto, que o crime de racismo não pode ser aplicado ao discurso de ódio contra as minorias sexuais, já que o termo “raça” se refere, ao menos no entender do STF, a um grupo humano historicamente diferenciado, compartilhando da mesma cultura e/ou etnia. Desta forma, a questão permanece sem resposta, no tocante ao discurso de ódio contra as minorias sexuais, sendo que a dificuldade de aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006 (PLC 122/2006) assinala a indisposição dos parlamentares em criminalizar esse discurso³⁰.

Disponível em: <http://usatoday30.usatoday.com/news/opinion/forum/2011-03-28-column28_ST_N.htm>. Acesso em: 17 jun 2013.

²⁷ J. SWIEBEL; D. van der VEUR. op. cit. p. 14. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008.

²⁸ Segundo a FRA, 13 países da UE já criminalizam o discurso de ódio homofóbico. Cf. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part II – The Social Situation**. Viena, 2009, p. 37. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis**. Viena, 2009, p. 117-120 e 156. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/192-FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC 82.424-2 do Rio Grande do Sul. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003.

³⁰ O que existe atualmente é a punição administrativa por atos discriminatórios – inclusive o discurso de ódio – contra minorias sexuais em algumas leis nos âmbitos estadual e municipal, a exemplo da Lei nº 10.948 de 05 de novembro de 2001 do Estado de São Paulo.

A redação original do PLC 122/2006 estabelecia que os crimes decorrentes da discriminação em razão de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, a exemplo do que já ocorre nos casos envolvendo raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, seriam punidos com reclusão de dois a cinco anos. O projeto suscitou um amplo debate na Câmara dos Deputados, sendo que os opositores à aprovação do PLC 122/2006 afirmam temer pela limitação do direito de liberdade de expressão e de profissão da fé. Por outro lado, aqueles que são favoráveis à sua aprovação destacam que a mudança introduzida pelo projeto seria extremamente positiva, já que seriam protegidas minorias estigmatizadas e marginalizadas no Brasil.

Além do PLC 122/2006, outras propostas de criminalização de atos homofóbicos – inclusive do discurso de ódio – são atualmente discutidas no cenário nacional, como é o caso do anteprojeto do novo Código Penal³¹ e do Estatuto da Diversidade Sexual³². Em paralelo e de forma complementar, busca-se a afirmação da cidadania LGBT por meio de políticas públicas que promovam mudanças nas estruturas sociais responsáveis pela reprodução do preconceito³³.

A dificuldade encontrada para a propositura de um modelo adequado à limitação da liberdade de expressão, não apenas no Brasil, mas também em grande parte da comunidade internacional, indica a necessidade do aprofundamento do estudo na matéria. No Brasil, os constantes pronunciamentos públicos de parlamentares e de representantes das igrejas católica e evangélica, além dos debates acerca do PLC 122/2006, chamam a atenção para o conflito patente entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. Assim, mostra-se de especial relevância o presente estudo, o qual busca delinear os limites da liberdade de expressão no Brasil, tendo em mente o discurso de ódio contra as minorias sexuais sem, contudo, perder de vista a importância desse direito fundamental para a manutenção de um Estado democrático de Direito.

A primeira parte deste estudo volta-se a uma abordagem conceitual da homofobia, suas origens e seus efeitos, para que seja possível compreender os mecanismos de

³¹ GUERLENDIA, Nádia. Comissão aprova criminalização da homofobia no novo Código Penal. **Folha.com**, Brasília, 25 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1095978-comissao-aprova-criminalizacao-da-homofobia-no-novo-codigo-penal.shtml>>. Acesso em: 17 jun 2013.

³² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual. Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDADE%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2013.

³³ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 248.

reprodução da ordem heterossexista e a forma por meio da qual ela influencia o comportamento de homofóbicos. Na mesma seção, serão analisadas as diferentes formas de exteriorização da homofobia – dentre elas, o discurso de ódio.

A temática da segunda seção é o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. Na referida seção será analisada a liberdade de expressão enquanto direito fundamental e as situações que ensejam intervenção estatal legítima no domínio desse direito para a proteção da diversidade. De modo a obter subsídios para a discussão do problema no Brasil, serão estudados, na terceira seção, os limites da livre manifestação do pensamento com base no direito internacional e nas jurisprudências estadunidense e europeia.

A partir das conclusões obtidas na primeira parte do presente estudo, bem como das informações apresentadas nas seções seguintes, será discutido o tratamento jurídico a ser dispensado ao discurso de ódio contra as minorias sexuais no Brasil. Entrará em pauta, assim, o acalorado debate acerca do PLC 122/2006 e demais propostas de criminalização do discurso de ódio, bem como as políticas públicas de alcance nacional na matéria, como o programa “Brasil sem Homofobia” do Conselho Nacional de Combate à Discriminação.

1. HOMOFOBIA E DISCURSO DE ÓDIO

“Homofobia” e “discurso de ódio” são expressões empregadas de maneira crescente para fazer menção a discursos discriminatórios dirigidos às minorias sexuais, de uma forma geral. No entanto, é preciso atentar às especificidades de cada conceito e as suas implicações para o direito, tendo em vista o escopo do presente estudo: a determinação do tratamento jurídico a ser dispensado ao discurso de ódio contra as minorias sexuais no Brasil. Assim, à essa breve introdução, segue-se a delimitação do conceito de homofobia, bem como uma análise de suas formas de exteriorização. Em síntese, a presente seção destina-se a responder, de forma justificada, às seguintes perguntas: o que é o discurso de ódio homofóbico? Ele gera danos à sociedade?

1.1. As diversas acepções do termo ‘homofobia’

O termo ‘homofobia’, difundido pelo psicólogo estadunidense George Weinberg na década de 70, atribuiu caráter de doença à aversão à homossexualidade e à inversão de gênero³⁴, definindo-o como o “pavor de dividir o mesmo espaço com homossexuais – e no caso dos próprios homossexuais, o ódio de si mesmo”³⁵.

A concepção do termo ocorreu em um contexto mais amplo de inversão da perspectiva médica vigente até então, que classificava a homossexualidade como um transtorno mental. Ao retirar a homossexualidade do rol de moléstias mentais, a comunidade científica estadunidense voltou a sua atenção para os indivíduos que, pelas mais diversas razões, desenvolviam hostilidade patológica face às minorias sexuais, a denominada “homofobia”³⁶.

³⁴ NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 2, 2009, p. 126. Cf. também GATO, Jorge; CARNEIRO, Nuno Santos; FONTAINE, Anne Marie. Contributo para uma revisitação histórica e crítica do preconceito contra as pessoas não heterossexuais. **Crítica e Sociedade: Revista de Cultura Política**, Uberlândia, v. 1, n. 1, 2011. p. 141.

³⁵ WEINBERG, George. **Society and the healthy homosexual**. Nova Iorque: St. Martin’s Press, 1972. p. 4.

³⁶ O termo foi empregado – da mesma forma como é popularmente conhecido no momento presente – indiscriminadamente para designar reação aversiva contra gays, lésbicas, transexuais e travestis. No entanto, existem termos mais específicos para destacar as particularidades da hostilidade dirigida às lésbicas (lesbofobia) e aos transexuais (transfobia). Cf. NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit., p. 128. Cf. também RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 118. No presente estudo, o termo

O termo, apesar de ter suscitado objeções à época – sobretudo por parte daqueles que negavam o caráter fóbico da aversão às minorias sexuais –, tornou-se corrente, inclusive no Brasil da atualidade.

No entanto, a palavra “homofobia” ganhou novos contornos ao longo dos anos, tendo hoje também uma dimensão político-social: se antes indicava uma inclinação psicológica individual negativa face às minorias sexuais – uma forma de preconceito³⁷ –, atualmente assinala também atitudes discriminatórias observadas no tecido social. Atitudes essas com implicações políticas e econômicas para a população LGBT.

Destacando justamente a existência dessas duas vertentes de homofobia, Rios diferencia a “abordagem psicológica” da sua versão “sociológica”³⁸.

A primeira corresponde à aversão sentida no íntimo, um “sintoma para uma situação de perigo, cuja presença foi assinalada pela geração de angústia”³⁹. Ela é explicada mais usualmente pela teoria projecionista, segundo a qual atitudes violentas dirigidas às minorias sexuais decorrem de conflitos internos de seu autor, que reage de forma inconsciente aos seus próprios desejos homoeróticos⁴⁰. Borrillo localiza essa forma de homofobia na dimensão individual e atribui a ela, caráter “afetivo” e “irracional”. Ele o faz justamente para enfatizar seu caráter involuntário e emocional, ainda que as origens desse sentimento encontrem-se no processo de categorização social. Tal processo, na concepção do autor, realiza-se a partir de normas sociais internalizadas pelos indivíduos – normas essas resultantes da “produção cultural do Ocidente judaico-cristão”⁴¹.

‘homofobia’ será empregado em seu sentido mais amplo, para abarcar a reação aversiva às minorias sexuais em geral, inclusive aos indivíduos heterossexuais que desafiam as normas sociais de conformação dos gêneros.

³⁷ “[A]titude aversiva ou hostil em relação a um indivíduo que pertence a um grupo, pelo simples fato do pertencimento a ele, presumindo-se que ele possui as características negativas atribuídas ao grupo” (tradução livre). ALLPORT, Gordon W. **The nature of prejudice**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing, 1997. p. 7.

³⁸ Cabe aqui ressaltar que essas duas abordagens apenas assinalam dimensões diferentes de um mesmo fenômeno. Nesse sentido, Natividade e Oliveira destacam o contato dos planos psicológico, político e social nos processos que reproduzem a homofobia e o heterossexismo: “as reações viscerais de repúdio à diversidade sexual devem ser pensadas como atitudes políticas, motivadas por fatores culturais e manifestadas no nível da própria corporalidade”. NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit. p. 128.

³⁹ RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 119.

⁴⁰ Nesse sentido, Adams, Wright e Lohr, por meio de experimentos, investigaram o papel da excitação homossexual em homens exclusivamente heterossexuais que afirmaram ter sentimentos negativos contra homossexuais. No referido experimento, somente os homens considerados homofóbicos demonstraram reações fisiológicas de excitação quando expostos a vídeos de conteúdo erótico envolvendo homens exclusivamente. A conclusão dos autores do estudo é no sentido de que “a homofobia é aparentemente associada com a excitação homossexual que o indivíduo homofóbico desconhece ou nega”. Cf. ADAMS, Henry E.; WRIGHT, Lester W.; LOHR, Bethany A. Is Homophobia Associated with Homosexual Arousal? **Journal of Abnormal Psychology**, Washington DC, v. 105, n. 3, 1996. p. 440-445.

⁴¹ BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 25.

Esse processo de categorização social consiste, sob a ótica individual, na divisão de pessoas em grupos a partir de parâmetros sociais internalizados e da centralidade do “eu”: o indivíduo estabelece a qual(is) grupo(s) pertence e identifica-se com ele(s), compartilhando determinadas características com seus integrantes. Simultaneamente, estabelece como “outros” todos aqueles com quem não compartilha as características necessárias para estar dentro do(s) mesmo(s) grupo(s). A hostilidade direcionada a outros grupos aumenta o senso de pertencimento ao grupo com o qual há identificação.

No entender de Gaertner e Dovidio, a tendência das pessoas de “classificar” os outros – já apontada por Allport há décadas – norteia preliminarmente percepções, crenças e reações. É justamente esse processo que se encontra por trás da formulação de preconceitos e do etnocentrismo: muito embora membros de uma determinada categoria de pessoas tenham, de fato, uma série de diferenças em relação a membros de outras categorias, essas diferenças tendem a ser exacerbadas e generalizadas⁴². A homofobia pode ser concebida, nesse contexto, como um juízo abstrato negativo direcionado àqueles percebidos como homossexuais, decorrente do processo de categorização social que, ao sedimentar estereótipos, criou uma hierarquia de sexualidades.

Em que pese a evidente dimensão individual da homofobia, o caráter psicológico atribuído a ela não é suficiente para explicar o desenvolvimento de parâmetros sociais comuns de diferenciação e muito menos a sua constante reprodução no meio social. Desta forma, há de se mencionar o aspecto “sociológico” da homofobia⁴³ – ou melhor dizendo, a base social e cultural do preconceito individual – como coloca Rios⁴⁴: o heterossexismo,

⁴² Assim, condutas de indivíduos pertencentes a outro grupo tidas como indesejadas são mais abstratamente consideradas em comparação com as mesmas condutas praticadas por indivíduos do grupo do observador. Essa situação conduz à impressão de que pessoas do grupo externo ao do observador têm certa inclinação para as ações em questão. Por exemplo: o observador, heterossexual, considera os indivíduos A (homossexual) e B (heterossexual) como ‘promíscuos’, característica que avalia negativamente; ele estará mais propenso a interpretar essa característica como uma inclinação dos homossexuais e apenas um aspecto de B, não atribuindo a ‘promiscuidade’ mais genericamente aos heterossexuais. Por outro lado, ações tidas por positivas são consideradas em nível mais concreto quando praticadas por indivíduos estranhos ao grupo do observador do que no caso de serem empreendidas por integrantes do seu próprio grupo. Exemplo: o observador, heterossexual, considera o relacionamento entre o homem A e a mulher B, além do relacionamento entre dois homens C e D, como ‘estáveis e duradouros’, características que avalia como positivas; ele estará mais propenso a interpretar essas características como uma tendência entre casais heterossexuais e apenas um aspecto particular de C e D. Cf. GAERTNER, Samuel L.; DOVIDIO, John F. Categorization, Recategorization and Intergroup Bias. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter Samuel; RUDMAN, Laurie A. **On the Nature of Prejudice: fifty years after Allport**. 1. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2005. p. 71-88.

⁴³ Destacando sua dimensão cultural, Borrillo atribui à essa forma de homofobia, natureza cognitiva. Cf. Ibid. p. 22-25.

⁴⁴ RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 120-122.

traduzido em “um sistema ideológico, sociocultural e institucional”⁴⁵ que estabelece uma hierarquia entre as sexualidades⁴⁶. No âmbito dessa hierarquia, a heterossexualidade aparece como única forma legítima, sendo as demais, periféricas e, portanto, indignas de expressão no mundo material⁴⁷.

Sob a ótica do heterossexismo, o sexo biológico, caracterizado pela carga genética e pela sua externalização física, e o sexo social, relativo ao papel que cabe a cada um dos gêneros na sociedade, devem coincidir. Além disso, o desejo sexual só é socialmente aceitável quando surgir entre indivíduos de sexos opostos. Nesses termos, toda e qualquer outra forma de expressão da sexualidade e do gênero deve ser rejeitada⁴⁸.

O heterossexismo – conjuntamente com o sexismo, com o qual mantém estreita relação⁴⁹ – empreendeu a normatização social da heterossexualidade como critério para a distribuição de benefícios sociais, políticos e econômicos, em detrimento das minorias sexuais. Essa normatização aconteceu e continua a acontecer por meio da disseminação do discurso homofóbico, multiplicando-se no âmbito de diferentes instituições sociais de modo a justificar a limitação e a violação de direitos das minorias sexuais⁵⁰.

Borrillo ressalta o caráter muitas vezes eufemístico e sutil dessa forma de homofobia, que se presta unicamente à perpetuação da oposição entre hetero e homossexualidade: “presente nos insultos, nas piadas, nas representações caricaturais, assim como na linguagem corrente, a homofobia descreve os gays e as lésbicas como criaturas grotescas, objetos de escárnio”⁵¹.

⁴⁵ FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 50, 2012.

⁴⁶ Gato, Carneiro e Fontaine atribuem a criação do termo “heterossexismo” a Morin, que o define como o “sistema de crenças que valoriza a heterossexualidade como mais «natural» que e/ou superior à homossexualidade”. GATO, Jorge; CARNEIRO, Nuno Santos; FONTAINE, Anne Marie. op. cit. p. 142.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. op. cit. p. 50-51.

⁴⁸ NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit. p. 125.

⁴⁹ A homossexualidade representa uma afronta não só à heterossexualidade, mas também à percepção social de gênero, desafiando as concepções culturalmente construídas de ‘masculino’ e ‘feminino’ tidas por “naturais”, em virtude da importância que atribuem ao sexo biológico. Cf. Ibid. Cf. também RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 122. Borrillo também considera que a ordem social responsável pela subordinação do feminino ao masculino constitui a origem do heterossexismo. Cf. BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 30.

⁵⁰ Mott destaca, no contexto brasileiro, a internalização da homofobia no âmbito da família, das igrejas, da academia, dos partidos políticos, das próprias entidades de defesa dos direitos humanos e do poder governamental. Cf. MOTT, Luiz. Direitos humanos, homofobia e cidadania homossexual no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos humanos perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2. p. 914.

⁵¹ BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 24.

O heterossexismo age no processo de estigmatização, caracterizado pela definição de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis como indivíduos inferiores e portanto passíveis de marginalização. Em algumas situações, esse processo chega à completa desumanização dessas minorias, como ocorreu no contexto do holocausto gay, promovido pelos nazistas⁵².

À forma mais atualizada e perniciosa de homofobia, o autor dá o nome de “heterossexismo diferencialista”, o qual, ao vetar apenas condutas homofóbicas violentas, mantém o segregacionismo característico das ideologias discriminatórias. Para tanto, cria um regime de exceção aplicável às minorias sexuais, de modo a sublinhar as suas diferenças em relação ao restante das pessoas. Um exemplo dessa forma de heterossexismo é o reconhecimento das uniões civis – ou qualquer outra forma de vínculo familiar menos prestigiosa e/ou vantajosa que o casamento – entre pessoas do mesmo sexo, mas o não reconhecimento do casamento. Sob o argumento de que são tutelados os interesses das minorias sexuais ao se reconhecer a união civil, ainda que não seja possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a ideia implícita é a de que às minorias em questão aplica-se um regime jurídico diferenciado e inferior, o que resulta na manutenção da hierarquia de sexualidades.

Em síntese, a ideologia heterossexista impõe a invisibilidade das minorias sexuais, ao estatuir a presunção de que todas as pessoas são heterossexuais. Quando, apesar disto, a existência de diferentes expressões sexuais ganha notoriedade, o heterossexismo passa a justificar a discriminação empreendida contra os LGBTs⁵³.

Evidenciado o seu caráter ideológico, o heterossexismo guarda relação de similaridade com o antissemitismo, o racismo, e o sexismo, porquanto diferencia as pessoas, hierarquizando-as em dois ou mais grupos.

No caso do antissemitismo, traços culturais e genealógicos constituíram o critério de diferenciação, predominante no contexto dos regimes totalitários do século XX, sobretudo no continente europeu.

O racismo, de forma análoga, instaurou uma hierarquia social com base na cor da pele e em outros “aspectos corporais distintivos”⁵⁴, constituindo a base ideológica da escravidão moderna. No Brasil, mesmo depois de 125 anos do fim da escravidão, o racismo

⁵² SCHWAB, Jean-Luc. op. cit.

⁵³ GATO, Jorge; CARNEIRO, Nuno Santos; FONTAINE, Anne Marie. op. cit. p. 145.

⁵⁴ RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 115-116.

persiste como ideologia, representando óbice ao desenvolvimento social do país. Reconhecendo o caráter especialmente prejudicial do racismo à sociedade brasileira, o legislador constituinte originário inseriu mandado de criminalização do racismo na Constituição de 1988⁵⁵ (ou Constituição Federal – **CF**), efetivado posteriormente pela Lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (**Lei 7.716/89**).

Também o sexismo pauta-se na lógica da diferenciação social com implicações políticas e econômicas, desta vez a partir da anatomia do corpo – sobretudo dos órgãos reprodutores – para a delinear o sistema binário de gêneros homem-mulher. A vulnerabilidade da mulher – decorrente justamente da propagação da ideologia sexista – também representa óbice ao desenvolvimento social brasileiro. Nesse sentido, o próprio país reconheceu as dificuldades de superação dessa forma de discriminação em fóruns internacionais⁵⁶.

Em que pesem os diferentes critérios para a hierarquização desses grupos, a lógica subjacente é a mesma: “desumanizar o outro, [...] torná-lo inexoravelmente diferente”⁵⁷ para então afirmar a superioridade de um grupo em relação aos demais, marginalizando-os de modo a empreender uma distribuição desigual de poder político e econômico.

Contudo, o combate às ideologias discriminatórias encontra-se em diferentes níveis de êxito, sendo a luta contra o heterossexismo, a mais incipiente e difícil: enquanto posturas antissemitas, racistas e sexistas já são amplamente consideradas como moralmente condenáveis, condutas heterossexistas não suscitam a mesma repulsa da sociedade⁵⁸.

⁵⁵ Art. 5º, XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁵⁶ No relatório apresentado ao Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2012, o Brasil afirma que, no país, 34% das mulheres admitem terem sido vítimas de alguma forma de violência física, havendo ainda, portanto, “muitos desafios a serem superados para desconstruir os papéis do homem e da mulher na sociedade e promover uma efetiva transição para a igualdade de gênero”. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Segundo Relatório Nacional do Estado Brasileiro apresentado no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. s.l., 2012. p. 13-14. Disponível em: <http://www.sedh.gov.br/cooperacao/revisao-periodica-universal/Relatorio%20Nacional_RPU_Brasil_port_VERSaO_FINAL.pdf>. Acesso em: 7 abr 2013.

⁵⁷ BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 35.

⁵⁸ No âmbito da comunidade internacional, é possível notar essa diferença entre os níveis de êxito a partir da constatação da existência de Convenções internacionais específicas visando à proteção contra a discriminação racial e de gênero (a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948, a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965 e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979), mas da ausência de um diploma vinculante destinado à defesa das minorias sexuais – há apenas a Resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (2011). No Brasil, a resistência ao PLC 122/2006 demonstra essa situação particular: não se admite a extensão do regime diferenciado, previsto na Lei 7.716/89 aos “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor,

Assim, de uma forma geral, a homofobia tem sido empregada tanto para assinalar atitudes e comportamentos aversivos às minorias sexuais do ponto de vista individual, quanto para fazer referência à ideologia do heterossexismo que fundamenta o preconceito face à população LGBT. Contudo, uma abordagem mais técnica reserva a ‘homofobia’ ao campo da psicologia, à esfera individual, enquanto que destina o ‘heterossexismo’, à dimensão social do fenômeno.

Alguns autores cunharam termos para formas específicas de homofobia, utilizando-se de critérios como o grupo social destinatário da hostilidade, o contexto no qual ela surgiu ou mesmo quais as suas justificativas – religiosa, política ou pretensamente científica, por exemplo⁵⁹.

A ‘homofobia religiosa’ – outra forma específica da ideologia heterossexista – justifica o “caráter deletério” da homossexualidade a partir de valores religiosos articulados com a finalidade de desqualificá-la e de exercer controle sobre a diversidade sexual. Essa articulação é transposta, muitas vezes, para o plano político, no âmbito do qual líderes religiosos sustentam posicionamento intransigente contra o reconhecimento de direitos das minorias sexuais⁶⁰, mostrando-se absolutamente avessos a qualquer mudança que contrarie a heteronormatividade.

Natividade e Oliveira apontam uma derivação particular da ‘homofobia religiosa’: a sua versão ‘pastoral’. Delineada no contexto brasileiro – mas com versões equivalentes em

etnia, religião ou procedência nacional”, à discriminação em virtude de “gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”.

⁵⁹ Em outros momentos históricos, formas diversas de homofobia foram concebidas com base na valorização da heterossexualidade monogâmica, promovida pela homofobia religiosa. Nesse contexto, diferentes campos do saber incorporaram o heterossexismo em suas formulações pretensamente científicas. No século XIX, por exemplo, a patologização da homossexualidade e a concepção de ela que assinala “uma regressão a um estágio inferior da evolução” do ponto de vista civilizacional, configuraram, respectivamente, a ‘homofobia clínica’ e sua versão ‘antropológica’. Essas noções foram absorvidas por diversas ideologias políticas. O comunismo, por exemplo, interpretou a homossexualidade como resultado da decadência moral do capitalismo (“homofobia burocrática”). O nazismo, por outro lado, a avaliou como causa para o declínio biológico da população germânica e um risco para a sua hegemonia (“holocausto gay”). Cf. BORRILLO, op. cit., pp. 64-86. Já o liberalismo tolera a homossexualidade, considerando-a como uma escolha referente à vida privada das pessoas, mas não lhe outorga reconhecimento social. Essa última visão, a propósito, ainda é especialmente difundida no Brasil e subjacente a grande parte dos discursos não expressamente religiosos que rejeitam o pleno reconhecimento dos direitos das minorias sexuais. O pronunciamento, de 30 de junho de 2011, de Jeronymo Pedro Villas Boas, à época juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública de Goiânia, ilustra esse tipo de discurso: ao negar a possibilidade da conformação de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mesmo depois do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, afirmou: “ainda que convivência homossexual seja ‘resguardada pela esfera privada de autonomia e liberdade de opção sexual’, não se configura união estável, ‘para efeito de obter a proteção do Estado e ver facilitada a sua conversão em casamento’”. SADI, Andréia. Juiz de Goiânia anula outra união estável entre homossexuais. **G1**, Brasília, 1º de julho de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/07/juiz-de-goiania-anula-outra-uniao-estavel-entre-homossexuais.html>>. Acesso em: 3 abr 2013.

⁶⁰ NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit. p. 132.

outros países – a ‘homofobia pastoral’⁶¹ consiste, consoante os autores, “na perspectiva evangélica de ‘acolhimento’ aos homossexuais [...] que incorpora pessoas LGBT aos cultos, visando seu engajamento em um projeto de regeneração moral, pela ‘libertação’ do ‘homossexualismo’”⁶². Seu objetivo último é a “cura”, entendida como a supressão da diversidade sexual, inclusive por meio de “tratamentos” e “exorcismos”.

Do ponto de vista jurídico, uma atitude “homofóbica” consiste na concretização de um preconceito, i.e., uma conduta discriminatória, dirigida às minorias sexuais, de modo a violar o direito à não-discriminação enquanto decorrência do direito à igualdade⁶³.

Como é cediço, o direito, em um Estado democrático, não pode sancionar ideias e opiniões preconceituosas. Por conta disto, o preconceito, enquanto constricto ao plano das ideias, é juridicamente irrelevante. Todavia, quando transcende o plano das ideias para mundo material, resulta em discriminação, i.e., em condutas, omissivas ou comissivas, que refletem um tratamento diferenciado dado a alguém de forma prejudicial e/ou injusta.

Sempre que esse tratamento diferenciado for direcionado às minorias sexuais e contrário ao direito, haverá uma conduta juridicamente ‘homofóbica’. Nesse sentido, Rios define como ‘discriminação homofóbica’, a lesão, “de modo proposital ou não, [...] a direitos, decorrentes da concretização do preconceito diante de estilos de ser e de viver divorciados do heterossexismo”⁶⁴.

1.2. Formas de exteriorização da homofobia

A homofobia se manifesta por um sem número de condutas, desde as mais visíveis violações de direitos, como as agressões físicas, a negação de acesso a serviços de saúde e educação, até as formas mais sutis de marginalização social, como os julgamentos morais, a reprodução inconsciente de estereótipos e o silêncio, em alguns contextos⁶⁵.

A partir do nível de concretude que as condutas homofóbicas podem assumir, é possível discerni-las entre aquelas que causam danos à integridade física das vítimas e as

⁶¹ A homofobia pastoral consiste em uma versão ‘cordial’ da homofobia religiosa, porquanto o destinatário da discriminação é aproximado dos “guardiões da moralidade”, sujeitando-se a eles e mantendo com eles, muitas vezes, um vínculo emocional. Ibid. p. 129.

⁶² Ibid.

⁶³ A relação entre o direito à não-discriminação e o direito à igualdade será tratada com maior detalhamento no Capítulo 2 do presente estudo.

⁶⁴ RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 131.

⁶⁵ NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit. p. 128.

que não o fazem. Rios faz essa distinção, classificando as primeiras como formas de “violência física”, e as demais, como expressões de violência “não-física”⁶⁶. Ao segundo grupo, correspondem as ofensas verbais, além de todo tratamento injusto e prejudicial às minorias sexuais, dispensado de forma consciente ou não. Essa distinção é extremamente útil ao diferenciar os “crimes motivados pelo ódio” do “discurso de ódio”, bem como de outras formas de exteriorização da homofobia.

1.2.1. Crimes motivados pelo ódio

Swiebel e van der Veur definem os crimes de ódio contra as minorias sexuais como ofensas criminais motivadas pela homo ou transfobia e praticadas contra integrantes dessas minorias – ou pessoas percebidas como tal pelo autor do delito⁶⁷. O crime de ódio deve ser compreendido, assim, como uma conduta discriminatória.

Ao tratar do assunto há mais de duas décadas, Grannis assinalou a tendência das unidades federativas dos Estados Unidos da América (EUA) de editar legislação acerca dos *bias crimes* – “crimes de preconceito”, “de intolerância” ou “de ódio” –, condutas já tipificadas como delito penal, mas que recebem uma pena adicional em virtude do preconceito étnico, de gênero, de cor de pele, de origem nacional e de orientação sexual que as motivou⁶⁸.

O autor destaca a existência de três modelos de regulação dos *bias crimes* nos EUA. O primeiro deles apresenta um rol de características da(s) vítima(s) – etnia, gênero, procedência nacional, religião, orientação sexual, identidade de gênero, dentre outros – que, motivando a prática de uma ofensa penal, farão com que a pena *in abstracto* seja maior do que aquela cominada a condutas idênticas, mas não provocadas pela intolerância. Outro modelo prevê a tipificação de um novo crime – de discriminação – dentre cujos elementos encontra-se a prática de outras infrações penais. Há ainda um terceiro modelo, o qual confia ao magistrado a tarefa de levar em conta a motivação preconceituosa por trás da prática do crime no momento de definir a pena *in concreto*⁶⁹.

⁶⁶ Ibid. p. 129-130.

⁶⁷ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. op. cit. p. 6.

⁶⁸ GRANNIS, Eric J. Fighting words and fighting freestyle: the constitutionality of penalty enhancement for bias crimes. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 93, n. 178, p. 180-185, jan. 1993.

⁶⁹ No Brasil, o art. 140, §3º do Código Penal prevê o crime de “injúria racial”, espécie de injúria cuja pena *in abstracto* supera a pena da injúria comum em razão de sua motivação preconceituosa, externalizada pelo emprego de “elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora

Segundo Grannis, geralmente a lei penal pune a ciência do autor em relação à sua conduta. Em alguns casos, porém, além da ciência, a lei demanda propósito específico do autor para que o seu agir ou não-agir seja punível. Esse último caso é semelhante ao das leis que tornam maiores as penas de crimes praticados com motivação preconceituosa: a pessoa que pratica o delito, ciente da sua conduta, mas indiferente quanto a qualquer característica identitária da vítima, recebe uma pena menor do que aquela pessoa que, além da ciência de seu ato, age propositamente em virtude de uma característica identitária⁷⁰.

Para Grannis, as previsões legais de reprovação à motivação preconceituosa atendem a interesses públicos de primeira ordem, quais sejam:

- (i) a proteção de grupos vulneráveis, mediante o combate à sua “vitimização desproporcional” – o autor de um delito, quando o pratica em virtude de intolerância a um determinado grupo social, realiza um ato duplamente negativo, pois: (a) causa dano, individualmente, à vítima, como qualquer outra ofensa penal; e (b) contribui para o dano desproporcional sofrido por certos grupos sociais em virtude de crimes de ódio de que são frequentemente vítimas. Ao prescrever penas adicionais aos crimes de ódio, o Estado pune com base no “dano adicional causado pelo agente do delito e tenta promover a igualdade entre os cidadãos, desestimulando a realização de atos semelhantes no futuro”⁷¹.
- (ii) a prevenção da supressão de liberdades fundamentais, já que os integrantes de grupos vulneráveis deixam de exercer certos direitos para evitar que se

de deficiência”. Há, também, uma forma específica de tortura baseada na intolerância racial ou religiosa, infração prevista no art. 1º, I, “c” da Lei Nº 9.455, de 7 de abril de 1997: “Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: c) em razão de discriminação racial ou religiosa”. Além dos referidos dispositivos, a Lei 7.716/89, atendendo ao mandado de criminalização constitucional do racismo (art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988), definiu as infrações penais resultantes do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. De uma forma geral, as condutas previstas na Lei 7.716/89 não são consideradas como crimes se não houver a motivação preconceituosa, i.e., não são tipos penais cuja pena *in abstracto* é maior em virtude da discriminação intrínseca à prática do crime. Não há qualquer disposição, contudo, prevendo incremento de pena ou ofensas criminais específicas destinados à proteção das minorias sexuais.

⁷⁰ Grannis faz uma analogia dessa previsão legal com o “propósito” de ganho pecuniário, que é causa de agravamento de pena no delito de homicídio, previsto no *Model Penal Code* nos EUA. Cf. GRANNIS, Eric J. op. cit. p. 192.

⁷¹ Ibid. p. 219-220.

tornem vítimas de crimes de ódio, diminuindo a sua exposição em espaços públicos e até privados.

- (iii) a retribuição a um mal moral, já que o direito penal tem caráter retributivo ao tipificar condutas cuja proibição tem um caráter moral, e não, necessariamente, utilitário.

Também nesse sentido, cumpre destacar as conclusões a que chegou a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (**FRA**, sigla em inglês) ao publicar um estudo sobre crimes de ódio nos Estados-Membros, em 2012. O relatório em questão destaca os efeitos negativos desses delitos “em três níveis”, quais sejam, o individual, o de grupo e o da coletividade.

Do ponto de vista individual, há um ataque adicional à dignidade da vítima, pois ao praticar um delito contra ela motivado pelo ódio, discrimina-se por uma de suas características presumidamente relevantes para a construção de sua identidade no meio social. Em razão disso, os crimes de ódio causam impacto muito forte sobre as vítimas, já que “ [elas] não podem atribuir a sua vitimização à má sorte. Ao invés disso, elas são forçadas a aceitar que a sua identidade social foi visada e que elas permanecem em risco de repetida vitimização”⁷². O resultado é a depressão, o sentimento de culpa, isolamento, desconfiança e até ataques de ansiedade e pânico em alguns casos, justamente porque o objeto do ódio externalizado é uma característica da vítima que ela não pode ou não quer mudar.

Reconhecendo que uma conduta odiosa pode reverberar entre pessoas que compartilham das convicções do autor do crime, o estudo aponta, ademais, o risco de difusão de atos discriminatórios. De forma semelhante ao argumento apresentado por Grannis, o relatório afirma que esse cenário desfavorável a grupos vulneráveis resulta na eliminação de direitos fundamentais de pessoas percebidas socialmente como integrantes desses grupos. Dentre os direitos fundamentais ameaçados destacam-se, na concepção de Swiebel e van der Veur⁷³, o direito à vida, liberdade e segurança bem como, em algumas situações, o direito à liberdade de expressão e de associação.

⁷² Tradução livre. Cf. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Make hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights**. Viena: FRA, 2012. p. 20. Disponível: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014.

⁷³ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. op. cit. p. 10.

Do posto de vista coletivo, os crimes de ódio reforçam distinções e barreiras que conformam estruturas sociais injustas, contrariando o ideal de sociedade plural, segundo o qual o fato de uma pessoa pertencer a um grupo minoritário não a desqualifica enquanto cidadã e nem a torna mais sujeita à violência ou exclusão.

Muito embora a regulação específica do crime de ódio seja socialmente importante – como defendem Grannis e a FRA – ela não existe em muitos países, sobretudo para a proteção das minorias sexuais⁷⁴. Na União Europeia, por exemplo, apenas 12 países incluíam, em 2011, a motivação homo ou transfóbica como circunstância agravante para todos os crimes comuns ou para um determinado conjunto de ofensas penais⁷⁵. No Brasil, não há dispositivos que prescrevam o acréscimo de pena para a prática de crimes comuns com motivação discriminatória – à exceção do crime de injúria – existindo, por outro lado, crimes específicos tipificados como “racismo” pela Lei 7.716/89, além da previsão de uma forma específica de tortura motivada por raça ou religião. Não há, entretanto, lei que torne criminalmente punível, de forma expressa, o intento homo e transfóbico no país.

Fazendo uma análise comparativa, a Human Rights First publicou relatório em que constatou a existência de legislação prevendo a motivação homo ou transfóbica como circunstância agravante ou crime específico em 12 dos 56 países que integram a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa. A motivação racista/de ódio étnico/xenofóbica e a religiosa, por outro lado, estão presentes na legislação sobre crimes de ódio em 39 e 32, respectivamente, dos 56 países da referida organização⁷⁶.

⁷⁴ Nos EUA, em outubro de 2009, o Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act foi sancionado pelo então Presidente, Barack Obama, para expandir a legislação federal em matéria de crimes de ódio, de modo a incluir a motivação preconceituosa contra o gênero, a orientação sexual, a identidade de gênero ou a deficiência da vítima. THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/crm/matthewshepard.php>>. Acesso em: 13 dez 2014.

⁷⁵ Em alguns dos Estados que não previam expressamente a motivação homo ou transfóbica como causa agravante é possível aplicar, contudo, dispositivos mais genéricos da legislação nacional para assegurar uma pena maior aos delitos realizados com intento anti-LGBT. Cf. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States**. Viena: FRA, 2011. p. 14. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf>. Acesso em 13 dez 2014; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity – 2010 Update**. Viena: FRA, 2010. p. 41-43. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1759-FRA-2011-Homophobia-Update-Report_EN.pdf>. Acesso em 13 dez 2014.

⁷⁶ Muito embora outros países já tenham adotado legislação nesse sentido desde a publicação do relatório, em 2008, o estudo continua sendo um instrumento de comparação interessante. Cf. HUMAN RIGHTS FIRST. **2008 Hate Crime Survey**. Nova Iorque: Human Rights First, 2008. p. 169-170. Disponível em: <<http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/FD-081103-hate-crime-survey-2008.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2013.

Muito embora exista uma diferenciação conceitual entre crime e discurso odiosos amplamente difundida pela doutrina e pela jurisprudência internacional – critério de diferenciação adotado, inclusive, no presente estudo – é importante mencionar que os delitos penais dessa natureza também trazem, em si, um forte elemento discursivo⁷⁷.

Também adotando essa linha de pensamento, Grannis frisa que mesmo ataques físicos passam uma mensagem, já que as vítimas são escolhidas como símbolos de uma classe mais ampla de indivíduos que o autor do crime visa atingir⁷⁸. Isso é evidente, ao se constatar as referências – explícitas ou implícitas – que o autor do crime faz à(s) característica(s) identitária(s) da vítima, àquela(s) que a vincula(m) a um determinado grupo social. A mensagem transmitida pelo autor tem o objetivo de afirmar o caráter inferior do grupo social ao qual pertence a vítima. “[Os crimes de ódio] expressam a ideia de que algumas pessoas – querendo ou não – serão rotuladas como X e que os direitos dessas pessoas importam menos porque elas são X”⁷⁹. Olhando sob esse prisma, o crime também deve ser encarado como um discurso de ódio, pois constitui, a exemplo deste último, uma manifestação de intolerância motivada por um preconceito.

Em síntese, um número ilimitado de condutas pode ser classificado como discurso, pois sempre que um ato for motivado pela expressão de uma ideia, há uma mensagem subjacente. Se, por um lado, o crime de ódio tem forte valor discursivo, por outro, o discurso de ódio deve ser encarado como um crime. Isso por se tratar de veículo igualmente apto à difusão do preconceito, contribuindo para a manutenção de uma ordem social de exclusão incompatível com valores como a democracia e a diversidade, como se verá a seguir.

1.2.2. Discurso de ódio

Sarmiento define o “discurso de ódio” ou *hate speech* como

⁷⁷ Nem sempre é fácil definir se uma determinada conduta consiste em discurso ou crime de ódio. No caso R.A.V. v. Cidade de Saint Paul, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA considerou inconstitucional lei estadual que definia como ofensa penal, a colocação, “em propriedade pública ou privada, de símbolo, objeto, denominação, caracterização, figura em grafite, incluindo, mas não se limitando, a atear fogo a uma cruz ou à suástica nazista, que se sabe ou se tem razoáveis fundamentos para saber provocador de raiva, alarde ou ressentimento nos outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero”. A Corte considerou que a referida lei vedava certos tipos de atos comunicativos com base em seu conteúdo, i.e., avaliou a conduta descrita no tipo penal como eminentemente comunicativa. Cf. MANNHEIMER, Michael J. The fighting words doctrine. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 93, n. 6, p. 1547-1549, 1993.

⁷⁸ GRANNIS, Eric J. op. cit. p. 218.

⁷⁹ Tradução livre. Cf. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Make hate crime visible in the European Union: acknowledging victims’ rights**. op. cit. p. 21.

“manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”⁸⁰

Rosenfeld afirma que o *hate speech* conforma “um discurso realizado com a finalidade de promover o ódio em razão de raça, religião, etnia ou origem nacional”⁸¹. Christou⁸², de forma mais ampla, destaca que o termo tem sido utilizado para fazer referência a diversas formas de tratamento, verbal ou simbólico, explícita ou implicitamente discriminatório contra grupos determinados e seus integrantes. Waldron, identificando elementos convergentes na definição jurídica de discurso de ódio empregada por democracias ocidentais, ressalta que esses países regulam “o uso de palavras que são deliberadamente abusivas e/ou insultantes e/ou ameaçadoras e/ou humilhantes direcionadas a membros de minorias vulneráveis, de modo a instigar ao ódio contra elas”⁸³.

a) Discurso de ódio como *ato discursivo*

Como o emprego do termo “discurso” para tratar de manifestações odiosas assinala, o discurso de ódio deve ser interpretado como um “ato discursivo”, em virtude de seu caráter eminentemente comunicativo. Nessa categoria, encontram-se manifestações escritas – em papel impresso ou documento eletrônico, disseminado na internet –, orais ou visuais – veiculação/exibição de imagens e/ou símbolos. São expressões que se tornam, de forma “permanente ou semipermanente, parte visível do ambiente em que nós [pessoas em geral] e os membros de grupos vulneráveis conduzem suas vidas”⁸⁴.

A principal diferença em relação aos crimes de ódio em sentido estrito é justamente a preponderância do elemento comunicativo na manifestação odiosa⁸⁵. Para Waldron, essa forma de discurso tem por principal objetivo, a transmissão de duas mensagens: uma, de conteúdo intimidatório, destinada a membros de um grupo socialmente minoritário e outra,

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. op.cit. p. 208.

⁸¹ Tradução livre. Cf. ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Working Papers Series 41**, Nova Iorque, p. 2, abr. 2001. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 13 dez 2014.

⁸² CHRISTOU, Vasiliki E. **Die Hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 17-18.

⁸³ Tradução livre de “the use of words which are deliberately abusive and/or insulting and/or threatening and/or demeaning directed at members of vulnerable minorities, calculated to stir up hatred against them”. WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University, 2012. E-book versão Kobo. p. 16 do Capítulo 1.

⁸⁴ WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 8 do Capítulo 3.

⁸⁵ GRANNIS, Eric J. op. cit. p. 216.

visando a instigação ao ódio, dirigida ao restante da sociedade em que o referido grupo está inserido⁸⁶.

Nos crimes motivados pelo preconceito também há a transmissão de uma mensagem discriminatória, mas a ênfase da conduta recai no ato de desvalor contra a integridade física ou patrimonial da vítima. É importante ressaltar, contudo, que o discurso de ódio – tal qual o crime odioso em sentido estrito – é uma conduta, não constituindo mera opinião⁸⁷.

Christou coloca, nesse ponto, as seguintes questões: o discurso pode, devido à sua natureza imaterial, causar dano aos seus destinatários? Será que a proteção da manifestação de uma opinião não remete ao dualismo “corpo-mente”, que tende a minimizar a importância da integridade psicológica dos indivíduos? A autora assinala, como resposta a essas indagações, a noção de que o discurso de ódio, em razão de seus efeitos graves e, muitas vezes, materiais, deve ser encarado como conduta, e não como mera manifestação ou opinião⁸⁸.

Tulkens, ao tratar dessa questão no artigo intitulado “When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights”, afirma que a Corte Europeia de Direitos Humanos também considera o *hate speech* como um ato, e não uma opinião. Segundo o autor, essa é uma inversão conceitual importante para que a regulação do discurso seja viável em um contexto democrático:

“em uma democracia, uma pessoa não pode ser incriminada com base na sua opinião, mas apenas em virtude de um comportamento. Isso significa que as palavras não devem ser submetidas a nenhuma forma de restrição? Não. Quando consideramos a questão a partir dessa perspectiva, o foco muda. A questão não é mais que tipos de opinião ou expressão estão de acordo com a lei ou não, mas quais atos discursivos são compatíveis com a democracia e quais não são. Quando constatada a sua ocorrência, o discurso de ódio é um ato, a não mera opinião”⁸⁹

Em síntese, o discurso de ódio é uma conduta comunicativa, i.e., uma ação – não se limita ao plano das ideias, gerando efeitos materiais – que tem por objetivo a transmissão de mensagens. Justamente em virtude dessa capacidade de gerar efeitos materiais – questão a

⁸⁶ WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 3 do Capítulo 1.

⁸⁷ A separação entre o ato discursivo enquanto conduta e a opinião individual por trás de sua externalização consiste em importante diferença conceitual em relação ao pensamento de Mill, que considerava o direito de formar uma opinião e de expressá-la, na prática, indissociáveis. Cf. MILL, John Stuart. op. cit. p. 38.

⁸⁸ CHRISTOU, Vasiliki E. op. cit., p. 39-40.

⁸⁹ Tradução livre. TULKENS, Françoise. **When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights**. Estrasburgo, 2012, p. 3. Disponível em: <http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/TULKENS_Francoise_Presentation_When_to_Say_is_To_Do_Freedom_of_Expression_and_Hate_Speech_in_the_Case_Law_of_the_ECt_HR_October_2012.pdf>. Acesso em: 13 dez 2014.

ser tratada mais detidamente na próxima seção do presente estudo – Swiebel e van der Veur afirmam que o discurso de ódio pode ser considerado um tipo específico de crime odioso, constituindo, igualmente, uma forma de violência⁹⁰. Rios, por outro lado, prefere tratar do discurso em questão como expressão de violência “não-física”⁹¹ – diferenciando-os dos crimes de ódio em sentido estrito, tidos por expressão de violência física.

b) Discurso de ódio como *forma de intimidar e de instigar ao ódio*

O caráter extremo do discurso de ódio não se constata a partir das palavras ou imagens utilizadas na manifestação da intolerância, mas do seu objetivo: intimidar um grupo social, negando aos seus integrantes, direitos de sua titularidade. Além disso, insta-os a deixar o espaço público, por meio de sua inferiorização e, em alguns casos, desumanização⁹². Waldron sintetiza a intenção do autor do discurso odioso face ao grupo social discriminado:

“Não se deixem enganar, pensando que são bem-vindos aqui. A sociedade ao redor de vocês talvez pareça hospitaleira e não-discriminatória, mas a verdade é que vocês são indesejados, e que vocês e as suas famílias serão evitados, excluídos, agredidos e expulsos, assim que possamos fazê-lo. Nós talvez tenhamos que manter certa discrição agora, mas não se sintam muito confortáveis. Lembrem-se do que já aconteceu com vocês e com o seu tipo no passado. Tenham medo”⁹³.

Além de intimidar um grupo social específico, o conteúdo discriminatório do discurso de ódio insta outros integrantes da sociedade ao ódio contra os membros da minoria em questão, alimentando a intolerância. Para tanto, vincula religião, etnia, procedência nacional, orientação sexual ou outra característica identitária do grupo social visado a condutas ou atributos avaliados negativamente pela sociedade. A ideia é trazer à tona a rejeição latente, no tecido social, a uma determinada minoria.

⁹⁰ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. op. cit. p. 6.

⁹¹ Cf. RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 131. É preciso ressaltar que tanto o crime odioso, em sentido estrito, quando o discurso de ódio, constituem atos de violência, sendo repreensíveis em virtude dos danos que causam ao grupo hostilizado e à coletividade como um todo. A partir da análise dos efeitos do discurso de ódio essa afirmação ficará evidente.

⁹² O discurso de ódio, implícita ou explicitamente, representa um grupo social específico como algo desprezível e menos que humano. Segundo Mullen e Leader, a tendência de utilizar insultos baseados em características identitárias de grupos “externos” pode corresponder ao processo por meio do qual as pessoas prescrevem essência humana ao grupo ao qual pertencem, “infrahumanizando” outros grupos. MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. Linguistic Factors: Antilocutions, Ethnonyms, Ethnophaulisms, and Other Varieties of Hate Speech. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter; RUDMAN, Laurie A. **On the Nature of Prejudice – fifty years after Allport**. Oxford: Blackwell, 2005, p. 199.

⁹³ Tradução livre. WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 3 do Capítulo 1.

Para atingir esse objetivo, a intimidação e a incitação ao ódio não precisam ocorrer de forma explícita, bastando que sejam interpretadas enquanto tal pelo contexto em que ocorram e pela intenção de seu autor. Anne Weber menciona, inclusive, que muito embora a expressão “discurso de ódio” faça alusão apenas à demonstração de emoções violentas, o seu sentido alcança também “colocações que, à primeira vista, possam parecer racionais”⁹⁴. Portanto, o discurso de ódio também pode ser implícito, situação em que o combate a ele torna-se mais difícil⁹⁵.

Em qualquer situação, contudo, tal espécie de discurso deve ser interpretada como forma de discriminação direta⁹⁶. Isso porque atinge grupos minoritários intencionalmente. Na ausência do propósito de discriminar, haverá, no máximo, a discriminação indireta, se o discurso for, em si, discriminatório. Nesse caso, contudo, não poderá ser classificado como discurso de ódio, ainda que contribua para a marginalização de certos grupos sociais.

c) Discurso de ódio como forma de *discriminação de grupos sociais vulneráveis*

O destinatário do discurso odioso é, direta ou indiretamente, um grupo social: uma coletividade percebida enquanto tal pela sociedade e pelos próprios integrantes do grupo, que compartilham de características identitárias comuns e nutrem sentimento mútuo de identificação. Swiebel e van der Veur mencionam, a título de exemplo, as manifestações de ódio voltadas às minorias sexuais em debates políticos sobre direitos LGBT ou durante contra-protestos em eventos como passeatas do orgulho gay⁹⁷.

É preciso mencionar, entretanto, que o discurso de ódio pode tomar a forma de uma agressão verbal, visual ou escrita dirigida a apenas uma pessoa no espaço público. Nesse caso, a conduta é interpretada como discurso odioso sempre que, indiretamente, visar um grupo social, i.e., quando o propósito do ato comunicativo for discriminar a vítima tendo em vista o seu pertencimento a determinado grupo social. Caso contrário, a conduta representa

⁹⁴ WEBER, Anne. **Manual on hate speech**. Estrasburgo: Council of Europe, 2009, p. 5.

⁹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

⁹⁶ “Discriminação direta [...] ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundados em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação proibidas, tem propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais [...] o elemento distintivo entre a discriminação direta e a discriminação indireta é a intencionalidade”. Cf. RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

⁹⁷ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. op. cit. p. 6.

insulto individual⁹⁸ que, a depender das suas especificidades, poderia no máximo ser interpretada, no contexto brasileiro, como um delito contra a honra – calúnia, difamação ou injúria.

Os grupos sociais visados por manifestações de ódio têm natureza minoritária⁹⁹, i.e., constituem setores marginalizados e ‘desempoderados’ da comunidade. Como já afirmado anteriormente, o propósito do discurso é afirmar a inferioridade de determinado grupo com a finalidade última de negar o reconhecimento de direitos de sua titularidade. Assim, são as minorias¹⁰⁰ que se encontram mais vulneráveis a ele. Algumas definições de discurso de ódio listam, inclusive, as ideologias que podem alimentá-lo para que seja considerado como tal¹⁰¹.

A conformação de uma minoria deve ser analisada em um contexto, i.e., na sociedade em que ocorre a agressão verbal, visual ou escrita¹⁰². Isso porque a existência de uma “minoria” – e a necessidade de desenvolvimento de um aparato protetivo destinado ao seu “empoderamento” – pressupõe uma relação desigual de poder entre um grupo dominante ou “majoritário” e outro dominado ou “minoritário”. Deste modo, a acepção de minoria empregada no presente estudo não é numérica, mas política¹⁰³.

Em síntese, o discurso de ódio pode ser definido como um ato discursivo extremo, pautado por percepções subjetivas abstratas e negativas em relação a um determinado grupo minoritário, visando, direta ou indiretamente, à reafirmação de hierarquias socialmente construídas – a subordinação de minorias, sejam elas religiosas, étnicas, de gênero, sexuais ou quaisquer outras – por meio da intimidação e da promoção da intolerância. Ainda que não o faça de forma expressa, essa forma de discurso intenta negar ao grupo minoritário

⁹⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit. p. 102.

⁹⁹ Ibid. p. 97.

¹⁰⁰ Christou menciona que os tribunais alemães consideram como minoria, grupos reduzidos em número ou histórica e socialmente prejudicados. Cf. CHRISTOU, Vasiliki E. op. cit. p. 20.

¹⁰¹ O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na Recomendação Nº R (97) 20 sobre discurso de ódio, menciona explicitamente o racismo, a xenofobia e o antissemitismo. À essa lista, é importante acrescentar o sexismo e o heterossexismo, ideologias que também se estruturam com base em uma lógica de hierarquização social, conforme análise do item 1.1. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Sobre “discurso de ódio”. Recomendação n. R (97) 20, de 30 de outubro de 1997.

¹⁰² Grannis, ao tratar da doutrina estadunidense das *fighting words*, menciona que os efeitos danosos advindos de uma ameaça recaem desproporcionalmente sobre um grupo vulnerável, quando essa ameaça é motivada por um preconceito. Desta forma, o Estado veda esse tipo de discurso para evitar que certos grupos sejam desproporcionalmente afetados por agressões verbais, independentemente de seu conteúdo. GRANNIS, Eric J. op. cit. p. 226.

¹⁰³ Um exemplo de grupo minoritário que constitui maioria numérica consiste nas mulheres: apesar de representarem a maior parte da população nacional, encontram-se em posição de desvantagem na sociedade brasileira em virtude do sexismo.

visado, a extensão de direitos que, a partir de uma acepção material da igualdade¹⁰⁴, são de sua titularidade. É, assim, uma conduta discriminatória.

Não restam dúvidas de que a população LGBT constitui um grupo social potencialmente visado pelo discurso de ódio, justamente em virtude de seu caráter minoritário, no mundo inteiro. No Brasil, a vulnerabilidade da população LGBT é evidenciável a partir da análise de estatísticas de violência contra esse grupo, além da dificuldade no reconhecimento de direitos de sua titularidade – que depende, em grande medida, de decisões judiciais para acontecer, a exemplo da união civil entre pessoas do mesmo sexo, afirmada pelo STF em maio de 2011 – e da subrepresentação política de seus interesses – refletida nas dificuldades que circundam a aprovação de projetos de lei destinados a reconhecer direitos das minorias sexuais.

Para demonstrar o alto índice de violência a que estão sujeitos os LGBTs, o Grupo Gay da Bahia apresenta estatísticas anuais sobre o homicídio homofóbico em território nacional. Segundo o relatório publicado em janeiro de 2013, no ano anterior 338 LGBTs foram vítimas dessa forma de crime de ódio no país. Para o coordenador do relatório, Luiz Mott, os números são ainda maiores, já que a subnotificação dos crimes dessa ordem é significativa¹⁰⁵. Também a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, valendo-se de dados referentes às denúncias realizadas via “Disque Direitos Humanos”¹⁰⁶ em

¹⁰⁴ Além do viés redistributivo, a igualdade material adquire, recentemente, uma nova concepção nos debates sobre justiça social: o reconhecimento de identidades, o substrato ideológico por trás da afirmação dos direitos das minorias sexuais. Cf. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. Nova Iorque: Verso, 2003. p. 7.

¹⁰⁵ GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório 2012 – Assassinato de Homossexuais no Brasil**. Disponível em: <<http://homofobiamata.files.wordpress.com/2013/02/relatorio-20126.pdf>>. Acesso em 13 dez 2014. Em que pese as críticas à metodologia empregada pelo relatório na contabilização dos casos de homicídio homo e transfóbico, ele já foi empregado pelo governo brasileiro na redação de documento apresentado no âmbito da ONU, em 2008. Cf. BRASIL. Exame de Revisão Periódica Universal. **Relatório de Fevereiro de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/programas/pdf/6_relatorio-nacional-do-brasil-de-2008-em-portugues_relatorio-nacional-do-brasil-para-rpu-de-2008>. Acesso em: 13 dez 2014. Além do homicídio, a prática do delito de lesão corporal contra indivíduos LGBT é recorrente em território nacional, como atestam numerosas notícias veiculadas na mídia: Cf. Polícia Civil investiga agressões a gays em São Paulo. **Folha.com**, São Paulo, 5 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1196130-policia-civil-investiga-agressoes-a-gays-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 13 dez 2014. GUIMARÃES, Arthur. Celular no bolso ajudou vítima de homofobia na av. Paulista. **UOL**, São Paulo, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/11/23/celular-em-bolso-de-rapaz-desmaiado-salvou-vitima-de-homofobia-na-av-paulista-diz-policia.jhtm>>. Acesso em: 13 dez 2014; Polícia divulga retrato falado de um dos agressores da av. Paulista. **Folha.com**, s.l., 8 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/842489-policia-divulga-retrato-falado-de-um-dos-agressores-da-av-paulista.shtml>>. Acesso em: 13 dez 2014.

¹⁰⁶ O “Disque Direitos Humanos” ou “Disque 100” é um “serviço de utilidade pública da **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)**, vinculado a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, destinado a receber demandas [ou denúncias] relativas a violações de Direitos Humanos, em especial

2012, apresentou relatório atestando os níveis alarmantes de violência contra LGBTs em território nacional. O documento, o qual reporta “27,34 violações de direitos humanos de caráter homofóbico por dia”¹⁰⁷, conclui que:

“a homo-lesbo-transfobia é estrutural no Brasil, isto é, opera de forma a desumanizar as expressões de sexualidade divergentes da heterossexual, atingindo a população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais em todos os níveis e podendo ser encontrada nos mais diversos espaços, desde os institucionais até o nível familiar”¹⁰⁸

Outro estudo, baseado em entrevistas realizadas com participantes da Parada do Orgulho Gay na cidade de São Paulo, em 2005, assinala que 72,1% deles já foram vítimas de discriminação em virtude da sua sexualidade, enquanto que 65,7% afirmaram já ter sofrido alguma forma de agressão pelo mesmo motivo¹⁰⁹.

Ao reproduzir de forma extrema a ideologia do heterossexismo, o discurso de ódio funciona como uma forma de exteriorização da homofobia. Deste modo, contribui para a sua propagação e para a formação de uma atmosfera ameaçadora e intimidatória contra a população LGBT, atmosfera essa reportada pelos relatórios supramencionados. Para evidenciar a forma por meio da qual o discurso de ódio desempenha esse papel, seus efeitos sobre a sociedade serão analisados a seguir.

1.2.3. Lógica do discurso de ódio e seus efeitos

O discurso, como processo linguístico por meio do qual são atribuídos nomes às coisas e, conseqüentemente, existência social a elas, pressupõe uma antítese fundamental entre o “eu” – o enunciante – e o “outro” – objeto da enunciação¹¹⁰. Essa dicotomia alicerça

as que atingem populações com vulnerabilidade acrescida, como: Crianças e Adolescentes, Pessoas Idosas, Pessoas com Deficiência, LGBT, Pessoas em Situação de Rua e Outros, como quilombolas, ciganos, índios, pessoas em privação de liberdade”. Cf. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Ouvidoria – Disque 100**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100>>. Acesso em: 12 dez 2013.

¹⁰⁷ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília, 2013. p. 18. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 12 dez 2013. Para informações mais detalhadas a respeito da natureza das violações e da sua distribuição geográfica, bem como do perfil das vítimas, consultar o relatório.

¹⁰⁸ Ibid. p. 93.

¹⁰⁹ CARRARA, Sérgio; RAMOS, Silvia; SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. **Política, Direitos, Violência e Homossexualidade - Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT - São Paulo 2005**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006. p. 39.

¹¹⁰ BUTLER, Judith. **Excitable Speech – A Politics of the Performative**. Londres: Routledge, 1997. p. 5.

as bases do discurso odioso, que consiste na rearticulação linguística de uma relação social de dominação e das estruturas de poder a elas intrínsecas. Essa rearticulação pressupõe ato discursivo anterior e enceta consequências próprias, no que Butler chama de “corrente de ressignificações”: uma constante reatribuição de conteúdo a discursos anteriores e a modificação do contexto linguístico em que serão produzidos novos discursos¹¹¹.

O discurso homofóbico, a exemplo do racista e do sexista, vale-se da relação de subordinação entre dois grupos sociais. No caso, entre os transgressores de normas sociais relativas à sexualidade e aqueles que pretendem afirmá-las, reproduzindo e disseminando uma lógica de desumanização.

O discurso é, assim, utilizado como veículo linguístico para marginalizar as minorias sexuais, sendo a presença e replicação da sua versão homofóbica no meio social, a única explicação para a manutenção de uma ordem social de exclusão dessas minorias¹¹². O discurso em questão multiplica-se no âmbito de diferentes instituições sociais e arquiteta uma ideologia própria para justificar a limitação e a violação de direitos das minorias sexuais. Ele tem impacto sobre a esfera de liberdade e a percepção que os indivíduos LGBT têm de si mesmos. Do ponto de vista coletivo, ele afeta a distribuição de renda, bem como a estima social das minorias sexuais – o que, por sua vez, se traduz em um déficit democrático. Todas essas facetas do discurso de ódio serão abordadas na sequência.

Impactos sobre as minorias sexuais: (a) *Limitações à liberdade no espaço público*

Com a finalidade de atestar concretamente os efeitos desses atos comunicativos na vida de pessoas visadas pelo discurso, Nielsen¹¹³ realizou estudo empírico em que indagou integrantes de diferentes grupos sociais acerca de manifestações discriminatórias de que foram vítimas no espaço público. O objetivo da autora era constatar em que medida o racismo e o sexismo tornavam, respectivamente, “não-brancos” e mulheres desproporcionalmente destinatários de discursos ofensivos.

¹¹¹ Ibid. p. 14.

¹¹² A homofobia é um fenômeno cultural – no sentido de que pressupõe a existência de duas sexualidades opostas e diferentemente estimadas, a heterossexual e a homossexual, convenções sociais – sendo, portanto, construída a partir da vida em sociedade. Cf. BORILLO, op. cit. p. 63-64.

¹¹³ Nielsen entrevistou cem pessoas nas localidades de Berkeley/Oakland, São Francisco e Orinda, nos EUA, com a preocupação de assegurar uma ampla representação de etnias, status sócio-econômico e gênero. NIELSEN, Laura Beth. op. cit. p. 183-184.

A partir dos relatos obtidos, Nielsen concluiu que “estar em público é diferente para pessoas de diferentes etnias e gêneros”: apenas 5% dos indivíduos caucasianos entrevistados afirmaram sofrer com discursos racistas todos os dias/com frequência, enquanto que 46% das pessoas “não-brancas” entrevistadas disseram o mesmo; de forma semelhante, as mulheres são vítimas em escala muito maior que os homens (61% contra 14%, respectivamente) de “discursos explicitamente ou sugestivamente sexuais”¹¹⁴. Além das conclusões supramencionadas, Nielsen assinala que os membros de grupos não visados pelo discurso ofensivo no espaço público sistematicamente subestimam a frequência com que ele acontece¹¹⁵.

Mais alarmante que os números apontados pela autora, contudo, são as consequências que os discursos racista e sexista trazem para a forma como “não-brancos” e mulheres interagem com o espaço público. Ao colher relatos dos entrevistados, Nielsen conclui que a insegurança – e a vontade de evitar a exposição a discursos discriminatórios – sentida por integrantes de grupos minoritários em ambientes públicos os leva a desenvolver um “cálculo detalhado” para estar nesses ambientes. Esse “cálculo” resulta em uma série de limitações à esfera de liberdade dessas pessoas¹¹⁶.

As mulheres, por exemplo, fazem uma análise cuidadosa acerca do local público onde estarão e da hora do dia em que passarão por ali, para determinar o seu vestuário, companhia – ou falta de companhia – e linguagem corporal. Em suma, muitas delas alteram a forma como se vestem e se comportam em público, enquanto outras deixam de frequentar espaços completamente para minimizar as chances de serem vítimas de discursos sexistas. Quando são hostilizadas, geralmente culpam a si mesmas por não terem evitados as circunstâncias nas quais a ofensa aconteceu. Minorias étnicas, de forma semelhante, buscam meios de evitar a exposição ao discurso racista¹¹⁷.

Não é difícil perceber que o heterossexismo, tal qual o racismo e o sexismo, expõe um grupo minoritário de forma desproporcional a discursos odiosos. Uma pesquisa realizada pelo Centro Latino Americano em Sexualidade e Direitos Humanos em meio à 9ª Parada do Orgulho LGBT de São Paulo, em 2005, constatou que 59,5% do total de 721 entrevistados já haviam sido verbalmente agredidos¹¹⁸. Assim, é possível afirmar, no sentido das

¹¹⁴ Ibid. p. 39-43.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid. p. 56; WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 48 do Capítulo 4.

¹¹⁷ Ibid. p. 57-66.

¹¹⁸ O estudo mostra que existem grandes diferenças na exposição às agressões verbais entre lésbicas, gays, bissexuais e transexuais em São Paulo. Enquanto que 77,5% e 62,8% dos transexuais e homens homossexuais

conclusões de Nielsen, que as minorias sexuais também impõem limites à própria liberdade com a finalidade de minimizar as chances de sofrer agressões verbais e físicas.

(b) Impacto psicológico e efeitos psicossomáticos

Mesmo quando o discurso homofóbico não é dirigido a um interlocutor específico, a constante reafirmação do heterossexismo faz com que os integrantes das minorias sexuais introjetem essa lógica diferencialista e inferiorizante. Nesse processo, geram uma forte resistência interna à aceitação dos próprios desejos e com isso, muitas vezes, distúrbios psicológicos¹¹⁹ como depressão¹²⁰, vergonha, ansiedade e sentimento de culpa¹²¹. Isso ocorre porque o senso individual de dignidade humana e de pertencimento à comunidade é ligado intimamente à preocupação e ao respeito dispensados ao grupo social ao qual o indivíduo pertence¹²².

Mesmo quando conseguem superar seu problema de aceitação, os indivíduos sujeitos ao discurso de ódio muitas vezes resignam-se a aceitar a sua diferença de status, adequando-se à sua imagem socialmente construída. Nesse processo, acabam desenvolvendo uma baixa autoestima, a qual, nos termos de Sarmento, “se conecta não só ao bem-estar psíquico [das pessoas], mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida”¹²³. Ou seja, em última instância o discurso odioso cria entraves ao

entrevistados, respectivamente, relataram algum tipo de agressão verbal, um número proporcionalmente menor (40,4%) das mulheres bissexuais fizeram essa afirmação. Cf. CARRARA, Sérgio; RAMOS, Silvia; SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. op. cit. p. 51-52.

¹¹⁹ Christou afirma, nesse sentido: “as existências física e psíquica são tão intrinsecamente ligadas, que uma pessoa sofrendo transtornos psíquicos logo estará fisicamente doente. Dessa forma, o dano imaterial do discurso de ódio rapidamente transforma-se em dano material, físico” (tradução não-oficial). Cf. CHRISTOU, Vasiliki E. op. cit. p. 39-40.

¹²⁰ Ao analisar o impacto que um ambiente hostil às minorias sexuais pode ter sobre as taxas de suicídio adolescente de jovens lésbicas, gays e bissexuais, Hatzenbuehler concluiu que esses jovens estão significativamente mais inclinados a cometer suicídio que adolescentes heterossexuais (21,5% contra 4,2%). Ademais, assinala que as taxas de suicídio dessa parte da população é 20% maior em ambientes hostis quando em comparação com ambientes receptivos à diversidade. Cf. HATZENBUEHLER, Mark L. The Social Environment and Suicide Attempts in Lesbian, Gay, and Bisexual Youth. **Pediatrics – Official Journal of the American Academy of Pediatrics**, Elk Grove Village, v. 127, n. 5, p. 896-903, 2011.

¹²¹ Cf. MOTT, op. cit. p. 921; Cf. BORILLO, op. cit. p. 101; Mullen e Leader também assinalam, nesse sentido, depoimentos de vítimas de discursos discriminatórios que são unânimes em afirmar a amplitude e a profundidade dos efeitos deletérios dessa forma de manifestação. Segundo os autores, estudos confirmam que ser alvo de discurso de ódio tem efeitos danosos, que variam de respostas emocionais negativas, a reatividade fisiológica e baixa autoestima. Cf. MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. op. cit. p. 196.

¹²² CANADÁ. Suprema Corte. 3 S.C.R. 697. R. v. Keegstra, julgado em 13 de dezembro de 1990. O problema que a ausência de reconhecimento de grupos sociais minoritários – e, conseqüentemente de respeito para com eles – gera no contexto da vida em sociedade será tratado com maior profundidade no Capítulo 2.

¹²³ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 247.

desenvolvimento individual dos integrantes das minorias visadas, reduzindo suas potencialidades.

(c) Distorções econômicas

Em virtude dessa amplitude social, à primeira vista, o fenômeno do discurso homofóbico parece repercutir apenas na esfera cultural da sociedade e psicológica das pessoas que a compõem. Contudo, essa é uma visão equivocada: muito embora os espaços econômico e cultural existam de forma independente, eles exercem influência recíproca um sobre o outro. Nesse sentido, é possível dizer que o mercado, mesmo enquanto instituição econômica autônoma, não consegue impedir completamente que as normas heterossexistas sejam traduzidas em subordinação econômica¹²⁴.

Na prática, o que se observa em um ambiente permeado pelo discurso homofóbico é uma hostilidade às minorias sexuais, a qual acaba por gerar também injustiças econômicas¹²⁵. Isso porque essas minorias enfrentam maiores dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, além de não terem acesso a todos os benefícios derivados do reconhecimento do núcleo familiar¹²⁶. Ademais, podem ter seus gastos ampliados em virtude de restrições de acesso à saúde, educação e consumo¹²⁷. Em síntese: o discurso homofóbico,

¹²⁴ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. op. cit. p. 53-54.

¹²⁵ Estudo recente do Banco Mundial estima em bilhões de dólares o custo econômico da homofobia decorrente da depressão e suicídio de LGBTs, além da discriminação no trabalho, da prevenção e combate ao HIV. É importante ressaltar que esse prejuízo não onera apenas as minorias sexuais, mas a sociedade como um todo. Para informações mais detalhadas, conferir: WORLD BANK. **The Economic Cost of Homophobia: How LGBT Exclusion Impacts Development**. Disponível em: <<http://live.worldbank.org/economic-cost-of-homophobia>>. Acesso em 13 dez 2014.

¹²⁶ O STF reconheceu o caráter de união estável das uniões homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132) e o STJ, a celebração de casamento entre indivíduos do mesmo sexo (REsp 1.183.378-RS) – reafirmada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013, a qual proíbe a todos os cartórios do país a negação de celebrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, a falta de legislação a respeito implica certa vulnerabilidade dessa situação, a qual pode ser revertida mediante a aprovação de lei em sentido contrário no Congresso Nacional.

¹²⁷ A homofobia internalizada pode resultar na recusa de atendimento em hospital, público ou privado, na não aceitação de matrícula em instituição de ensino ou mesmo na rejeição à realização de uma transação comercial ou estabelecimento de uma relação de consumo. Nesse sentido, pesquisa realizada em meio à 9ª Parada do Orgulho LGBT de São Paulo, em 2005, aponta números relativos à discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero no ambiente de estudo, trabalho, comércio, lazer e cuidado com a saúde. As estatísticas são significativas, sobretudo para condutas que discriminam transexuais. Cf. CARRARA, Sérgio; RAMOS, Silvia; SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. op. cit. p. 42-49. Em todos esses casos, o indivíduo terá de procurar alternativas às suas preferências previamente estabelecidas em termos de custo/benefício, o que provavelmente resultará em um prejuízo econômico. Ainda que alguns estados e municípios brasileiros tenham leis que vedem essas formas de discriminação – prevendo sanções administrativas na superveniência de alguma violação –, ela ainda pode ocorrer sem que se possa prová-la.

ao ensejar a institucionalização da desigualdade no âmbito do direito¹²⁸ e contribuir para o cerceamento do acesso a serviços e bens, tem efeitos regressivos.

Deve-se ressaltar, além disso, que esses efeitos são ainda mais perniciosos sobre as pessoas, as quais integram as minorias sexuais e, além disso, auferem baixa renda¹²⁹. Essas pessoas, sujeitas a uma situação de invisibilidade – reforçada, inclusive, pela construção de uma identidade homossexual economicamente abastada até mesmo por alguns defensores dos direitos LGBT – acabam sendo desproporcionalmente afetadas pela discriminação por orientação sexual/identidade de gênero e pela má distribuição de renda.

Assim, se por um lado as dificuldades de acesso a bens e a serviços para homossexuais, bissexuais, transexuais e travestis têm impactos desproporcionais para pessoas LGBT hipossuficientes, o fato de auferir baixa renda diminui a possibilidade de materialização de direitos decorrentes do reconhecimento. Há uma mútua influência entre as esferas cultural e econômica que, especialmente no caso supramencionado, contribuem para a deterioração da situação material das pessoas em questão¹³⁰.

É possível enxergar mais facilmente os efeitos do discurso homofóbico nas esferas social, psicológica e econômica quando se analisa a questão sob o prisma das liberdades substantivas, conceito proposto por Amartya Sen em “Desenvolvimento como Liberdade”. O autor concebe a “liberdade substantiva” como a expansão máxima das “capacidades das pessoas para levarem o tipo de vida que elas valorizam”¹³¹. Ela engloba tanto os processos que permitem liberdade de ação e decisão (liberdades civis e políticas), quanto as oportunidades reais do indivíduo, considerando as suas condições de vida. Concebida dessa forma, a liberdade substantiva tem relação direta com a qualidade de vida das pessoas e, por isso, constitui modo mais apto de mensurar o êxito de uma determinada sociedade.

Deste modo, ainda que as capacidades estejam relacionadas com a renda – pois sem renda, as oportunidades reais são reduzidas – essa relação não é suficiente para avaliar a

¹²⁸ Borrillo, também nesse sentido, destaca que a homossexualidade teria sido “formulada” como um “critério de acesso desigual a recursos econômicos, políticos, sociais e/ou jurídicos”, de modo a “justificar a exclusão de uns e a promoção de outros”. Cf. BORRILLO, Daniel, op. cit. p. 38.

¹²⁹ Nesse sentido, Natividade e Oliveira afirmam que é “inegável a importância do cruzamento entre distintos marcadores sociais na produção de tais assimetrias. A discriminação por orientação sexual pode estar intimamente imbricada a outras formas de exclusão, associadas, por exemplo, a gênero e à classe social, conformando relações de força que ensejam a produção da diferença”. Cf. NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. op. cit. p. 128.

¹³⁰ HUTCHINSON, Darren Lenard. “Gay Rights” for “Gay Whites”? Race, Sexual Identity, and Equal Protection Discourse. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 85, n. 5, p. 1369, 2000.

¹³¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 32.

liberdade substancial, havendo outros fatores a serem levados em conta. Pode-se falar, então, em privação de liberdade: situação em que tanto fatores econômicos, como socioculturais, criam embaraços à consolidação da liberdade substantiva de um indivíduo ou segmento social.

No caso específico das minorias sexuais, barreiras econômicas, especialmente no caso das pessoas LGBT hipossuficientes, são agravadas em grande medida pela negação de oportunidades de transação, uma limitação dos direitos de troca desses indivíduos. Eles têm suas opções reduzidas, tanto em razão de terceiros que não concederão oportunidades de emprego e de transação em geral, quanto em virtude de si mesmos. Isso porque, por medo ou baixa autoestima¹³², não enxergarão todas as opções disponíveis como oportunidades em potencial. Essa situação gera impacto em sua esfera de liberdade, diminuindo a sua qualidade de vida e seu potencial de desenvolvimento pessoal.

Em síntese, do ponto de vista individual, o discurso de ódio homofóbico – e a expectativa de concretização desse discurso na forma de violência física – impõe limitações à liberdade aos indivíduos LGBT, regulando a maneira como essas pessoas relacionam-se com o espaço público. Além disso, causam sérios danos de ordem psicológica e, indiretamente, distorções econômicas prejudiciais às minorias sexuais, sobretudo às pessoas “duplamente vulneráveis”, do ponto de vista social: lésbicas, gays, transexuais e travestis hipossuficientes.

Impactos sobre a sociedade: (d) *Hostilidade social*

É preciso salientar, contudo, que o discurso de ódio também causa danos à sociedade como um todo¹³³, ao criar uma atmosfera de animosidade entre grupos sociais distintos. Nesse sentido, o juiz Dickson, em importante decisão tomada pela Suprema Corte do Canadá em 1990, afirmou que

“os indivíduos podem ser persuadidos a acreditar em ‘quase tudo’ se a informação e as ideias são comunicadas usando as técnicas certas e as circunstâncias adequadas [...] o sucesso da publicidade moderna, o triunfo de propagandas imprudentes como a de Hitler, reduziram a fé na racionalidade dos seres humanos. Nós sabemos que sob pressão, em tempos de irritação e frustração, o individual é seduzido e até arrebatado por apelos emocionais [...] assim, não é inconcebível

¹³² Cf. MOTT, op cit. p. 921; Cf. BORILLO, op. cit. p. 101; SEN, op. cit. p. 36.

¹³³ CHRISTOU, Vasiliki E. op. cit. p. 39.

que a disseminação de propaganda odiosa possa atrair indivíduos para a sua causa, criando, no processo, tensões entre diferentes grupos culturais na sociedade”¹³⁴

No caso específico do discurso de ódio homofóbico, cria-se um ambiente ameaçador de desaprovação da homo e transexualidade que, direta ou indiretamente, instiga a violência física na forma dos crimes de ódio¹³⁵. Mullen e Leader sugerem, nesse sentido, que a hostilidade entre grupos é exacerbada pelo uso do discurso de ódio. Os autores assinalam estudos, os quais apontam altos níveis de agressão física em ambientes em que essas formas de manifestação são comuns, em contraste com ambientes em que isso não ocorre¹³⁶.

Para Waldron, no momento presente em que as sociedades tornam-se crescentemente multiculturais, é especialmente importante a afirmação de uma garantia pública de “inclusividade” e respeito. Segundo o autor, o senso geral de que todas as pessoas de uma determinada sociedade compartilham um “projeto de convivência” deve ser fortalecido. O *hate speech*, no entanto, é calculado justamente para atacar “o senso de segurança no qual membros de minorias confiam para conduzir sua vida em sociedade”¹³⁷, negando o projeto de convivência entre diferentes grupos sociais e afrontando a dignidade dessas pessoas¹³⁸. Ao fazê-lo, o discurso de ódio coloca em risco a garantia pública de inclusividade, servindo ainda como ponto de convergência para manifestações discriminatórias de indivíduos que tenham a mesma opinião do autor do discurso¹³⁹. Em síntese, a reprodução do *hate speech* mina o projeto de convivência que permite a coexistência de grupos sociais distintos de forma respeitosa, criando uma atmosfera hostil, propícia a formas ainda mais concretas de violência.

Ao desenvolver esse raciocínio em “The Harm in Hate Speech”, Waldron traça um paralelo entre os danos causados pelo discurso de ódio à vida em sociedade e o impacto ambiental de emissões de veículos automotores. Se a regulação dessas emissões fosse possível somente quando a poluição produzida por um carro causasse dano diretamente à saúde das pessoas, até hoje não teriam sido criadas leis ambientais nesse sentido. Contudo,

¹³⁴ CANADÁ. Suprema Corte. 3 S.C.R. 697. R. v. Keegstra. op. cit.

¹³⁵ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. op. cit. p. 6.

¹³⁶ MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. op. cit. p. 197.

¹³⁷ WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 48 do Capítulo 4.

¹³⁸ Para fugir à retórica comum no uso genérico do termo “dignidade”, Waldron a define como o status individual de membro estimado da sociedade – “person’s status as a member of society in good standing”. Cf. Ibid. E-book versão Kobo. p. 76 do Capítulo 5.

¹³⁹ “The publication of hate speech, the appearance of these symbols and scrawls in places for all to see, is a way of providing a focal point for the proliferation and coordination of the attitudes that these actions express, a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are not alone in their racism or bigotry”. Ibid. E-book versão Kobo. p. 61 do Capítulo 4.

essas leis existem, e foram baseadas no princípio de que as emissões de veículos automotores causam danos difusos, os quais, cumulativamente, têm efeitos devastadores sobre o meio ambiente e, assim, sobre a saúde das pessoas. No entendimento do autor, a mesma lógica envolvendo o conceito de efeito “difuso e cumulativo” deveria ser aplicado aos danos de ordem social, causados pelo discurso de ódio: “o pequeno impacto de milhões de ações – cada uma aparentemente desprezível por si só – pode produzir um efeito tóxico em larga escala”¹⁴⁰.

(e) Desestímulo à pluralidade e déficit democrático

Outro aspecto negativo do discurso odioso é o provável empobrecimento do debate público: ao inferiorizar um determinado grupo social, deslegitimando¹⁴¹ sua visão de mundo, costumes ou estilo de vida, o referido discurso tem o potencial de retrain as pessoas que compõe esse grupo. Em muitos casos, inclusive insta-as a deixar o espaço público e a sufocar suas vozes¹⁴². Resulta, assim, em um déficit democrático: o debate público perde em pluralidade¹⁴³.

Nesse sentido, Fiss descreve o que considera como o “efeito silenciador do discurso”:

“o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem.”¹⁴⁴

Sunstein, ao propor uma interpretação da Primeira Emenda à Constituição Estadunidense que atenda a princípios democráticos, destaca a importância de seu aspecto deliberativo, por meio do qual “novas informações e perspectivas influenciam julgamentos sociais sobre possíveis cursos de ação”¹⁴⁵ – escolhas em potencial para definir os rumos da sociedade. Para o funcionamento ótimo de seu aspecto deliberativo, a democracia demanda

¹⁴⁰ Ibid. E-book versão Kobo. p. 65-66 do Capítulo 4.

¹⁴¹ Sarmento menciona, inclusive, que a difusão dessa forma de discurso “tende a reforçar certos estereótipos negativos e irracionais, levando muitos indivíduos a desvalorizarem inconscientemente as contribuições ao debate público trazidas por componentes destes grupos”. Cf. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 239.

¹⁴² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit. p. 98.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 239.

¹⁴⁴ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

¹⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. Nova Iorque: The Free Press, 1995. E-book versão Kobo. p. 6 do Capítulo 2.

certa equidade política, no sentido de que, em meio a um dado processo deliberativo, os argumentos apresentados tenham mais peso do que o poder ou a autoridade das pessoas que os introduziram na discussão.

Abordando especificamente a questão do discurso de ódio, Sunstein afirma que o dano causado por ele é qualitativamente diferente daquele gerado por meras ofensas. Isso porque,

“tendo em vista aspectos históricos, injúrias direcionadas a grupos minoritários, e o discurso racista em geral, alimentam o medo de violência física, exclusão e subordinação que não são descritas, de forma plausível, como meras ‘ofensas’. **Esses danos vão de encontro à meta de equidade política, uma pré-condição para a democracia**”¹⁴⁶. (grifou-se)

Sunstein conclui, assim, no mesmo sentido de Fiss, afirmando que o discurso de ódio prejudica o aspecto deliberativo da democracia, pois suas vítimas podem ser silenciadas por ele, tornando-se relutantes a manifestar a sua opinião ou sendo ignoradas quando o fizerem. A permissividade ao discurso de ódio, ao contrário de salvaguardar interesses democráticos ao “promover a liberdade de expressão”, o prejudica, pois dá azo a manifestações de “baixo valor” – argumentação fraca ou irracional para fins deliberativos. Além disso, silencia pessoas que poderiam contribuir mais significativamente em processos deliberativos, apresentando visões de mundo minoritárias, de modo a fortalecer a pluralidade.

Assim, muito embora seja inviável auferir quantitativamente os efeitos do discurso homofóbico – em virtude da subjetividade de seu impacto no meio social e na esfera individual das pessoas LGBT –, é patente que ele gera danos de diferentes naturezas às minorias sexuais e à sociedade. Esse dano tem caráter difuso, em razão do grande número de pessoas que ele afeta, impondo limites ao exercício da liberdade substantiva por parte das minorias sexuais. Além disso, cria uma atmosfera de hostilidade social e desestimula a pluralidade, gerando déficits democráticos na sociedade em que ocorre.

1.2.4. Diferença em relação à incitação à violência e ao crime

A jurisprudência da Suprema Corte estadunidense adotou uma concepção de liberdade de expressão quase absoluta, como se mostrará no capítulo 3.1. Desenvolveu,

¹⁴⁶ Ibid. E-book versão Kobo. p. 67-69 do Capítulo 6.

contudo, um conceito proposto por John Stuart Mill em “Sobre a Liberdade”, que pode ser interpretado como uma exceção à absolutez da liberdade de expressão.

O paradigma de liberdade de expressão proposto por Mill considera a existência de uma opinião no mundo das ideias e a sua manifestação na realidade concreta como indissociáveis. Todavia, ele admite a mitigação dessa liberdade quando as opiniões são externalizadas “em circunstâncias [...] tais que a sua expressão constitui efetivamente uma instigação a um ato danoso”¹⁴⁷.

Assim, nos EUA, foi desenvolvida a doutrina das *fighting words*, “palavras que, ao serem manifestadas, causam dano ou tendem a incitar uma imediata violação da paz”¹⁴⁸. As *fighting words* são tratadas, nos EUA, como uma categoria específica de discurso, caracterizando-se pelo seu potencial e probabilidade de gerar violência.

São justamente esses dois os principais critérios elencados pela Suprema Corte dos EUA para determinar, em um caso concreto, a configuração das *fighting words*: (i) o potencial de gerar violência levando em conta a inclinação natural à violência do destinatário do discurso – critério objetivo; (ii) a probabilidade de que o discurso venha a gerar violência, i.e., a probabilidade de que o(s) destinatário(s) reaja(m) violentamente a ele, tendo em vista o contexto da sua ocorrência – critério subjetivo¹⁴⁹.

Como Sarmento observa, por meio desses parâmetros a Suprema Corte diferenciou a manifestação de ideias discriminatórias da incitação à realização de atos violentos. Deste modo, “admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência”¹⁵⁰, indignada com o discurso.

Em última instância, a preocupação por trás da doutrina das *fighting words* é a garantia da ordem e da paz públicas, e não o direito à não-discriminação e ao reconhecimento das vítimas. Assim, além dos juízos de potencialidade e probabilidade da resposta violenta, para que determinada manifestação configure uso de *fighting words*, é preciso que ela seja um insulto pessoal direto, pronunciado face-a-face com seu destinatário, e não uma ofensa generalizada¹⁵¹.

Além da categoria das *fighting words*, as decisões das cortes estadunidenses definiram uma análise de perigo presente e iminente para a prática de crimes, o chamado

¹⁴⁷ Destaca-se que, muito embora o autor mencione a perda da “imunidade” da opinião nesse caso, ele não deixa claro quais seriam as suas consequências no plano do direito. MILL, John Stuart. op. cit. p. 90.

¹⁴⁸ MANNHEIMER, Michael J. op. cit. p. 1534

¹⁴⁹ Ibid. p. 1544-1545.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 215.

¹⁵¹ MANNHEIMER, Michael J. op. cit. p. 1551.

“clear and present danger test”. Diferentemente da doutrina das *fighting words*¹⁵², o referido “teste” serve para identificar manifestações de opinião que tenham a intenção e o potencial de instigar pessoas simpáticas a ele a praticarem condutas ilegais.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA considera como discursos capazes de incitar ao crime, aqueles que sejam intencionalmente direcionados a incitar uma ação criminosa, provável e iminente¹⁵³. Isso porque

“as garantias constitucionais da liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem que o Estado proíba a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando esta defesa seja direcionada a incitar ou promover ação ilegal, e seja adequada ao incitamento ou à produção desta ação”¹⁵⁴.

Em suma, deve-se discernir “discurso de ódio” de “incitação à violência” e “incitação ao crime”. A incitação à violência pode configurar discurso de ódio, mas o que a define é o potencial e a probabilidade de gerar uma reação violenta do destinatário da manifestação. Da mesma maneira, a incitação ao crime pode configurar discurso de ódio, porém o que a caracteriza é a intenção e o potencial de induzir pessoas que compartilham da opinião externalizada a cometerem infrações penais.

As vedações, tanto à incitação à violência, quanto à incitação ao crime, destinam-se a garantir a ordem e a paz públicas – impedindo a erupção de violência física imediata. A proibição ao discurso de ódio, por outro lado, visa ao fim da reprodução de uma ordem social de exclusão – violência não-física – com diversos efeitos perniciosos para as minorias e para a sociedade como um todo – inclusive a erupção de violência física não-imediata, decorrente da atmosfera de hostilidade social, mencionada no item 1.2.3.

1.2.5. Discurso homofóbico não-odioso

O discurso homofóbico não-odioso pode ser entendido como uma manifestação de opinião que, muito embora não incite ao ódio e seja desprovida da intenção de segregar socialmente, é dotada de cunho discriminatório. Isso porque contribui para a criação ou a manutenção de estereótipos que engendram o processo de categorização social, com efeitos

¹⁵² Apesar das diferenças, Mannheimer assinala uma convergência entre a doutrina das *fighting words* e o *clear and present danger test*. Ibid. p. 1543.

¹⁵³ Ibid., p. 1551.

¹⁵⁴ Tradução de Daniel Sarmento de trecho da decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Brandenburg v. Ohio*. Cf. SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 214; Cf. EUA. Suprema Corte. 395 U.S. 444. *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 9 de junho de 1969.

negativos, sobretudo, para as minorias sexuais. De acordo com Rios, essa forma de discurso também impõe uma perspectiva heterossexual de mundo, tida por neutra e natural, utilizada sempre como parâmetro e ponto de partida¹⁵⁵.

Tal espécie de discurso consiste na materialização do que Borrillo nomeia “homofobia cognitiva”: “mais eufemística, [...] enraíza-se na atitude de desdém constitutiva de um modo habitual de apreender e categorizar o outro, [...] pretende simplesmente perpetuar a diferença homo/hétero”¹⁵⁶.

Muito embora não tenha o caráter extremo do discurso de ódio, a forma de manifestação em análise resulta na manutenção de privações de liberdade dos grupos sociais estigmatizados, constituindo conduta discriminatória¹⁵⁷. Além disso, desencadeia os demais efeitos deletérios dos atos comunicativos extremos, ainda que em grau reduzido: ao contribuir – mesmo não intencionalmente – para a perpetuação de estigmas, o discurso não-odioso estimula o tratamento prejudicial às minorias sexuais e a desvalorização do seu papel no debate público.

Sob essa perspectiva, mesmo na hipótese de o direito vedar práticas explicitamente homofóbicas, as minorias sexuais continuarão a ser marginalizadas dentro do espaço não regulado por ele. O discurso homofóbico não-odioso contribui, assim, para a difusão do parâmetro da heterossexualidade hegemônica como norma social.

Exemplo contundente dessa forma de discurso são as representações cômicas de gays, lésbicas, transexuais e travestis em programas humorísticos transmitidos via televisão e rádio ou disseminados na internet. Ao tratar do tema, o documentário “O Riso dos Outros”¹⁵⁸, dirigido por Pedro Arantes, contrapõe a visão de humoristas e de ativistas engajados no combate à discriminação. O documentário mostra como o discurso humorístico

¹⁵⁵ RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. op. cit. p. 134.

¹⁵⁶ BORILLO, op. cit. p. 24.

¹⁵⁷ Em virtude de seu caráter não intencional, esse tipo de discurso deve ser encarado como uma espécie de “discriminação indireta”. Rios define tal conceito de modo a encampar todas as medidas “aparentemente neutras e não-intencionais que produzam danos a indivíduos e grupos por desconsiderarem características tidas como fundamentais na constituição da identidade de tais indivíduos e grupos [...], tratando-os de forma menos valorosa, reproduzindo tal mensagem à sociedade como um todo e diminuindo suas possibilidades de participação”. RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas. op. cit. p. 151. Rios destaca que “mesmo onde e quando não há vontade de discriminar, distinções ilegítimas nascem, crescem e se reproduzem, insuflando força e vigor em estruturas perpetuadoras de realidades discriminatórias”. Ibid, p. 117.

¹⁵⁸ O RISO dos outros. Direção de Pedro Arantes. São Paulo: Massa Real Filmes, 2012. Youtube (52 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acesso em: 13 dez 2014.

pode ter forte conteúdo ideológico e ser utilizado para resgatar estereótipos socialmente compartilhados e reforçá-los.

Ao representar de forma caricatural determinada minoria, o discurso humorístico também se utiliza da antítese “eu-outro”, o que resulta no afastamento do interlocutor em relação ao grupo social retratado. Deste modo, ainda que a finalidade do autor do discurso seja “causar o riso” – e não ensejar a marginalização de grupos minoritários –, o discurso humorístico contribui nos processos sociais que geram preconceitos e, conseqüentemente, a discriminação.

Em síntese, o discurso homofóbico não-odioso difere da sua versão odiosa, pois a ele não subjaz a intenção de intimidar as minorias sexuais ou de segregá-las socialmente. Contudo, o referido discurso dá azo aos mesmos efeitos da manifestação de ódio, ainda que em grau diminuto.

2. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Definidas as formas de exteriorização da homofobia na seção anterior, mostra-se necessária uma análise mais detida do conflito de direitos subjacente ao discurso homofóbico: o confronto entre o direito à não-discriminação – um desdobramento do princípio da igualdade – e o direito à liberdade de expressão.

Resumidamente, o presente capítulo destina-se a responder, de forma justificada, às indagações a seguir: o Estado deve intervir para restringir ou impedir a difusão do discurso de ódio homofóbico? Em caso de uma resposta afirmativa, em que situações ele deve fazê-lo?

2.1. Direito à Não-Discriminação

Em virtude do desenvolvimento tecnológico em matéria de transportes e comunicação, as fronteiras entre Estados tornaram-se cada vez mais porosas, o que resultou em um contato crescente entre diferentes culturas. Esse novo cenário favoreceu o pleito de movimentos sociais no sentido de relativização de normas culturais majoritárias e de reconhecimento de identidades étnicas, culturais, de gênero e sexuais, o que resultou na proeminência do direito à não-discriminação.

De uma forma geral, o referido direito impõe ao Estado, o dever de não realizar – bem como o dever de impedir a realização, por parte de terceiros – de distinção, exclusão, restrição ou preferência ilegítimas fundadas em uma condição pessoal ou escolha fundamental¹⁵⁹. Ele compõe o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, um dos valores basilares do Estado democrático de direito contemporâneo¹⁶⁰, representando um parâmetro

¹⁵⁹ Deve-se interpretar como “condição pessoal”, qualquer característica “imutável” ou “involuntária” de vital importância para a construção individual da identidade em uma determinada sociedade (característica identitária). Essa característica funciona como uma espécie de referencial, tanto para as pessoas que a detêm, quanto para aquelas que não a detêm, em meio ao processo de categorização social mencionado no item 1.1. A “escolha fundamental”, ainda que não reporte a uma característica “imutável” ou “involuntária”, muitas vezes tem dimensão social similar à condição pessoal, operando como referencial para divisão da sociedade em grupos e para a construção de identidades. Para ler sobre exemplos, bem como sobre a problematização do critério da imutabilidade, cf. RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas. op. cit. p. 54-79.

¹⁶⁰ Na decisão R. v. Keegstra – a qual abordou o confronto entre discurso de ódio e liberdade de expressão – o juiz Dickson da Suprema Corte do Canadá sintetizou os valores essenciais a uma “sociedade livre e democrática”, enfatizando o respeito à dignidade da pessoa humana, o comprometimento com a justiça social

para a constatação de dinâmicas discriminatórias e para a formulação de respostas jurídicas a elas¹⁶¹.

A gênese do direito à não-discriminação, sua relação com o princípio da igualdade e com o “direito ao reconhecimento”, bem como as suas implicações para a vida em sociedade – o que inclui a regulação do discurso de ódio – serão trabalhadas a seguir.

2.1.1. Princípio da igualdade e discriminação

A igualdade, um dos alicerces axiológicos do mundo ocidental desde o advento da Independência Americana e da Revolução Francesa¹⁶², assumiu diferentes acepções ao longo da História. Inicialmente, foi concebida enquanto garantia formal de tratamento igualitário perante a lei em diversos países ocidentais, o que parecia ser suficiente para arrefecer os ânimos de uma burguesia ávida pela eliminação dos privilégios institucionalizados da nobreza. Com as mudanças socioeconômicas introduzidas pela industrialização e crescente urbanização no Ocidente, em fins do século XIX, atestou-se a insuficiência da acepção formal de igualdade para garantir o exercício de direitos consagrados na ordem jurídica.

Surgiu, neste contexto, a busca por uma igualdade material, pautada na ideia de que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de sua desigualdade. Foi com base nessa lógica que as Constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919) incluíram direitos econômicos e sociais em seus textos, os quais influenciaram a Carta Fundamental de outros países ocidentais. A Constituição Brasileira de 1988, aderindo a essa ideologia do Estado de bem-estar social, prevê um extenso rol de direitos sociais e econômicos.

À luz desse novo paradigma de igualdade foi concebido o ideal de justiça distributiva, o qual apregoa uma distribuição mais equânime de recursos entre as pessoas. Mostra-se imperativa, com base nesse paradigma, a redistribuição de riquezas de modo a reverter as injustiças sociais derivadas de estruturas econômicas e consolidadas em meio aos processos históricos de conformação dessas estruturas¹⁶³. Assim, como meio de superação das

e a equidade, o que inclui “a acomodação de uma ampla variedade de crenças” e “o respeito pela identidade cultural e de grupos [sociais]”. CANADÁ. Suprema Corte. 3 S.C.R. 697. R. v. Keegstra. op. cit.

¹⁶¹ Nesse sentido, Rios fala, inclusive, no “direito da antidiscriminação”, como “um campo específico da reflexão e prática jurídicas”, destinado ao estudo da “discriminação, suas modalidades, seus principais desafios e questões”. RIOS, Roger Raupp. op. cit. p. 13.

¹⁶² COMPARATO, Fábio K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-65.

¹⁶³ No Brasil, um país marcado por desigualdades sociais, os padrões de distribuição de renda e pobreza têm raízes históricas nos diferentes processos de concentração de capital, mão-de-obra e acesso a mercado promovidos pelos principais ciclos econômicos (cana-de-açúcar, ouro e café). Cf. SALOMÃO FILHO,

injustiças oriundas do sistema de classes constitutivo do capitalismo, foram elaborados os “direitos de distribuição”¹⁶⁴ – mais conhecidos como “direitos sociais”.

(a) Diversidade, espaço público e reconhecimento

Além do viés redistributivo, a igualdade material adquire, recentemente, uma nova concepção nos debates sobre justiça social: o reconhecimento de identidades. Nancy Fraser menciona, nesse sentido, a derrocada da assimilação a normas culturais majoritárias ou dominantes como condição indispensável para o respeito em uma dada sociedade.

Ao problematizar a distribuição injusta de respeito no tecido social, o pleito pelo reconhecimento demanda a afirmação do caráter distintivo e valioso de grupos cultural ou socialmente minoritários. A partir dessa perspectiva, o imperativo da igualdade material encampa, também, a valorização de traços identitários – etnias, costumes, religiões, convicções, valores, estilos de vida – historicamente minoritários, associados a grupos que permanecem socialmente marginalizados¹⁶⁵.

Desta forma, paralelamente aos “direitos de distribuição”, integram o paradigma contemporâneo de igualdade os chamados “direitos de reconhecimento”¹⁶⁶, voltados à supressão dos estigmas responsáveis pela marginalização de certos grupos sociais no espaço público. Essa nova concepção do princípio da igualdade desconstrói a ideia de que o direito é incapaz de derrubar preconceitos socioculturais, sendo apto apenas a reprovar condutas violentas de uma forma neutra – i.e., desconsiderando o contexto de exclusão e, muitas vezes, animosidade, que circunda grupos minoritários. Ao contrário: a formulação dos “direitos de reconhecimento” visa o combate às diferenças e às desigualdades institucionalizadas no espaço público, pautando suas estratégias de inclusão no contexto de marginalização supramencionado.

Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; e RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade: As origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda**. São Paulo: Idicid, 2006. p. 79.

¹⁶⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Prol Editora, n. 2, 2005. p. 72.

¹⁶⁵ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. op. cit. p. 7.

¹⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. op. cit. p. 72

(b) Direito ao reconhecimento: distribuição equânime de respeito

Ao explicar os processos sociais que culminam com as demandas por reconhecimento intersubjetivo, Honneth destaca a existência de três formas de “desrespeito”, cuja dinâmica varia a depender da esfera de interação social em que ocorre: (a) o abuso, que resulta na violação à integridade física da pessoa desrespeitada; (b) a negação de direitos e a marginalização, tidas por ataque à sua integridade social; e (c) o insulto, que representa uma afronta sua à dignidade ou à sua honra.

A primeira dessas formas surge no contexto do que Honneth denomina “relacionamentos primários”, i.e., aqueles estabelecidos mediante laços emocionais – entre familiares e amigos, basicamente. No âmbito dessas relações, o indivíduo dá os primeiros passos no sentido de, relacionalmente, definir a si mesmo como um sujeito independente, portador de necessidades específicas. O reconhecimento, em uma relação afetiva, consiste na afirmação de que ambas as partes consideram-se mutuamente como pessoas, cujas necessidades são importantes – não apenas para o portador delas, mas também para todos os indivíduos que, com ele, estabeleçam laços de afetividade¹⁶⁷. No entender de Honneth, a situação de desrespeito caracterizada como abuso decorre justamente da frustração das expectativas de reconhecimento em relações pautadas pelo afeto¹⁶⁸.

A negação de direitos e a marginalização social, por outro lado, ocorrem na esfera das relações jurídicas, segundo Honneth. Essas relações, diferentemente dos laços emocionais, são baseadas no respeito moral, i.e., na percepção do outro enquanto livre e igual, titular dos mesmos direitos a que fazem jus todas as demais pessoas de uma determinada sociedade. Aqui, uma importante faceta do reconhecimento entra em cena: a afirmação, de cunho universalizante, de que todas as pessoas devem ter o seu juízo moral respeitado. Honneth destaca, nesse sentido, que a luta pelo reconhecimento na esfera das

¹⁶⁷ Honneth afirma que, dessa forma de reconhecimento, decorrem obrigações específicas cuja realização as pessoas devem, por razão de afeição, aos indivíduos por quem desenvolveram laços emocionais. Por meio de atos de afeição, indivíduos são encorajados a abrir-se emocionalmente de tal forma que ficam vulneráveis a ponto de merecer, ao invés do mero respeito moral, toda a benevolência daqueles com quem desenvolveram relações primárias. HONNETH, Axel. **Disrespect – The Normative Foundations of Critical Theory**. Cambridge: Polity, 2008. p. 178.

¹⁶⁸ A faceta afetiva do reconhecimento não constitui o principal objeto de análise no presente capítulo. Assim, para maior aprofundamento, conferir: Ibid. p. 163-180; HONNETH, Axel. **Patterns of Intersubjective Recognition: Love, Rights, and Solidarity**. In: HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: Polity, 1995, p. 92-130.

relações jurídicas é eminentemente histórica, englobando um processo de contínua ampliação da proteção legal para incluir grupos sociais excluídos ou em desvantagem¹⁶⁹.

Por fim, o insulto coloca em risco a dignidade da pessoa visada, no âmbito das “comunidades de valor”. Segundo Honneth, os seres humanos impescindem, além de relações de afeto e reconhecimento legal, de uma forma de estima social que os permitam avaliar positivamente as suas habilidades concretas. E essa avaliação será positiva quando tais habilidades contribuam para a realização das metas da sociedade, definidas pelos valores éticos dominantes. Ocorre que, muitas vezes, grupos minoritários preconizam valores diversos daqueles dominantes em uma dada sociedade. Nesses casos, o pleito pelo reconhecimento visa justamente a afirmar o caráter igualmente válido de valores contramajoritários e, conseqüentemente, importante das pessoas que norteiam suas vidas a partir desses valores¹⁷⁰.

Em síntese, o conteúdo da luta pelo reconhecimento, como paradigma contemporâneo da igualdade, envolve, na esfera pública, o que Boaventura de Sousa Santos resumiu na seguinte assertiva: as pessoas devem ser consideradas iguais “quando a diferença as inferioriza” e diferentes, “quando a igualdade as descaracteriza”¹⁷¹.

A partir desse paradigma, nenhuma característica individual deve ser levada em conta pelo legislador ou pelo magistrado para limitar os direitos de uma pessoa, quando essa característica não se sustentar enquanto critério de diferenciação para a finalidade proposta pelo julgador/magistrado. Por outro lado, características identitárias de grupos minoritários devem deixar de ser avaliadas negativamente – e, conseqüentemente, suprimidas do espaço público ou relegadas à invisibilidade –, mas afirmadas publicamente como igualmente dotadas de importância no cenário sociopolítico de uma determinada sociedade¹⁷². Assim, a perspectiva do direito ao reconhecimento propõe uma distribuição social mais equânime de “respeito” no espaço público – i.e., no âmbito das relações jurídicas e, também, das “comunidades de valor”.

¹⁶⁹ HONNETH, Axel. Patterns of Intersubjective Recognition: Love, Rights, and Solidarity. op. cit. p. 113.

¹⁷⁰ Ibid. p. 121-130.

¹⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 30, jun. 1997.

¹⁷² LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. op. cit. p. 88.

(c) Democracia de fato e a expectativa de reconhecimento das minorias sexuais

Aplicando concretamente o paradigma de igualdade proposto por Fraser e Honneth, Lopes identifica as minorias sexuais – gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis – como titulares em potencial do direito ao reconhecimento. No entendimento do autor, a efetiva inclusão dos LGBTs na sociedade de que fazem parte passa, necessariamente, por um processo de reconhecimento intersubjetivo “em larga escala”, no qual essas pessoas sejam destinatárias de respeito e estima social em virtude de suas características pessoais – o que inclui a sua identidade sexual.

Para Lopes, esse processo torna-se viável apenas mediante uma virada conceitual no termo “regime democrático”. Segundo o autor, a ideia de que um “regime democrático” funciona com base na imposição da vontade da maioria, em detrimento dos valores defendidos por grupos minoritários, constitui obstáculo ao reconhecimento.

Como acontecia e ainda acontece com outras minorias, os LGBTs sofrem sérias limitações em seus direitos com base em preceitos morais, de cunho eminentemente religioso. Ademais, têm suas características identitárias valoradas negativamente com base nos mesmos preceitos, não apenas por religiosos, mas de forma generalizada, haja vista a influência da moral religiosa sobre diversas culturas, inclusive no Ocidente.

Lopes¹⁷³ assinala que, na forma como o regime democrático tem sido concebido em muitos países, a ordem jurídica coincide com a determinação da maioria, o que não é compatível com uma real democracia: ainda que esta corresponda ao desejo da maioria, não se pode perder de vista a proteção aos direitos de grupos minoritários. Nesse processo, o direito, com base em uma concepção autoritária de democracia, acaba se perdendo em meio a uma moral acrítica, a qual incorpora preceitos religiosos e parte de pressupostos questionáveis. Essa moral acrítica é problemática vez que coloca como parâmetro para determinação da imoralidade, a opinião da maioria ou, para se utilizar de um conceito ainda mais subjetivo e inadequado, do “homem médio”.

Como a opinião pode se alicerçar em todo tipo de argumentos e impressões, inclusive de ordem emocional, tudo aquilo que gera repulsa “no homem médio”, é passível de ser considerado “imoral”. No contexto da moral acrítica judaico-cristã, as minorias sexuais podem ser consideradas imorais e, por isso, encontrar-se-iam fora do escopo de proteção da

¹⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. op. cit. p. 65-66.

lei. Indignas, assim, de respeito e do mesmo status de cidadão de que desfrutam todas as outras pessoas, o que justificaria sérias limitações em seus direitos.

Partindo do pressuposto de que todo ordenamento jurídico está inserido em um contexto cultural, o qual envolve, impreterivelmente, aspectos de ordem moral, chega-se à conclusão de que é impossível dissociar, completamente, o direito e a moral. No entanto, para que os problemas da democracia¹⁷⁴ sejam minimizados e uma sociedade verdadeiramente plural seja possível, é necessária a adoção de uma moral crítica como base do ordenamento jurídico. Essa moral busca dissociar-se de convenções, sendo submetida, em maior medida, à razão.

Preconceitos, sentimentos de repulsa ou julgamentos fundados em razões obviamente falaciosas – como, por exemplo, a afirmação de que a homossexualidade é “antinatural”¹⁷⁵ – não poderiam, assim, justificar a exclusão de determinado indivíduo, ou de um grupo de indivíduos, do escopo de proteção do direito¹⁷⁶. Esse é o fundamento de um ordenamento jurídico que garante real tratamento igualitário a todos, respeito à dignidade humana e à liberdade em todos os aspectos da vida privada.

As minorias sexuais fazem jus, desta forma, ao direito ao reconhecimento, i.e., à pretensão de ter seus estigmas – produto de elementos históricos e culturais de uma sociedade governada por uma moral acrítica – eliminados. Esses estigmas resultam apenas em sofrimento injusto e maculam a tolerância e o respeito que devem pautar as relações sociais no contexto de um regime democrático.

Cabe ao direito, partindo do novo paradigma de igualdade aqui apresentado, colocar fim a este ostracismo social, ajudando a promover mudanças culturais com o objetivo de neutralizar situações de injustiça¹⁷⁷. Vejamos agora como o conteúdo do direito ao reconhecimento vem sendo definido pelo discurso jurídico na esfera internacional.

¹⁷⁴ A democracia já foi, em tempos antigos, considerada como a ditadura da maioria, sendo vista, inclusive, como uma forma viciada de governo justamente porque “o povo”, no entendimento de Aristóteles, não teria condições de escolher o melhor caminho para o seu próprio desenvolvimento. Cf. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Roughgarden afirma que relações sexuais entre seres do mesmo sexo são comuns para diversas espécies animais. Assim, o objetivo do contato sexual não é apenas a reprodução: para Roughgarden, a homossexualidade pode constituir um traço adaptativo, o qual permite a inclusão de indivíduos em determinados grupos sociais. Segundo a autora, essa inclusão, a exemplo do que pode ser observado em outras espécies animais, é essencial para a sobrevivência e a proteção dos filhos em algumas situações. Em síntese, partindo-se da larga observância da homossexualidade na natureza, é obviamente falacioso considerar a homossexualidade como “antinatural”. Cf. ROUGHGARDEN, Joan. Homossexualidade como traço adaptativo. **Mente & Cérebro**, São Paulo: Duetto, n. 185, p. 50, 2008.

¹⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. op. cit. p. 69.

¹⁷⁷ Ibid. p. 75.

(d) Princípios de Yogyakarta e direito à não-discriminação: adoção da perspectiva da antissubordinação

No âmbito internacional, o direito à não-discriminação das minorias sexuais foi afirmado explicitamente em meio aos denominados “Princípios de Yogyakarta”. O documento é composto por 29 princípios que refletem disposições de tratados internacionais de direitos humanos, podendo ser agrupados de diversas formas, com base na natureza dos direitos protegidos. Os três primeiros princípios guardam intrínseca relação com a universalidade dos direitos humanos, reconhecendo o direito à não-discriminação das minorias sexuais:

- (i) *Princípio Nº 1 - Direito ao gozo universal dos direitos humanos*: o documento explicita o que já se poderia inferir de outras cartas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁷⁸, afirmando que todas as pessoas são titulares dos direitos consagrados pelos ordenamentos jurídicos internos e pela ordem internacional, independentemente da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isso significa que a nenhum indivíduo pode ser negado direito algum simplesmente por pertencer a uma minoria sexual. O documento urge aos Estados que adotem uma abordagem pluralística ao definir políticas públicas e processos decisórios, de modo a “reconhecer e afirmar a interrelação e a indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, o que inclui a orientação sexual e a identidade de gênero”¹⁷⁹.
- (ii) *Princípio Nº 2 - Direito à igualdade e à não-discriminação*: deve ser vetada a discriminação, ou seja, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha

“o propósito ou o efeito de anular ou desnaturar a equidade perante a lei, a igual proteção garantida por ela ou o reconhecimento, gozo ou exercício, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Art. 2º, (1): “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

¹⁷⁹ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. op. cit. p. 10.

¹⁸⁰ Ibid. p. 10-11.

Na interpretação dos idealizadores dos Princípios de Yogyakarta, o direito à não-discriminação impõe aos Estados a revogação das leis empregadas na exclusão das minorias sexuais – como aquelas que criminalizam o contato sexual entre adultos do mesmo sexo – e adotem legislação e políticas públicas que visem à supressão da discriminação enfrentada pelos LGBTs, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada. O combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero envolve, assim, a eliminação de atitudes ou comportamentos relacionados à ideia de superioridade de determinada(s) forma(s) de expressão da sexualidade.

- (iii) *Princípio Nº 3 – Direito ao reconhecimento frente à lei:* deve-se reconhecer que a orientação sexual e a identidade de gênero autoafirmadas integram a personalidade das pessoas, constituindo um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Assim, ninguém pode ser compelido a ocultar, suprimir ou negar a sua orientação sexual ou identidade de gênero. Aqui, os especialistas que elaboraram os Princípios de Yogyakarta ressaltam a necessidade de os Estados afirmarem, internamente, a capacidade das pessoas para realizar atos da vida civil, independentemente do pertencimento a uma minoria sexual. Ademais, os Estados são chamados a tomar todas as medidas administrativas e judiciais para reconhecer legalmente a identidade de gênero autoafirmada dos indivíduos.

Em síntese, o direito à não-discriminação, quando compreendido de forma ampla, engloba tanto disposições genéricas afirmando a universalidade dos direitos humanos, quanto disposições mais concretas sobre a supressão de atitudes e comportamentos discriminatórios, além da valorização das minorias sexuais.

Nesse sentido, as recomendações aos Estados envolvem diversas frentes de ação como: a revogação de leis discriminatórias, a edição e a aplicação de leis protetivas, a afirmação dos direitos das minorias sexuais em eventuais demandas judiciais, a adoção de políticas públicas voltadas à educação da população em geral em matéria de sexualidade, a adoção de medidas afirmativas que visem à valorização da diversidade sexual, dentre outras.

Ao ir além da revogação de leis discriminatórias, mencionando a adoção de leis protetivas, bem como de políticas públicas e de ações afirmativas no campo da sexualidade,

os idealizadores dos Princípios de Yogyakarta conceberam um direito à não-discriminação que parte do que Rios¹⁸¹ denomina “perspectiva da antissubordinação”. Tal perspectiva apoia-se na existência de relações de subordinação entre diferentes grupos em uma determinada sociedade¹⁸².

Ao atentar às circunstâncias históricas que resultaram em situações de subordinação – bem como naquelas que as perpetuam –, a perspectiva da antissubordinação reconhece a imprescindibilidade da adoção de medidas específicas – não tidas por “privilégios” ou “direitos especiais” – destinadas à proteção e afirmação de grupos minoritários¹⁸³. Isso tudo com a finalidade última de superar as relações de subordinação existentes.

Deste modo, a referida perspectiva não observa isoladamente o indivíduo discriminado, mas leva em conta o contexto em que está inserido, instigando intervenções que contrabalanceiem a atmosfera de marginalização enfrentada pelas minorias. Nesse sentido, aduz Rios que é “o engajamento na superação das situações de discriminação, portanto, e não a neutralidade, a mola propulsora da atuação do princípio da igualdade”¹⁸⁴.

Assim, o direito à não-discriminação propõe-se a coibir não só a restrição injusta de direitos de uns em benefício de outros, mas também os efeitos diferenciadores de medidas aparentemente neutras, além de permitir a adoção de tratamento preferencial a certos grupos, quando voltada à superação de situações de discriminação.

Em síntese, o critério para tomada de ação a partir da perspectiva da antissubordinação é a contribuição que eventuais atos ou comportamentos tenham para a manutenção ou agravamento da situação de subordinação enfrentada por um determinado grupo social marginalizado. Dada a maior aptidão da perspectiva aqui destacada para enfrentar o fenômeno da discriminação, ela será adotada pelo presente estudo como referencial para avaliar a necessidade de regulação do discurso de ódio homofóbico.

¹⁸¹ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. op. cit. p. 36-47.

¹⁸² A existência de uma “hierarquia de sexualidades” como aporte ideológico que sustenta a exclusão das minorias sexuais e a sua subordinação em relação ao restante da população foi discutida no item 1.1 do presente estudo. Quando concebido nesses termos – portanto, de forma ampla –, o direito à não-discriminação coincide com o pleito pelo reconhecimento. Logo, ambos os conceitos serão utilizados como sinônimos no presente estudo.

¹⁸³ Rios menciona, como “medida específica”, a formulação de “leis penais aumentando a pena de homicidas racistas, homofóbicos ou sexistas” – os crimes de ódio, já abordados no item 1.2.1. O discurso de ódio contra as minorias sexuais também deve ser encarado a partir desse viés: no momento histórico em que a sociedade brasileira se encontra – em que as minorias sexuais permanecem subordinadas aos “heterossexuais” e “cisgêneros” –, a proteção contra o discurso de ódio homofóbico mostra-se indispensável. Essa ideia será desenvolvida mais adiante. Cf. Ibid.

¹⁸⁴ Ibid. p. 38.

Definido o escopo de proteção do direito à não-discriminação, resta estabelecer o alcance da garantia de liberdade de expressão, para então determinar se – e, sendo positiva a resposta, em quais situações – o Estado deve intervir, regulando o discurso de ódio homofóbico de modo a impedir parte significativa de seus efeitos negativos sobre a sociedade.

2.2. Liberdade de expressão como direito fundamental

De uma forma geral, o conceito contemporâneo da liberdade de expressão assenta suas bases no pensamento do inglês John Stuart Mill, exposto na obra “Sobre a Liberdade” – publicada originalmente em 1859¹⁸⁵. O autor explica que toda sociedade é governada por certas “verdades”: postulados que, aceitos pela maior parte das pessoas em virtude dos argumentos que os sustentam, são adotados como critérios para a organização da vida em sociedade – sobretudo para a tomada de decisões eminentemente políticas.

Ocorre que nenhum postulado deve ser encarado como verdade absoluta, pois postulados mais próximos da “verdade ideal” podem surgir a todo instante. É aqui que a liberdade de expressão desenvolve papel de primordial importância: ao assegurar às pessoas o direito de transmitir ideias, permite que novos postulados sejam tornados públicos e submetidos à prova por todos os indivíduos de uma determinada sociedade. Caso passem no teste, substituirão postulados antigos, mais distantes da “verdade absoluta”.

Deste modo, Mill entende que a opinião individual não é provida de valor apenas para o indivíduo que a detém. Segundo ele, a opinião do indivíduo é valiosa para toda a coletividade, pois:

(a) se estiver certa, possibilita àqueles com opinião diferente, reconhecer o erro e mudar de postura – conforme mencionado anteriormente, a ideia proposta assume o lugar da ideia anterior, instaurando modificações na organização da vida em sociedade.

(b) se estiver errada, reforça a “verdade” já estabelecida, produzindo uma “impressão mais clara e viva” a seu respeito. Deste modo, se uma dada opinião for presumida

¹⁸⁵ MILL, John Stuart. op. cit.

como verdade para sempre, não sendo objeto de questionamentos, com o decurso do tempo tornar-se-á um dogma morto. Para Mill, questionar uma ideia pré-estabelecida é essencial para impedir que os indivíduos a repitam cegamente, sem conhecer os fundamentos de sua validade.

(c) se estiver parcialmente correta, possibilita o “progresso”, i.e., a substituição de verdades parciais por outras, cuja porção de verdade seja mais adaptada às necessidades de seu tempo. Nessa situação, também são operadas mudanças na organização da vida em sociedade.

Mill afirma, inclusive, que é preciso manter aberta a possibilidade de se questionar ideias fundantes da sociedade, sob pena de obstaculizar o seu desenvolvimento: ao elevar postulados à categoria de dogmas, o processo de busca por novas ideias é crescentemente desestimulado, o que resulta, em última instância, no engessamento da sociedade. Deste modo, Mill eleva a liberdade de expressão à categoria de um “dever”: as pessoas não têm simplesmente um direito a se manifestar, mas sim o dever de agir conforme a sua consciência para defender seus interesses, manifestando suas ideias para essa finalidade e, nesse processo, contribuindo para o desenvolvimento de toda a sociedade.

Assim, manifestações de opinião não podem ser suprimidas, pois as pessoas e suas certezas são falíveis: independentemente da convicção de que a externalização de uma determinada opinião terá consequências prejudiciais, ao se adotar tal convicção para suprimir uma ideia, presume-se a infalibilidade da opinião da maioria – o que é inconcebível para o pensamento de Mill, averso à incontestabilidade de qualquer postulado.

O autor alerta, ademais, para a falsa ideia de que as opiniões mais próximas da verdade sempre vencem o embate com ideias pré-estabelecidas depois de passar pela provação da sociedade: ainda que não sejam perseguidas, pessoas com opiniões dissidentes carecem de “voz” no cenário político, sendo muitas vezes desestimuladas a exteriorizá-las. Logo, a participação dessas pessoas no debate público deve ser estimulada, sob pena de empobrecimento desse debate, o que gera prejuízos ao desenvolvimento da sociedade, porquanto dificulta o estabelecimento de ideias mais próximas da “verdade absoluta”. Nesses termos, quanto mais diverso – com a participação de pessoas de diversos grupos sociais, culturais, religiosos e econômicos – e equânime – indivíduos com o mesmo potencial de serem ouvidos – mais interessante será o debate para a sociedade como um todo.

Em virtude de seu caráter instrumental na busca pelo desenvolvimento e progresso de sociedades democráticas, a liberdade de expressão é consagrada tradicionalmente como um dos direitos mais elementares de todo ser humano. Ela constitui fruto de um processo histórico marcado pelo combate ao autoritarismo e afirmação da liberdade, de uma forma mais genérica, sobretudo nas sociedades ocidentais. Após a onda de autoritarismo que assolou muitos países do Ocidente no século XX, justamente por constituir um direito de resistência, de oposição a regimes políticos opressores, a prerrogativa da liberdade de expressão foi introduzida em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸⁶ e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁸⁷.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – instrumento internacional de caráter global e vinculante, atualmente com 167 Estados-partes¹⁸⁸ – define o direito em questão como “a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”¹⁸⁹.

Logo, todos os meios de comunicação potencialmente empregados para transmitir uma ideia – fala (em conversas, reuniões, debates, palestras, etc), gestos, telefone, televisão, rádio, revistas, jornais, livros, artigos científicos, obras de arte (esculturas, desenhos, pinturas, fotografias, músicas), fax, *e-mail*, programas de *instant messaging*, dentre outros – encontram-se no âmbito de proteção da garantia de livre manifestação do pensamento.

Da liberdade de expressão – conceito delineado de forma mais ampla e genérica – decorrem a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa e até o direito ao silêncio – prerrogativa de não manifestar uma opinião ou divulgar uma informação¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Art. XIX: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

¹⁸⁷ Art. 10, §1º: “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”.

¹⁸⁸ UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Chapter IV: Human Rights - International Covenant on Civil and Political Rights.** Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 25 fev 2014.

¹⁸⁹ Art. 19, §2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

¹⁹⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit. p. 70.

Em síntese, a liberdade de manifestar uma opinião implica na possibilidade de todo indivíduo refletir sobre qualquer tema e apoiar as ideias que forem compatíveis com a sua maneira de ver o mundo, sem correr o risco de sofrer limitações ou punição por parte do Estado. Logo, para fazê-lo pode expor suas opiniões a outras pessoas, tentando convencê-las ou debatendo suas ideias com outros integrantes da sociedade por meio das formas mencionadas anteriormente.

Ao agir assim, o indivíduo afirma seus valores e crenças, estabelecendo o seu lugar na sociedade e participando dos processos políticos do Estado em que vive. É por essa razão que Meyer-Pflug afirma a importância da liberdade de expressão, não apenas como mola propulsora do desenvolvimento da sociedade (sua dimensão política), mas também como meio de desenvolvimento do ser humano, constituindo instrumento necessário à autodeterminação individual (sua dimensão civil)¹⁹¹.

É importante destacar, contudo, que a liberdade de expressão não impõe apenas um “dever de neutralidade” do Estado para com o conteúdo das opiniões manifestadas pelos indivíduos: além de se abster de intervir na externalização de ideias, o Estado deve assegurar que as opiniões eventualmente divulgadas sejam minimamente respeitadas na sociedade, de modo que o emissor da mensagem não sofra restrições injustificadas de particulares – previamente à manifestação da ideia – ou mesmo danos injustos em decorrência dessa manifestação. Em síntese, a garantia da liberdade de expressão envolve tanto o dever negativo de interferência do Estado, quanto o dever positivo de afirmar a eficácia horizontal desse direito, i.e., o respeito à manifestação de ideias nas relações entre particulares¹⁹².

2.3. Discurso de ódio: Liberdade de expressão, direito à não-discriminação e intervenção estatal

Do ponto de vista principiológico, o discurso de ódio traz à tona o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação – um dos desdobramentos do paradigma contemporâneo de igualdade.

Sarmiento descreve de forma sucinta as duas principais correntes de pensamento que tratam do assunto, no âmbito da jurisprudência e da doutrina: de um lado encontram-se aqueles que não admitem essa forma de discurso, “porque ele viola princípios fundamentais

¹⁹¹ Ibid. p. 68.

¹⁹² Ibid. p. 71-72.

da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana¹⁹³, e atinge direitos fundamentais das vítimas¹⁹⁴. Meyer-Pflug menciona, nesse sentido, o incentivo ao pluralismo, como axioma¹⁹⁵. Por essas razões, a regulação do discurso de ódio tem sido interpretada como uma ferramenta útil para a garantia do direito à não-discriminação, promovendo o reconhecimento de identidades – sob um prisma individual, mas também coletivo¹⁹⁶.

De outro lado, existem aqueles que defendem uma liberdade de expressão quase absoluta, destinada a proteger, inclusive, manifestações de ódio extremas, ainda que repudiadas pela maior parte das pessoas. Para esses, a melhor forma de lidar com o discurso de ódio é a resposta com mais discurso, de modo a tornar evidente o caráter inútil da manifestação odiosa para o debate público em meio a um verdadeiro “mercado de ideias”.

As soluções para esse conflito variam largamente a depender da concepção de igualdade e de dignidade adotadas pelo ordenamento jurídico e pelos aplicadores do direito no país analisado: quando são interpretadas de forma individualística, i.e., sempre que o discurso de ódio é encarado apenas como uma violação de direitos individuais, a sua regulação tenderá a ser mais reduzida. Isso porque o cerceamento de direitos individuais justificaria a proteção plena da liberdade de expressão, cuja dimensão coletiva é mais facilmente percebida. Por outro lado, quando os princípios da igualdade e dignidade têm a sua dimensão coletiva reconhecida – direito à igualdade e dignidade de titularidade de grupos sociais, e não apenas das pessoas que os compõem – prevalece a opinião de que o discurso de ódio deve ser substancialmente regulado¹⁹⁷.

Assim, os efeitos perniciosos das manifestações de ódio sobre o grupo visado – e sobre a sociedade como um todo – pesam a favor da restrição da liberdade de expressão para coibir essa forma de violência. Ao desenvolver o tema no item 1.2.3, foi possível identificar danos de diferentes naturezas sofridos especificamente pelas minorias sexuais: a imposição de limitações à liberdade no espaço público, impactos psicológicos com consequências psicossomáticas, além de distorções econômicas com efeitos regressivos sobre os integrantes do grupo social em questão. Ademais, restou evidente o prejuízo à consolidação de uma

¹⁹³ Cabe ressaltar, aqui, que a dignidade atacada pelo discurso de ódio não diz respeito a apenas uma pessoa, nos casos em que o discurso tem indivíduos específicos como destinatários, mas a “um povo, [...], grupo social, étnico, religioso ou cultural”. Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit. p. 125.

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 209.

¹⁹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. op. cit. p. 100.

¹⁹⁶ CHRISTOU, Vasiliki E. op. cit. p. 20-21.

¹⁹⁷ Ibid. p. 24-25.

sociedade democrática, tendo em vista a atmosfera de hostilidade social, bem como o desestímulo à pluralidade causados pelo discurso de ódio.

Contrariamente, os principais argumentos levantados em prol da regulação mínima do discurso de ódio decorrem diretamente das ideias que tornaram a liberdade de expressão uma das garantias fundamentais do Estado democrático de Direito. Sarmento¹⁹⁸ as resume em quatro metas intrínsecas à proteção da liberdade de expressão: (i) a busca da verdade – concepção baseada no “mercado de ideias” que remonta ao pensamento de John Stuart Mill, simplificada na seção anterior do presente estudo –; (ii) o fortalecimento da democracia; (iii) a autodeterminação individual – noção de que manifestar a opinião integra o processo de desenvolvimento individual das pessoas –; e (iv) a promoção da tolerância. Vejamos em que medida esses argumentos justificam a manutenção de uma garantia de liberdade de expressão quase absoluta, mesmo em face dos danos causados pelo discurso de ódio.

2.3.1. Os argumentos favoráveis à regulação mínima da liberdade de expressão e o seu contraponto

Sarmento inicia a exposição de argumentos teóricos em prol da livre manifestação do pensamento enunciando o conceito, desenvolvido por Mill, da (i) liberdade de expressão enquanto instrumento para atingir a “verdade”. Conforme já mencionado anteriormente, essa ideia parte da premissa de que o embate entre opiniões diferentes sempre traz benefícios à sociedade em que ocorre, promovendo mudanças positivas rumo ao avanço científico, social e econômico ou, ao menos, o fortalecimento de ideias já predominantes no cenário em questão.

Ainda que, em tempos de sociedades crescentemente plurais, a existência de “verdades” – no sentido de ideias necessariamente “melhores” que outras – seja altamente questionável, a troca racional de informações e opiniões continua sendo a melhor forma de se chegar a um consenso acerca de tópicos controversos. Ademais, esse consenso permanece essencial para a tomada de decisões de impacto para a sociedade – sobretudo para aquelas que se intitulam “democráticas” – de modo que a liberdade de expressão segue garantindo o funcionamento ótimo do debate público.

¹⁹⁸ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 234.

Nesses termos, a consolidação de regimes democráticos no mundo ocidental tampouco justificaria um “afrouxamento” da referida garantia, haja vista a volatilidade desses regimes e o propósito que a liberdade de expressão continua a ter para o projeto democrático: se, em meio à proliferação de ditaduras, o direito em questão tinha o potencial de blindar discursos de resistência à opressão, atualmente o seu exercício possibilita a formação de uma “vontade coletiva [...] através do confronto livre de ideias”¹⁹⁹. É aqui que o primeiro argumento de Sarmiento introduz o segundo: (ii) a liberdade de expressão fortalece a democracia ao viabilizar o autogoverno, i.e., a tomada de decisões políticas com embasamento no debate público, aberto a todas as pessoas de uma determinada sociedade²⁰⁰.

Com base nesse argumento, a liberdade de expressão não só constitui um meio de se chegar a uma “verdade” genericamente falando, mas também de construir uma resposta coletiva aos problemas mais relevantes de uma determinada sociedade. Por meio de um debate público livre, as pessoas podem acessar todas informações disponíveis sobre um determinado tópico, para então formar a sua opinião e participar de forma consciente do gerenciamento de problemas coletivos – seja via procedimento eleitoral, elegendo representantes, seja via sociedade civil, agindo ativamente na solução desses problemas, ou exercendo controle sobre os atos governamentais.

A liberdade de expressão atribui, ademais, maior legitimidade aos processos democráticos: ao permitir a participação de todos nos debates envolvendo temas de interesse público – inclusive daqueles que disseminam ideias abjetas –, ninguém poderá questionar a legitimidade do desfecho desses debates. Deste modo, a oposição às medidas eventualmente adotadas com base nele não poderá ser pautada na ilegitimidade dessas medidas.

Ronald Dworkin, em conferência realizada na cidade de Oslo, em 2012, desenvolve esse argumento²⁰¹. Segundo ele, em sociedades multiculturais, existe uma preocupação no sentido de se proteger as minorias por meio da lei. Em resumo, busca-se a promoção de políticas públicas que tragam grupos vulneráveis para profissões e posições de honra na sociedade, de modo a contrabalancear o legado de injustiça sofrido por eles. Nesse contexto, quando os racistas – por exemplo – opõem-se ferrenhamente a essas leis protetivas, a resposta que se deve dar a eles é a de que tais leis constituem fruto de processos

¹⁹⁹ Ibid. p. 237.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ ABC DEMOCRACY. **Ronald Dworkin and Jeremy Waldron on Hate Speech**. Disponível em: <<http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/>>. Acesso em: 13 dez 2014.

democráticos, que contaram com a participação de todos – inclusive dos racistas. Ao colocar a situação nesses termos, ninguém poderá afirmar que as leis protetivas são ilegítimas, já que a participação na discussão pública que as antecederam esteve aberta a todos.

Assim, para Dworkin, caso não fosse permitida a participação dos racistas, misógenos, antissemitas ou homofóbicos nesse debate, estaríamos tornando o processo democrático ilegítimo. Isso porque negar a voz tem o mesmo significado de negar o voto em deliberações, já que aqueles cerceados em sua liberdade de expressão não tiveram a possibilidade de apresentar as suas ideias, influenciando o desfecho do debate.

Ainda que todos esses argumentos sejam válidos, Sarmiento assinala que não é uma defesa absoluta da liberdade de expressão que assegura o funcionamento ótimo do mecanismo de “busca da verdade” e daquele que torna possível o autogoverno com legitimidade.

Da mesma forma que as relações econômicas não atingem espontaneamente o ponto ótimo de funcionamento do mercado, os debates promovidos pelo “mercado de ideias” – conceito subjacente ao espaço de debate público criado pela liberdade de expressão – não conduzirão, espontaneamente, à “melhor ideia”. Isso porque, à exemplo do que ocorre no mercado de produtos e serviços, a prevalência da “melhor ideia” depende de condições ideais de funcionamento do mercado de ideias, o que, no caso em tela, deve ser traduzido em uma situação de equidade entre todos aqueles engajados no debate público. Nessa situação, o poder ou a autoridade das pessoas engajadas no debate não influencia de maneira decisiva o seu desfecho, i.e., a “melhor ideia” é escolhida em virtude do seu conteúdo, e não da pessoa que a apresentou.

No mesmo sentido, para que a formação da vontade coletiva produza a melhor resposta possível aos problemas da sociedade, é essencial que a posição de poder ocupada por alguns emissores de ideias seja neutralizada, para minimizar a influência que essa posição pode exercer sobre o debate público. Somente assim todos poderão contribuir de maneira efetiva na conformação da vontade coletiva, o que levará as melhores propostas para a solução de questões de interesse público a prevalecer.

Problematizando a afirmação de que um “mercado de ideias” totalmente desregulado funciona de forma ideal, Cass Sunstein, em “Democracy and the problem of free speech” destaca que os processos deliberativos promovidos pela liberdade de expressão só atingirão a “verdade política” em condições apropriadas. Para ele, esse desfecho depende, à exemplo do que já mencionou Sarmiento, de um alto grau de equidade política, de modo que os

argumentos colocados em discussão sejam importantes, mas o poder e a autoridade de quem os apresentou não desempenhem qualquer papel no debate. Além disso, as “condições ideais de funcionamento” do mercado de ideias incluem: a distribuição simétrica de informação, a ausência de manipulação estratégica de perspectivas, processos e conteúdos, bem como uma “ampla orientação pública no sentido de se chegar às respostas certas” – mais adequadas à sociedade como um todo –, ao invés de servir a interesses particulares²⁰². Ou seja: essas condições são tão específicas que dificilmente serão atendidas de forma espontânea em qualquer lugar do mundo.

Assim, considerando a total desregulação do discurso, Sunstein levanta a seguinte questão: nesses moldes, “a garantia constitucional da liberdade de expressão está servindo adequadamente a fins democráticos?”²⁰³. Segundo ele, ainda que um mercado totalmente livre de ideias tenha desenvolvido papel importante em outro contexto histórico, é preciso contrastá-lo com o atual estado das sociedades ocidentais para concluir pela sua manutenção ou eventual atualização.

Quando o Estado adota uma postura de neutralidade em face de toda e qualquer forma de discurso, ele permite que algumas pessoas sejam impossibilitadas de, na prática serem ouvidas no espaço público – “ouvidas” no sentido de atingirem todos os participantes do debate e de serem levadas a sério por eles. Além disso, o Estado mantém-se inerte em situações nas quais pessoas são fortemente desestimuladas – e até impedidas – de externalizarem a sua opinião. Essa situação cria um déficit democrático, tanto tendo em vista o objetivo de autogoverno, proposto por Sarmento, quanto se levando em conta a legitimidade dos processos deliberativos, defendida por Dworkin.

No caso das minorias visadas por discursos de natureza discriminatória, por exemplo, a reafirmação de relações sociais de subordinação rompe com o respeito que deve pautar a relação entre os envolvidos no debate público – respeito esse que implica reconhecimento mútuo dos debatedores como livres e iguais. Nesse cenário, a equidade política é totalmente desconsiderada, o que diminui a legitimidade desse debate, por reduzir o potencial de participação das vítimas dessa forma de discurso.

Na prática, as manifestações de ódio têm um efeito “silenciador”, nos termos já desenvolvidos no item 1.2.3 do presente estudo: ao atacar características identitárias, essa forma de violência insta as vítimas a deixarem o espaço público, além de retirar a

²⁰² SUNSTEIN, Cass. R. op. cit. E-book versão Kobo. p. 9 do Capítulo 2.

²⁰³ Ibid. p. 2 da Introdução.

credibilidade das ideias que elas eventualmente apresentarem²⁰⁴. Essa última situação decorre da reprodução de estereótipos que geralmente acompanha o discurso de ódio, ao “desprestigiar socialmente” as vítimas. Assim, ao abarcar o uso de manifestações de ódio, o exercício da liberdade de expressão não está servindo a fins democráticos.

Tendo em vista o déficit democrático gerado pela disseminação do ódio contido nessas manifestações, alguma forma de intervenção estatal no exercício da liberdade de expressão seria não apenas recomendável, mas imprescindível para que a garantia em questão continue servindo a fins democráticos, viabilizando o consenso entre diferentes grupos sociais para fins de autogoverno.

Outro argumento geralmente atribuído à defesa ferrenha da livre manifestação do pensamento consiste na concepção da (iii) liberdade de expressão como instrumento para o exercício da autonomia individual, integrando o processo de desenvolvimento das pessoas. A ideia por trás dessa colocação é a de que a comunicação – i.e., a transmissão de mensagens sobre sensações e pensamentos – constitui uma necessidade humana que desempenha papel de primordial importância no processo de afirmação da individualidade. Não se restringe ao emissor da mensagem, no entanto, o valor da comunicação: também o receptor tem a ganhar com ela, já que o contato com ideias é essencial para a formação das suas opiniões e para a tomada de decisões de cunho pessoal.

Deste modo, a intervenção estatal para restringir a liberdade de expressão tem impacto no desenvolvimento tanto do emissor, quanto do receptor da mensagem: ao fazê-lo o Estado limita uma dimensão importante da personalidade do indivíduo, impossibilitando que transmita parte de seus valores. Além disso, adota uma postura em certa medida paternalista, ao subestimar a capacidade das pessoas de não se deixarem influenciar por ideias nocivas à vida em sociedade²⁰⁵.

Por outro lado, ao intervir no exercício da liberdade de expressão para coibir o discurso de ódio, o Estado promove a autonomia individual – sobretudo das pessoas visadas pelas manifestações de ódio, mas também de todas as outras que deixam de ter contato com as ideias defendidas pelas minorias. Ao proteger as vítimas – e a sociedade – da disseminação de intolerância e preconceito, o Estado assegura a presença de grupos vulneráveis no espaço

²⁰⁴ FISS, Owen M. op. cit. p. 47.

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 241-243.

público, elevando a sua capacidade de autorrealização e viabilizando o acesso às suas ideias para toda a sociedade.

Assim, do ponto de vista do exercício da autonomia individual, a intervenção estatal na liberdade de expressão tem um caráter “dúplice”: ao mesmo tempo em que prejudica o referido exercício, limitando a capacidade de autorrealização daqueles que se utilizam do discurso de ódio e a sua disseminação na sociedade, promove a autorrealização das vítimas desse discurso, bem como viabiliza a difusão das suas ideias e valores²⁰⁶. Logo, o argumento (iii) não traz uma justificativa plausível para a total desregulação da liberdade de expressão.

Finalmente, Sarmento aponta a (iv) promoção da tolerância como argumento frequentemente mencionado para defender a ausência de regulação da liberdade de expressão. De uma forma geral, a tolerância tem sido a tônica por trás da crescente diversidade cultural que caracteriza as sociedades ocidentais contemporâneas: “aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito a viver à sua maneira”²⁰⁷ mostrou-se um requisito para a convivência pacífica entre grupos sociais diversos.

Nesse contexto, a liberdade de expressão tem a função de promover a tolerância como valor: ao assegurar a todos o direito de expor suas ideias no espaço público, a garantia em questão impõe à sociedade, o respeito a essas ideias – ainda que elas sejam desagradáveis ao olhar de todas as outras pessoas. Desta forma, não importa o quão odiosa seja a mensagem, porque sendo a sua transmissão protegida, o resultado será uma sociedade mais tolerante, aberta a todos os pontos de vista. Além disso, mais “emocionalmente madura”, ao responder a discursos dessa ordem com neutralidade, quando não colocarem em risco o regime democrático²⁰⁸.

Sarmiento destaca que, no entanto, essa forma de promover a “tolerância” coloca um ônus muito maior sobre grupos sociais com histórico de exclusão e injustiça. Ainda que todos possam se incomodar com manifestações de ódio, as pessoas visadas diretamente pelo discurso são aquelas que mais sofrem com ele. Nesse caso, a promoção da tolerância acaba por reforçar a opressão sistêmica já enfrentada por esses grupos vulneráveis²⁰⁹.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Para uma breve análise jurídica sobre o exercício de liberdades fundamentais – inclusive a garantia de livre manifestação do pensamento – com finalidades liberticidas, conferir o item 3.2.3.1. sobre a aplicação do art. 17 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 244-245.

Ademais, é muito vaga a noção de que a permissão para dizer qualquer coisa, de qualquer forma, realmente promove a tolerância: muito mais provável é que provoque o acirramento da tensão entre grupos sociais distintos com o reforço de estigmas já atribuídos a minorias. Nesse cenário, consolida-se uma atmosfera de hostilidade contra elas, o que contraria qualquer pretensão de promover a tolerância como valor.

Nesse sentido, destaca-se o raciocínio de Jerermy Waldron, já desenvolvido no item 1.2.3. Em síntese, para o autor, sociedades multiculturais impescindem da afirmação de um bem público de “inclusividade”. Isso porque a convivência em sociedade implica a condução de um projeto conjunto e o discurso de ódio prejudica o desenrolar desse “projeto” ao afrontar a participação de grupos minoritários nele, gerando uma atmosfera de hostilidade social. Ou seja, ao invés de promover a tolerância, o discurso de ódio contribui para a intensificação de tensões entre grupos sociais distintos, gerando o inverso: intolerância.

2.3.2. Parâmetros para a intervenção estatal na liberdade de expressão: diversidade e espaço público

Com base em suas reflexões sobre o “mercado de ideias”, Sunstein propõe o que nomeia de *New Deal* para a liberdade de expressão, em um claro paralelo à interferência do Estado na economia dos EUA em meio à crise econômica da década de 1930 – atribuída, em parte, à desregulação dos mercados que prevalecia até então. No âmbito dessa proposta, uma intervenção estatal para colocar em evidência assuntos de interesse público, bem como para garantir a difusão de pontos de vistas diversos sobre esses assuntos, serviria a propósitos democráticos – aproximando a liberdade de expressão da finalidade que deu origem a ela: promover o consenso nas comunidades políticas, viabilizando o autogoverno.

No âmbito do *New Deal* proposto por Sunstein, cabe a distinção entre diferentes categorias de discurso de ódio, sendo permitidas apenas manifestações discriminatórias de “cunho político” – que tenham, de fato, algo a acrescentar a debates sobre temas de interesse público. Por outro lado, a utilização de nomes pejorativos de cunho racial pode ser regulada, tendo em vista que não pode ser considerada, de forma plausível, como parte do processo de deliberação social sobre temas raciais – além de causar danos que excedem a configuração de uma mera ofensa. O mesmo pode ser dito sobre nomes pejorativos empregados contra outras minorias²¹⁰.

²¹⁰ SUNSTEIN, Cass. R. op. cit. E-book versão Kobo. p. 69-72 do Capítulo 6.

Assim, a partir desse ponto de vista, a intervenção do Estado para garantir a presença e a voz de minorias – dentre elas, as sexuais – no debate público é de extrema importância para viabilizar a construção de uma sociedade plural e democrática. Ao refletir sobre a forma que essa interferência deve tomar, Sunstein retoma o conceito estudidense das *fighting words* – trabalhado no item 1.2.4.

Para o autor, essa forma de manifestação – deliberadamente dirigida a alguém de modo a causar uma reação violenta – não é parte essencial da expressão de ideias, podendo ser regulada pelo Estado²¹¹. Contudo, a regulação não pode ser realizada de qualquer forma: ela precisa ser imparcial ou, ao menos, justificável, já que, *a priori*, a proibição de manifestações pautadas em ponto de vista específico seriam inaceitáveis. Isso porque, caso agisse dessa forma, o Estado estaria discriminando tal ponto de vista – e não a externalização do ódio em si.

A título de exemplo, Sunstein menciona a regulação de *fighting words* direcionadas a brancos ou a pessoas com opiniões políticas conservadoras. Nesse caso, a regulação não deve ser permitida face à ausência de justificativas plausíveis para a ingerência do Estado – que, caso regulasse a matéria, iria suprimir do debate público, manifestações pautadas em pontos de vista específicos²¹². Ao fazê-lo sem proibir, simultaneamente, outras formas de *fighting words* – dirigidas, no caso, a negros e a pessoas com visões políticas progressistas – o Estado estaria abrindo mão de sua neutralidade, i.e., se posicionando politicamente ao tomar partido por um dos lados do debate.

Se o Estado não deve proibir manifestações pautadas em pontos de vista específicos, como fica a proibição do discurso de ódio? A resposta para essa pergunta é, na visão de Sunstein, não proibir um ponto de vista específico sobre determinado assunto – homossexualidade, por exemplo –, mas sim mas uma classe de discursos mais ampla (aqueles que causam ódio direcionado ao pertencimento a grupos étnicos, religiosos, sexuais, etc). Deste modo, a proibição baseia-se no conteúdo do discurso, mas não em pontos de vista específicos sobre aquele conteúdo²¹³.

Apesar de não serem totalmente neutras, essas restrições de conteúdo são menos prejudiciais à liberdade de expressão do que as proibições pautadas em pontos de vista

²¹¹ No caso dos EUA, pode, de uma forma geral, ser regulada pelos Estados sem ferir a Primeira Emenda à Constituição – a jurisprudência estadunidense será tratada com maior propriedade no próximo Capítulo.

²¹² “The governing principle is that the state may not regulate unprotected speech if it selects, from the class of unprotected speech, material chosen on the basis of point of view”. SUNSTEIN, Cass. R. op. cit. E-book versão Kobo. p. 75 do Capítulo 6.

²¹³ Ibid. p. 84.

específicos. Nos EUA, segundo o autor, a Suprema Corte permitiu certas restrições à liberdade de expressão, sempre que a regulação do discurso não dava azo a restrições pautadas em pontos de vista²¹⁴.

Contudo, também é possível fundamentar eventuais restrições ao discurso na existência de danos concretos, os quais justifiquem o tratamento diferenciado dispensado para alguns assuntos. Nas palavras de Sunstein, “é plausível dizer que existem danos, nos casos cobertos [pela legislação antidiscriminatória], que são suficientemente severos e distintivos para justificar tratamento especial”²¹⁵, do ponto individual, mas também coletivo.

Nesse contexto, é preciso ressaltar que, no entendimento do autor,

“a discriminação de determinado ponto de vista não é estabelecida pelo fato de que, em alguns casos hipotéticos, um lado do debate tem maiores meios para se expressar que o outro, ao menos – e esse é o ponto mais importante – que a restrição em questão tenha algum fundamento legítimo”²¹⁶.

Ou seja, é plenamente justificável que, em um debate onde dois grupos sociais tenham opiniões conflitantes sobre um determinado assunto, um deles tenha que atentar a determinadas regras na hora de formular o seu discurso, quando o outro constituir uma minoria, no sentido político da palavra. E esse argumento, segundo o autor, não se apoia em ideologias, mas no impacto que o discurso de ódio tem no mundo concreto, em que é clara a existência de grupos em situação vulnerável.

Deste modo, Sunstein vislumbra a possibilidade da “tomada de partido” por parte do Estado para regular as *fighting words* contra minorias raciais, religiosas – e outras. Trazendo a lógica desse argumento para a realidade brasileira, seria o equivalente a afirmar que, no presente conflito de ideias entre minorias sexuais – de uma maneira abrangente – e determinados grupos religiosos, as primeiras estariam mais livres na forma por meio da qual podem articular o seu discurso no espaço público, enquanto que as segundas, ao apresentar suas ideias, devem evitar a disseminação do ódio, defendendo seu posicionamento em relação ao assunto sem intimidar e/ou desumanizar os integrantes do grupo vulnerável. Isso porque, como evidenciado no item 1.2.2 do presente estudo, os LGBTs constituem minoria no cenário brasileiro, estando sujeitos a elevados índices de violência, a dificuldades de

²¹⁴ A jurisprudência da Suprema Corte em matéria de liberdade de expressão será analisada no item 3.1.1.

²¹⁵ SUNSTEIN, Cass. R. op. cit. E-book versão Kobo. p. 86 do Capítulo 6.

²¹⁶ Tradução livre. Ibid. p. 80 do Capítulo 6.

reconhecimento de direitos de sua titularidade, bem como à subrepresentação política de seus interesses.

Em síntese, Sunstein não defende uma ampla proibição dos discursos discriminatórios, já que isso poderia restringir demasiadamente a liberdade de expressão no contexto dos EUA, tornando proibidos discursos que tenham a intenção e/ou possam ser recebidos como uma contribuição a debates no espaço público. No entanto, ele defende a proibição do discurso de ódio caracterizado como *fighting words* e dirigido a grupos vulneráveis. Esse é o caso, por exemplo, do discurso de ódio voltado a minorias raciais nos EUA, tendo em vista o contexto de injustiça racial que vem sendo combatido no país desde o final da Guerra de Secessão, com previsões constitucionais abolindo a escravidão e as tentativas, ao longo da história estadunidense, de eliminar uma “cidadania de segunda-classe”. Assim, “quando o discurso contribui para a criação [ou manutenção] de um sistema de castas, o Estado pode, de forma neutra e legítima, responder a ele – contanto que a restrição ao discurso seja clara e bem definida”²¹⁷. Isso porque está reagindo a potenciais danos, e não a ideias.

No contexto brasileiro, o argumento de Sunstein pode ser igualmente aplicado à situação das minorias sexuais: tendo em vista o contexto histórico de injustiça a que o grupo em questão permanece sujeito e as tentativas recentes de combatê-lo, a interferência do Estado na liberdade de expressão para limitar o discurso de ódio de natureza homofóbica no espaço público seria legítima, sempre que tais discursos forem desprovidos de conteúdo útil aos debates sobre temas de interesse público. Em outras palavras, sempre que as manifestações servirem preponderantemente à disseminação do ódio discriminatório.

Já no entender de Jeremy Waldron, a definição de parâmetros para a intervenção estatal nesses casos passa pela identificação de categorias e modos de expressão “que a experiência indica serem mais propensos a impactar sobre a dignidade de membros de grupos vulneráveis”²¹⁸. Ao tratar da legitimidade das leis que regulam o discurso de ódio, o autor adota critérios mais objetivos com base na legislação antidiscriminatória de países ocidentais, construindo um exemplo de “escala do ódio”, em que diferentes formas de passar uma determinada mensagem podem causar maior ou menor dano para os grupos minoritários visados pelo discurso.

²¹⁷ Ibid. p. 95 do Capítulo 6.

²¹⁸ WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 18 do Capítulo 5.

Waldron menciona a discussão pública, por exemplo, em torno do tópico “conveniência de legislação antidiscriminatória”, em que uma determinada pessoa possa ser contrária à aprovação de leis dessa natureza. Para tanto, a pessoa em questão pode ter diversas opiniões em mente: (i) a legislação será prejudicial a ela mesma; (ii) acredita que a legislação em discussão possa prejudicar a eficiência econômica do território onde irradiar efeitos; (iii) não confia na burocracia necessária para a aplicação da legislação antidiscriminatória; ou (iv) discorda de que os beneficiários da lei em questão [grupos vulneráveis] realmente mereçam a proteção que ela oferece a eles.

Dessas visões, a única passível de suscitar a intefeência do Estado para coibir o discurso de ódio – a depender da forma por meio da qual é manifestada – é a (iv). Isso porque ela é dirigida a um grupo vulnerável específico. No entanto, ela só será passível de regulação legítima quando gerar dano considerável à minoria em questão – intimidando e desumanizando-a. Ao diferenciar os “níveis” de dano do discurso de ódio, Waldron aponta diferentes modos de expressar a opinião (iv): (a) não concordar com o princípio abstrato de que o Estado deve demonstrar igual preocupação e respeito por todos os membros de uma dada comunidade; (b) expor alguma teoria evolutiva segundo a qual integrantes de um determinado grupo étnico ou racial são inferiores; (c) anunciar em público que as pessoas protegidas pela legislação antidiscriminatória não são mais do que animais; ou (d) imprimir e distribuir panfletos ou dizer em programa de rádio que os membros do grupo protegido não são mais do que pestes (como ratos ou baratas), as quais merecem ser exterminadas²¹⁹.

Segundo Waldron, a legislação antidiscriminatória promulgada pelas democracias contemporâneas “quase que certamente” interviriam para restringir a manifestação (d), “muito provavelmente” limitariam a expressão de (c) e “possivelmente” algumas versões de (b), dependendo de “quão virulentas” forem²²⁰. Isso quando essas manifestações tivessem a efetiva intenção de intimidar e instigar ao ódio contra o grupo vulnerável em questão.

Ainda que constitua apenas exemplo de como, na visão do autor, os países com legislação antidiscriminatória regulam o discurso de ódio, a escala de crescente “reprovabilidade” das manifestações discriminatórias ajuda a ilustrar em quais situações o dano gerado por elas demandaria a firme intervenção do Estado. Mesmo não sendo exaustiva, a escala introduzida por Waldron evidencia alguns dos parâmetros a serem levados em consideração para a regulação do discurso: (i) seu eventual caráter político e

²¹⁹ WALDRON, Jeremy. op. cit. E-book versão Kobo. p. 32-33 do Capítulo 7.

²²⁰ Ibid. p. 34 do Capítulo 7.

possibilidade de contribuição para debates envolvendo questões de interesse público; (ii) o seu contexto, i.e., forma de veiculação – mídia impressa, rádio, etc –, o que determinará seu potencial de impacto e disseminação no espaço público; (iii) a linguagem empregada, i.e., o uso de expressões que agem na desumanização do grupo visado, além de (iv) a intenção do autor do discurso – tida como uma condição para sua eventual responsabilização.

Na presente seção, foram apresentados os fundamentos teóricos da intervenção Estatal na liberdade de expressão para coibir o discurso de ódio. Em síntese, o direito à não-discriminação, de origem nas aspirações de equidade que permeiam o ordenamento jurídico e o contexto político das democracias contemporâneas, justifica eventuais restrições à liberdade de expressão. Nesse sentido, é importante lembrar que, tal qual outros direitos constitucionais, a liberdade de expressão não é absoluta, muito embora a imposição de limites a ela suscite receios por motivações históricas – heranças dos regimes políticos autoritários que marcaram presença em grande parte do Ocidente, ao longo do século XX.

Assim, as formulações jurídico-filosóficas em torno de um “direito ao reconhecimento” ou “direito à não-discriminação” constituem a resposta do direito às evidências apontadas no Capítulo 1, no sentido de que o discurso de ódio causa danos de diferentes naturezas à sociedade em que ocorre, contribuindo para a instensificação de uma atmosfera de hostilidade social e desestímulo à diversidade – o que afeta os processos políticos da sociedade em questão, criando um déficit democrático.

Deste modo, ao serem evidenciados danos potenciais à sociedade que excedem os prejuízos decorrentes da limitação à liberdade de expressão, o Estado deve intervir, regulando o discurso no espaço público. Esse é o caso – e nisso Sunstein e Waldron paracem ter opiniões convergentes – do discurso discriminatório direcionado a um grupo historicamente marginalizado: quando a manifestação atinge minorias, contribuindo consideravelmente para a manutenção de uma “sociedade de castas” ou “cidadania de segunda classe”, ela coloca em risco o projeto de convivência que constitui a base das democracias contemporâneas. Nessa situação, o Estado não persegue ideias, assumindo o risco de ser autoritário, mas evita danos consideráveis aos processos políticos da sociedade, agindo na promoção da igualdade.

Contudo, para o dano à sociedade ter potencial suficiente de modo a justificar limitações à liberdade de expressão, é preciso que o discurso de ódio: (i) seja externalizado de forma intencional; (ii) não tenha real utilidade para debates de interesse público; (iii) seja

veiculado de modo a atingir um grande número de pessoas; e (iv) seja articulado por meio de linguagem agressiva e/ou que aja na desumanização do grupo minoritário. Resta agora analisar como outros países e órgãos internacionais tratam da regulação ao discurso de ódio, aplicando os fundamentos jurídicos apresentados nesse Capítulo.

3. ANÁLISE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO: LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Delimitado o confronto entre o direito à não-discriminação como desdobramento do princípio da igualdade e o direito à liberdade de expressão na seção anterior, é preciso refletir sobre formas concretas solucioná-lo. Para tanto, mostra-se de grande utilidade a análise das soluções apresentadas pelo direito internacional e comparado para a regulação – em maior ou menor medida – do discurso.

Assim, o Capítulo 3 volta-se unicamente para a análise jurisprudencial do conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio. Inicialmente, serão examinadas as soluções apresentadas pela jurisprudência estadunidense e a europeia que, muito embora não sejam vinculantes para o Brasil, introduzem parâmetros para a regulação do discurso que podem contribuir para o debate brasileiro sobre a matéria.

Ao fim, será apresentada a jurisprudência internacional em matéria de liberdade de expressão e discurso de ódio – com destaque para as decisões do órgão judicial do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, de impacto para todos os países que, a exemplo do Brasil, aderiram a ele.

Em síntese, o presente capítulo destina-se a responder, de forma justificada, às indagações a seguir: como outros Estados e o direito internacional regulam uma eventual intervenção na liberdade de expressão para afastar o discurso de ódio?

3.1. Os Limites da Liberdade de Expressão nos EUA

Os EUA são notoriamente conhecidos pela defesa da liberdade de expressão, elevada a verdadeiro símbolo cultural do país. Como se demonstrará por meio da análise da jurisprudência da Suprema Corte, há uma preponderância da liberdade – ainda muito centrada na ideia liberal de um Estado mínimo – em detrimento da igualdade, como valor a guiar as decisões do órgão de cúpula do Judiciário estadunidense.

Nesse contexto, a proteção à livre manifestação do pensamento com base na Primeira Emenda Constitucional – “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press” – tem sido interpretada pela Suprema Corte como um direito quase absoluto. Tradicionalmente concebida para assegurar ao cidadão o direito de manifestar-se contra o Estado, à liberdade de expressão é atribuída, nos dias correntes, a função de proteger

opiniões impopulares contra a reação da maioria, viabilizando o acesso de todos às ideias mais diversas²²¹.

Rosenfeld destaca que, nas últimas décadas, surgiram nos EUA teorias que estudam o impacto negativo do discurso dominante – reflexo de valores associados à maioria “branca e masculina” – nas tentativas de promover a igualdade – e, assim, a inclusão de minorias étnicas, raciais, de gênero, sexuais, dentre outras. Essa onda de pensamento teria influenciado uma nova forma de interpretar a garantia da liberdade de expressão, segundo a qual o referido direito pode ser concebido como instrumento de proteção dos oprimidos e marginalizados contra “as tendências hegemônicas do discurso dos poderosos”²²². Essa vertente de pensamento estaria mais apta a acolher restrições à liberdade de expressão para coibir o discurso de ódio, tendo em vista a proteção das minorias contra o discurso hegemônico da maioria. É importante destacar, contudo, que essa vertente de pensamento não influenciou de maneira determinante, pelo menos até o momento presente, a jurisprudência da Suprema Corte, como se demonstrará a seguir.

3.1.1. A jurisprudência da Suprema Corte em matéria de liberdade de expressão

Conforme dito anteriormente, a Suprema Corte confere ampla proteção à liberdade de expressão. No entanto, o órgão de cúpula do Judiciário estadunidense já se pronunciou no sentido de que existem categorias de discurso que não se encontram no âmbito de proteção da Primeira Emenda Constitucional, podendo ser banidas pela legislação dos Estados federados. Em outras palavras: certas manifestações de pensamento estão constitucionalmente desprotegidas, em virtude da sua natureza, podendo ser objeto de ampla regulação nos Estados federados²²³.

Em suas decisões, a Suprema Corte já considerou como “discurso desprotegido”:

- (a) Discurso obsceno – manifestações obscenas já foram consideradas como desprotegidas pela Primeira Emenda Constitucional, podendo ser objeto de regulação dos Estados federados que garanta “o interesse social na ordem e na

²²¹ ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. p. 247-248.

²²² Ibid. p. 249.

²²³ RUANE, Kathleen Ann. **Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment**. s. l., 2014. p. 1-3. Disponível em: <<http://fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2014.

moralidade”. Nesses casos, o mais difícil é, justamente, definir quando um determinado discurso tem caráter obsceno²²⁴.

- (b) Pornografia infantil – o material que retrate conduta sexual de crianças é considerado como discurso desprotegido mesmo quando não constitua manifestação obscena no sentido descrito em “a”²²⁵.
- (c) “Fighting words” – a doutrina das *fighting words* já foi objeto de análise da seção 1.2.4. Em síntese, as *fighting words* constituem manifestações que têm a capacidade de gerar violência, criando uma reação agressiva por parte de seu destinatário. Para serem consideradas como tal, essas manifestações devem ter o potencial de gerar violência com base no grau de inclinação à violência do destinatário do discurso. E, além disso, deve haver a probabilidade concreta dessa manifestação irromper em violência, tendo em vista o contexto da sua ocorrência.

A doutrina das *fighting words* teve – e ainda têm – larga aplicação nos casos envolvendo discurso de ódio que passaram pela Suprema Corte. No precedente *Brandenburg v. Ohio*²²⁶ – julgado em 1969 – as *fighting words* tornaram-se o parâmetro para a constitucionalidade de eventuais limitações ao discurso de ódio que prevalece até os dias atuais²²⁷.

²²⁴ Segundo Ruane, não é toda forma de pornografia que pode ser considerada obscena. Isso tem consequências práticas, pois tudo o que for considerado pornográfico, mas não obsceno, constitui discurso constitucionalmente protegido. “Para ser obscena, a pornografia deve, ao menos, representar ou descrever uma conduta sexual notoriamente agressiva” (tradução livre). Para maiores informações sobre o discurso obsceno na jurisprudência da Suprema Corte, Cf. Ibid. Cf. também SARMENTO, Daniel. op. cit. p. 212.

²²⁵ Para mais informações sobre essa forma de discurso desprotegido, Cf. RUANE, Kathleen Ann. op. cit. p. 3.

²²⁶ EUA. Suprema Corte. 395 U.S. 444. *Brandenburg v. Ohio*. op. cit.

²²⁷ Antes de *Brandenburg v. Ohio*, o precedente *Beauharnais v. Illinois*, decisão da Suprema Corte de 1952, já havia versado sobre o discurso de ódio contra minorias. Na época, contudo, a Corte adotou parâmetro diverso para concluir pela manutenção das restrições ao discurso. No caso, o Sr. Beauharnais, um supremacista branco, havia distribuído panfletos acusando negros de, dentre outras coisas, estupro, roubo e outros crimes violentos. Muito embora o Sr. Beauharnais conclamasse brancos a unirem-se e protegerem uns aos outros, a Suprema Corte não considerou que o ato em si representava risco de gerar violência. Ainda assim, a condenação pela manifestação de ódio foi mantida pela Suprema Corte, que considerou o discurso como difamação de grupo, análoga à difamação individual, tradicionalmente excluída da proteção conferida com base na garantia de liberdade de expressão: “Libelous utterances not being within the area of constitutionally protected speech, it is unnecessary, either for us or for the State courts, to consider the issues behind the phrase ‘clear and present danger.’ Certainly no one would contend that obscene speech, for example, may be punished only upon a showing of such circumstances. Libel, as we have seen, is in the same class”. Esse posicionamento foi, contudo, modificado nos julgamentos posteriores da Suprema Corte em matéria de discurso de ódio. Cf. EUA. Suprema

O caso tratou da constitucionalidade de uma legislação de Ohio que criminalizava a defesa de meios violentos para causar mudanças sociais e econômicas²²⁸, aplicada a manifestações de membros do Ku Klux Klan²²⁹. No âmbito dessas manifestações – expressadas em uma espécie de comício que chegou a ser parcialmente transmitido via televisão – foram apresentadas diversas declarações pejorativas contra negros e judeus. Ainda que não ameaçassem diretamente a prática de violência contra esses grupos, sugeriram que os negros fossem enterrados e os judeus, enviados de volta a Israel²³⁰, afirmando que iriam pedir ao Estado para agir nesse sentido e, na inércia estatal, não teriam opção senão agir com as próprias mãos.

Em sua decisão, a Suprema Corte considerou que a legislação de Ohio confundia duas condutas diferentes, quais sejam, a “defesa” do uso da violência – discurso constitucionalmente protegido – e a “incitação” à violência – discurso desprotegido, passível de regulação. Assim, a decisão da Corte avaliou a legislação de Ohio como inconstitucional, concluindo que o Ku Klux Klan pode ter defendido o uso da violência, mas não incitado uma resposta violenta. Afastou, deste modo, a condenação pelas manifestações de ódio contra negros e judeus²³¹.

No precedente *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*²³², o parâmetro para a limitação constitucional do discurso de ódio estabelecido em *Brandenburg v. Ohio* foi reafirmado.

Corte. 343 U.S. 250. *Beauharnais v. Illinois*, julgado em 28 de abril de 1952. Cf. ROSENFELD, Michel. op. cit. p. 253.

²²⁸ “The Act punishes persons who ‘advocate or teach the duty, necessity, or propriety’ of violence ‘as a means of accomplishing industrial or political reform’; or who publish or circulate or display any book or paper containing such advocacy; or who ‘justify’ the commission of violent acts ‘with intent to exemplify, spread or advocate the propriety of the doctrines of criminal syndicalism’; or who ‘voluntarily assemble’ with a group formed ‘to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism’.” EUA. Suprema Corte. 395 U.S. 444. *Brandenburg v. Ohio*. op. cit.

²²⁹ Com mais de cem anos de história, o Ku Klux Klan congrega aproximadamente 50 grupos que agem na disseminação do ódio racial, religioso, xenofóbico e homofóbico nos EUA, por meio de crimes de ódio e outros atos de intimidação. Atualmente, cerca de 5 mil pessoas compõe o Klan, que também conta com associados e simpatizantes. Para mais informações sobre o grupo, Cf. AKINS, J. Keith. *The Ku Klux Klan: America’s Forgotten Terrorists*. **Law Enforcement Executive Forum**, s.l., v. 7, n. 5, Vol. 7, p. 127-141, 2006. Disponível em: <<http://www.uhv.edu/asa/articles/kkkamericasforgottenterrorists.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2014.

²³⁰ Dentre as expressões empregadas: “a dirty nigger”, “bury the niggers”, “send the Jews back to Israel”, “Let’s give them back to the dark garden”, “we intend to do our part”. EUA. Suprema Corte. 395 U.S. 444. *Brandenburg v. Ohio*. op. cit.

²³¹ Como é possível notar – e conforme já mencionado na seção 1.2.4 –, em última análise, a *ratio* da doutrina das *fighting words* é a garantia da ordem e da paz públicas, e não o direito à não-discriminação e ao reconhecimento das vítimas. Caso contrário, tal doutrina não permitiria a restrição apenas de manifestações com potencial de causar reação violenta do interlocutor, mas a limitação de qualquer manifestação de ódio dirigida a um grupo minoritário. Cf. MANNHEIMER, Michael J. op. cit. p. 1551.

²³² EUA. Suprema Corte. 432 U.S. 43. *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, julgado em 14 de junho de 1977.

O caso envolveu a organização de uma parada proposta por neonazistas, na qual eles pretendiam desfilar vestindo o uniforme completo das forças nazistas, o que incluía a ostentação de suásticas. A parada aconteceria nas ruas de Skokie, subúrbio de Chicago conhecido pelo grande número de judeus que residiam ali – inclusive sobreviventes do Holocausto. As autoridades locais tomaram medidas com a finalidade de proibir a parada, tais como a aprovação de legislação impedindo a sua realização. No entanto, as cortes superiores invalidaram essas medidas, considerando que elas violavam a liberdade de expressão dos organizadores da passeata, mesmo na evidência de que os neonazistas haviam escolhido a localidade do evento em razão da sua grande população de judeus.

Da mesma forma que em *Brandenburg v. Ohio*, a questão central para a proibição da parada passou a ser a sua capacidade – ou não – de gerar uma resposta violenta das pessoas que assistissem a passeata. Em primeira instância, o testemunho de moradores de Skokie que eram sobreviventes do Holocausto confirmou a possibilidade de a parada provocá-los a responder com violência, o que resultou em sua proibição. Em sede de apelação, contudo, a decisão foi revertida, sob o argumento de que o sentimento despertado pela parada não eram suficientes para justificar a sua proibição, já que os judeus que não eram sobreviventes do Holocausto talvez não respondessem à parada com violência. Apesar de vencerem a disputa no Judiciário, os neonazistas decidiram realizar a parada em Chicago, longe de qualquer bairro de maioria judia²³³.

Todas as outras categorias de discurso – além da obscenidade, da pornografia infantil e das *fighting words* – representam manifestações constitucionalmente protegidas, o que não significa que não possam ser reguladas: a regra geral é a total desregulação, porém, a depender do nível de proteção assegurado pela Primeira Emenda e dos interesses que sustentem a restrição ao discurso, eventuais limitações poderão ser consideradas constitucionais. Vejamos a seguir como a Suprema Corte avalia a regulação de discurso constitucionalmente protegido:

- (a) Restrições baseadas em conteúdo – limitações pautadas em conteúdo só são permitidas sob “escrutínio estrito”, i.e., caso sejam necessárias para promover um

²³³ ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. op. cit. p. 254-255.

interesse imperativo e constituam o meio menos restritivo possível da liberdade de expressão para garantir tal interesse. A ideia por trás do raciocínio da Suprema Corte é a de que o Estado não pode favorecer um determinado tipo de conteúdo em detrimento de outros²³⁴. Por esse motivo, restrições pautadas em ponto de vista específico são das mais repudiadas pela Suprema Corte: ao permití-las, o Estado toma partido por uma das partes envolvidas no debate público, deixando de se posicionar de forma neutra. Restrições impostas a manifestações que tratem de matérias de interesse público são especialmente rejeitadas²³⁵.

No precedente *R.A.V. v. St. Paul*, a Suprema Corte aplicou o raciocínio supramencionado para julgar inconstitucional legislação local que definia como contravenção:

“a colocação, em propriedade pública ou privada, de símbolo, objeto [...] não limitado ao ateamento de fogo a uma cruz ou a suástica nazista, que se sabe ter potencial de [...] incitar ao ódio, violência ou ressentimento em terceiros por motivo de raça, color de pele, religião ou gênero”²³⁶

No caso, uma cruz em chamas foi colocada no quintal de uma família de negros por jovens brancos extremistas. A Suprema Corte, ao deparar-se com o caso, considerou a legislação em questão como inconstitucional, pois: (i) o discurso regulado por ela não representava instigação à violência; e (ii) mesmo que o ateamento de fogo à cruz fosse considerado como *fighting words* – e, portanto, uma forma de discurso não protegida pela Primeira Emenda Constitucional –, a legislação sob análise incorria em discriminação com base em ponto de vista, sendo inadmissível. Isso porque criminalizava algumas formas de instigação à violência – por motivo de raça e religião – mas não outras similares que teriam o potencial de incitar igualmente à violência – por exemplo, manifestações de ódio por motivo de afiliação política ou orientação sexual. Ao criminalizar as *fighting words* de cunho racista, mas não as de – por exemplo – cunho homofóbico, o Estado discriminou as

²³⁴ RUANE, Kathleen Ann. op. cit. p. 5.

²³⁵ “[S]peech on ‘matters of public concern’ ... is ‘at the heart of the First Amendment’s protection’”; “The First Amendment reflects ‘a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open’”. EUA. Suprema Corte. 562 U.S. _____. *Snyder v. Phelps*, julgado em 2 de março de 2011.

²³⁶ Tradução livre de: “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”. Cf. EUA. Suprema Corte. 505 U.S. 377. *R.A.V. v. St. Paul*, julgado em 22 de junho de 1992.

manifestações racistas em relação àquelas de natureza homofóbica, o que seria inconstitucional dada a semelhança das condutas envolvidas²³⁷. Conforme afirmado anteriormente, a limitação da liberdade de expressão com base em ponto de vista é tipo de restrição baseada em conteúdo especialmente repudiada pela Suprema Corte, justamente porque, nessa situação, o Estado abre mão da sua neutralidade.

Aplicando esse mesmo raciocínio em *Virginia v. Black* (2003)²³⁸, a Suprema Corte considerou constitucional, à primeira vista, legislação²³⁹ que criminalizava o ateamento de fogo à cruz com a intenção de intimidar²⁴⁰ qualquer pessoa ou grupo de pessoas. Isso porque uma restrição à liberdade de expressão dessa natureza não discrimina o ponto de vista dos

²³⁷ “[W]e conclude that, even as narrowly construed by the Minnesota Supreme Court, the ordinance is facially unconstitutional. Although the phrase in the ordinance, ‘arouses anger, alarm or resentment in others,’ has been limited by the Minnesota Supreme Court’s construction to reach only those symbols or displays that amount to ‘fighting words,’ the remaining, unmodified terms make clear that the ordinance applies only to ‘fighting words’ that insult, or provoke violence, ‘on the basis of race, color, creed, religion or gender.’ Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use ‘fighting words’ in connection with other ideas—to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality—are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects’ [...] ‘In its practical operation, moreover, the ordinance goes even beyond mere content discrimination, to actual viewpoint discrimination. Displays containing some wordsodious racial epithets, for example—would be prohibited to proponents of all views. But ‘fighting words’ that do not themselves invoke race, color, creed, religion, or gender aspersions upon a person’s mother, for example—would seemingly be usable *ad libitum* in the placards of those arguing in favor of racial, color, etc., tolerance and equality, but could not be used by those speakers’ opponents”. Cf. *Ibid.*

²³⁸ O caso em questão envolveu dois incidentes de ateamento de fogo à cruz, um deles em meio a uma reunião privada de membros do Ku Klux Klan e outro realizado por brancos não afiliados ao grupo em uma área pública, localizada em uma região de população majoritariamente afroamericana. Cf. EUA. Suprema Corte. 538 U.S. 343. *Virginia v. Black*, julgado em 7 de abril de 2003.

²³⁹ A lei em questão estabelecia como crime “qualquer pessoa [...] que, com a intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo de pessoas [...] queime uma cruz em propriedade de terceiro, em uma rodovia ou qualquer outro lugar público” especificando que “qualquer ateamento de fogo dessa ordem [...] será evidência *prima facie* da intenção de intimidar uma pessoa ou grupo”. *Ibid.*

²⁴⁰ Para todos os efeitos, a Corte considerou que o ateamento de fogo equivalia à expressão de *fighting words*, mesmo levando-se em conta que a legislação do Estado de Virginia punia a “intenção de intimidar”, e não a intenção de incitar à violência. A intenção de intimidar, abstratamente falando, não necessariamente envolve a intenção de gerar violência, tendo em vista que humilhar, expor ao ridículo, marginalizar, etc, são formas de intimidar que podem ou não resultar em violência. No entanto, do ponto de vista da Corte, o ateamento de fogo à cruz representava, no contexto das mensagens do Ku Klux Klan, uma incitação à violência. De fato, não raro à conduta em questão sucediam agressões físicas como linchamentos e até assassinatos de membros de minorias étnicas. Deste modo, se não incitou à violência, o ateamento de fogo à cruz ao menos criou uma atmosfera de medo para os destinatários da mensagem, que passaram a temer pela sua integridade física. Seria preciso, contudo, diferenciar as duas condutas envolvendo o ateamento de fogo a uma cruz: aquela praticada em meio à reunião do Ku Klux Klan a portas fechadas envolvia apenas membros do grupo praticando uma espécie de ritual, em que compartilhavam símbolos da sua ideologia. A reunião não era aberta ao público, tendo ocorrido em propriedade privada, com a permissão do dono. Por envolver apenas membros do grupo que cultuavam símbolos de sua identidade e ideologia compartilhada, a Corte considerou que a mensagem era protegida constitucionalmente – i.e., não representava ato de incitação à violência. Por outro lado, o ateamento de fogo a uma cruz por não-integrantes do Ku Klux Klan em propriedade de membros de minorias étnicas sugere uma forte intenção de intimidar e disseminar o ódio contra esse grupo minoritário – i.e., representava ato de incitação à violência. Cf. *Ibid.*

destinatários da norma, que poderiam ser movidos não só pela intenção de intimidar negros ou judeus, mas também pela intenção de intimidar outras minorias. Assim, ao proibir determinado conteúdo – o ateamento de fogo a uma cruz com a intenção de intimidar – ao invés de vetar um ponto de vista específico – o ateamento de fogo a uma cruz com a intenção de intimidar membros de minorias raciais – a legislação seria compatível com a Primeira Emenda Constitucional²⁴¹.

É importante ressaltar, contudo, que a Corte acabou considerando a legislação do Estado de Virginia inconstitucional, pois a norma em questão presumia que, subjacente à conduta de atear fogo à cruz, estava a intenção de intimidar. Em outras palavras, a lei colocava o ônus da prova da ausência de intenção intimidatória sobre os ombros do acusado.

(b) *Restrições não baseadas em conteúdo* – limitações não pautadas no conteúdo da mensagem transmitida também podem resultar na violação da Primeira Emenda Constitucional, porém são mais facilmente permitidas pela Suprema Corte, que exige um interesse “significativo”, “substancial” ou, ao menos, “importante” por parte do Estado para que as restrições à liberdade de expressão não baseadas em conteúdo sejam aceitáveis – nível de exigência menor em relação ao “interesse imperativo do Estado”, requisito para a constitucionalidade de restrições de conteúdo. Ademais, as limitações não pautadas em conteúdo devem ser adequadas à consecução do interesse de Estado a que se propõem a assegurar, mas não precisam ser o meio menos restritivo da liberdade de expressão disponível. São consideradas restrições não baseadas em conteúdo aquelas pautadas no momento, local ou forma da manifestação, bem como aquelas voltadas à determinada conduta, mas que incidentalmente limitam o discurso²⁴². Restrições impostas a manifestações que ocorram no espaço público – vias públicas e parques, por exemplo – são especialmente repudiadas²⁴³.

²⁴¹ RUANE, Kathleen Ann. op. cit. p. 34.

²⁴² RUANE, Kathleen Ann. op. cit. p. 9.

²⁴³ “Westboro conducted its picketing peacefully on matters of public concern at a public place adjacent to a public street. Such space occupies a ‘special position in terms of First Amendment protection’ [...] ‘[W]e have repeatedly referred to public streets as the archetype of a traditional public forum,’ noting that ‘[t]ime out of mind’ public streets and sidewalks have been used for public assembly and debate”. EUA. Suprema Corte. 562 U.S. _____. Snyder v. Phelps. op. cit.

No caso *Snyder v. Phelps et al.*, a Suprema Corte afirmou que “até o discurso protegido não é igualmente permissível em todos os lugares e em todos os momentos”, reconhecendo a possibilidade de restringir o momento, o local e a forma de certas manifestações, quando houver algum interesse “significativo” a ser protegido²⁴⁴.

No caso em questão, Fred Phelps, fundador da Igreja Batista de Westboro, promoveu uma manifestação, em conjunto com outros membros da referida Igreja, a cerca de 300 metros do local onde ocorria o funeral de Matthew Snyder, morto no Iraque à serviço das forças estadunidenses. A manifestação foi realizada em um espaço público – área adjacente a uma via pública – e envolveu a exibição de cartazes com, dentre alguns dizeres: “Deus odeia os viados”, “Vocês irão para o inferno”, “Deus odeia vocês” e “Viados desgraçam nações”²⁴⁵.

Apesar de considerar que o Estado pode regular, em certa medida, onde, quando e como a Igreja de Westboro pode realizar seus piquetes, avaliou que, à época dos fatos, o Estado de Maryland não dispunha de legislação restringindo esse tipo de manifestação em funerais. Considerou, ademais, que foram poucas as vezes em que permitiu a limitação de piquetes em locais específicos – por exemplo, à frente de uma residência ou da entrada de uma clínica de aborto. Ainda segundo a Corte, o contexto de *Snyder v. Phelps* não permitiria uma analogia com os outros precedentes, pois os protestantes “comunicaram previamente as autoridades locais sobre a manifestação e seguiram todas as orientações da polícia sobre o local onde o protesto poderia ser realizado”. Além disso, o protesto ocorrera a uma distância considerável do funeral e não fora “desordeiro”, isento de “gritaria [...] ou violência”. Deste modo, o que teria ensejado a restrição à manifestação seria o conteúdo e o ponto de vista por trás da mensagem transmitida, e não a sua forma, o que levou a Corte a concluir pela inconstitucionalidade da limitação imposta ao piquete²⁴⁶.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Tradução livre de: “God hates fags”, “You’re going to hell”, “God hates you”, “Fags doom nations”. O caso chegou à Suprema Corte após o pai de Matthew Snyder ajuizar demanda contra Phelps e a Igreja Batista de Westboro alegando ter sido vítima de sofrimento emocional, causado de forma intencional. Em primeira instância, a Igreja de Westboro foi condenada a pagar milhões de dólares a título de indenização pelos danos causados, decisão que foi revertida pela Corte de Apelações do Quarto Circuito antes de chegar à Suprema Corte. Ibid.

²⁴⁶ Além das questões atinentes ao local, momento e forma da manifestação, foi de grande relevância, na argumentação da Corte pela inconstitucionalidade da limitação ao piquete, o fato de que o discurso tratava de questões de interesse público – “Speech on public issues occupies the highest rank of the hierarchy of First Amendment values, and is entitled to special protection”. O discurso pode ser considerado como de interesse público quando “se relacionar com questão de ordem política, social, ou qualquer outra que seja de interesse da comunidade” ou “for objeto de interesse geral e de valor ou interesse do público”. No caso, o conteúdo do piquete estava mais relacionado a questões de interesse público do que de interesse privado, já que os cartazes tratavam “da conduta política e moral dos EUA e de seus cidadãos, o destino da nação, a homossexualidade

Em síntese, a Suprema Corte dos EUA tem derrubado tentativas de regulação do discurso de ódio, manifestando-se pela sua ampla proteção constitucional. No entender de Rosenfeld, especialmente *R.A.V v. City of St. Paul* e *Virginia v. Black* ilustram situações em que o impacto dessa forma de discurso foi extremamente pernicioso, em se considerando o potencial de dano na sociedade estadunidense – justamente por ocorrer em uma sociedade com extenso histórico de violência e opressão. Muito embora a maior parte dos estadunidenses rejeite o ateamento de fogo à cruz – e, com isso, o radicalismo dos brancos extremistas – um percentual que não deve ser ignorado de pessoas continua a pensar, por exemplo, que os negros deveriam viver em bairros segregados²⁴⁷.

Os casos supramencionados demonstram a arbitrariedade dos parâmetros adotados pela Suprema Corte para distinguir a incitação ao ódio e a incitação à violência nos EUA. Isso porque, com base nesses critérios, restrições à liberdade de expressão seriam possíveis apenas quando o discurso tem o potencial de causar violência iminente. Esse parâmetro ignora o potencial de reverberação de uma atmosfera de hostilidade social da qual resulte violência não-iminente, como é o caso das manifestações de ódio contra grupos historicamente marginalizados.

Rosenfeld segue esse raciocínio, concluindo que, nos casos em que a passagem da incitação ao ódio à incitação violência não é tão óbvia, o parâmetro das *fighting words* como incitação à violência parece incapaz de cumprir com o seu propósito: nas situações em que a violência não necessariamente se segue à manifestação das *fighting words*, apesar de surgir com frequência após um período de tempo mais extenso, o discurso que a estimulou é protegido pela interpretação que a Suprema Corte fez da Emenda Constitucional. Esse é o caso, por exemplo, do ateamento de fogo ritualístico dirigido apenas a membros da Ku Klux Klan no caso *Virginia v. Black*, que estimulou a prática subsequente de violência e intimidação contra negros, apesar de não ter causado, imediatamente, atitudes violentas:

“como os membros do grupo já estão predispostos à prática de violência por motivo racial em razão da sua ideologia, o ritual de ateamento de fogo à cruz [...]

nas Forças Armadas [...]”. E discurso envolvendo questões de interesse público não pode ser restringido apenas porque é perturbador ou desprezível – “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable”. Ibid.

²⁴⁷ ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. op. cit. p. 256-259.

exacerba o ódio racial, reduzindo a inibição para materializar o ódio compartilhado em violência”²⁴⁸.

Em síntese, a análise das decisões da Suprema Corte evidencia que a *ratio* por trás das restrições à liberdade de expressão tidas por compatíveis com a Constituição Estadunidense é a manutenção da paz e ordem públicas – e não a afirmação da igualdade e o combate à discriminação. No entanto, os parâmetros adotados pela Suprema Corte parecem não serem aptos inclusive para essa finalidade, tendo em vista a sua incapacidade de identificar o potencial de irrupção de violência não-iminente do discurso que instiga ao ódio sem, contudo, incitar à violência.

De qualquer forma, mesmo considerando as situações limitadas em que as restrições ao discurso de ódio seriam admitidas²⁴⁹, ao impossibilitar restrições pautadas em ponto de vista específico, os parâmetros adotados pela Suprema Corte falham em perceber que não há injustiça no tratamento diferenciado de discursos hegemônicos e contra-hegemônicos. Isso porque o seu impacto na sociedade é desigual: enquanto que as manifestações de natureza hegemônica destinadas a instigar ao ódio contra grupos minoritários têm real potencial de reverberar no tecido social – e, com isso, reforçar ainda mais uma atmosfera de animosidade e exclusão em prejuízo de uma determinada minoria – as manifestações contra-hegemônicas não são aptas a causar a marginalização de grupos majoritários. Em outras palavras, não se pode equiparar manifestações racistas dirigidas a negros com manifestações agressivas dirigidas a brancos em um país como os EUA, em que o potencial de dano para as minorias étnicas é infinitamente maior, tendo em vista todo o histórico de marginalização desse grupo social.

Na Europa, tanto do ponto de vista interno e supranacional quanto internacional, o tratamento jurídico do discurso de ódio é consideravelmente diferente, conforme evidenciado na próxima seção.

²⁴⁸ Tradução livre. Ibid.

²⁴⁹ Com base nos precedentes da Suprema Corte, parecem viáveis limitações à liberdade de expressão para combater o discurso de ódio que: (i) configurem *fighting words* e não discriminem pontos de vista específicos (inclusive discursos hegemônicos); (ii) representem restrições de conteúdo de natureza predominantemente privada necessárias para promover um interesse imperativo e constituam o meio menos restritivo possível da liberdade de expressão para garantir tal interesse e, ainda, não discriminem pontos de vista específicos; ou (iii) representem restrições não baseadas em conteúdo, preferencialmente em um espaço privado, que sejam necessárias à promoção de um interesse significativo e que constituam meio apto à garantia de tal interesse.

3.2. Os Limites da Liberdade de Expressão na Europa²⁵⁰

A liberdade de expressão e o direito antidiscriminatório constituem objeto de preocupação crescente no continente europeu. Além da proliferação de estudos a esse respeito, a matéria em questão é densamente regulada, tanto no âmbito supranacional (da União Europeia), quanto na esfera internacional (no Conselho da Europa). Essa regulação se dá por meio de normas comunitárias, dispositivos convencionais ou mesmo precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

3.2.1. Discurso de ódio e liberdade de expressão na União Europeia

A UE consiste em uma entidade supranacional²⁵¹ de caráter regional que, fundada em 1992 por meio de um tratado internacional – o Tratado de Maastricht²⁵² – visa a uma progressiva integração econômica e política de seus Estados-Membros, todos do continente europeu e que, atualmente, somam 28 países²⁵³. Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009, a entidade teve seus objetivos ampliados, de modo a compreender três principais “pilares”: o desenvolvimento de um mercado interior e de políticas de âmbito interno; o estabelecimento de políticas de segurança e exterior comuns;

²⁵⁰ O objetivo da presente seção é tratar da regulação da liberdade da expressão nos países europeus, levando em conta o movimento integrador – em matéria de direitos humanos – observado entre a União Europeia e o Conselho da Europa, entre a Carta de Direitos Fundamentais da UE – bem como os demais componentes do direito comunitário – e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A Carta de Direitos Fundamentais confirma os direitos consagrados pela Convenção – arts. 52 (§3º) e 53 – e vai além, estabelecendo um patamar ainda mais elevado de proteção no âmbito da UE. Cf. ROCA, Javier García. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?. In: ROCA, Javier García; SÁNCHEZ, Pablo A. Fernández (Coords.). **Integración europea a través de derechos fundamentales: de um sistema binario a outro integrado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 15-53.

²⁵¹ A natureza jurídica da UE é objeto de discussão acadêmica que não se encontra no escopo do presente trabalho. Resumidamente, pode ser considerada uma organização internacional *sui generis*, vez que, atualmente, prepondera o seu caráter supranacional. Para um aprofundamento do tema, Cf. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 432-434; e BORCHARDT, Klaus-Dieter. **EL ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo: União Europeia, 2011, p. 31-36.

²⁵² BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 12. Para um histórico detalhado da evolução das comunidades europeias Cf. Ibid., p. 11-15 e ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. op. cit. p. 427-430.

²⁵³ Com a entrada da Croácia, em 1º de julho de 2013, a União Europeia passou a contar com 28 países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polônia, Portugal, República Tcheca, Reino Unido, Romênia e Suécia. Cf. UNIÃO EUROPEIA. **Croatia**. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/croatia/index_en.htm>. Acesso em: 03 jan 2014; e BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 17-18.

e o fortalecimento da cooperação policial e judicial em matéria penal²⁵⁴. A ampliação do espaço regulatório do direito comunitário e o fortalecimento das instituições europeias²⁵⁵ possibilitaram o adensamento normativo da proteção dos direitos fundamentais – um dos valores basilares que norteiam o processo de integração europeu. Dentre os direitos protegidos encontra-se o direito à não-discriminação que manifesta aspectos particulares do princípio da igualdade. Nesse sentido, o art. 10 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁵⁶, menciona especificamente a luta contra “a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual”.

A Carta dos Direitos Fundamentais da UE²⁵⁷ consagra em seu art. 11²⁵⁸ a liberdade de expressão e, em seu art. 21²⁵⁹, o direito à não-discriminação, mencionando expressamente a orientação sexual como característica que não pode motivar quaisquer atos discriminatórios, a exemplo do que fez o art. 10 do TFUE. Ademais, estabelece limites às referidas garantias quando determina parâmetros para a sua interpretação²⁶⁰ e a proibição do abuso de direito²⁶¹.

²⁵⁴ BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 17.

²⁵⁵ No âmbito da União Europeia, afirmou-se uma hierarquia entre as normas comunitárias e as de seus Estados-Membros, sendo que as primeiras prevalecem sobre as segundas. Ademais, todas as decisões tomadas no âmbito da UE devem ser incorporadas pelos Estados-Membros, onde devem ser executadas pelos órgãos nacionais. Essa lógica resultou em uma crescente uniformização dos ordenamentos jurídicos internos dos países membros. Cf. ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. op. cit. p. 432-434; e BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 128-136.

²⁵⁶ O TFUE, juntamente com o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado constitutivo da Comunidade Europeia de Energia Atômica, estrutura o direito comunitário. Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit., pp. 15-17.

²⁵⁷ A Carta dos Direitos Fundamentais da UE é um documento que estabelece um rol de direitos políticos, econômicos e sociais de todas as pessoas que vivem no território dos Estados-Membros da UE. Muito embora não seja um ato constitutivo do direito comunitário, foi elevado ao mesmo status jurídico dos tratados basilares da UE quando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1º de dezembro de 2009. Cf. UNIÃO EUROPEIA. EU Charter of Fundamental Rights. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>>. Acesso em: 14 dez 2014.

²⁵⁸ **Liberdade de expressão e de informação:** 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

²⁵⁹ **Não-discriminação:** 1. É 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*. 2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade. (grifou-se)

²⁶⁰ Art. 52, §1º: Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

²⁶¹ Art. 54: Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos ou restrições desses direitos e liberdades maiores do que as previstas na presente Carta.

Deste modo, paralelamente ao seu adensamento institucional e ao alargamento de suas competências, a UE assumiu o compromisso de combater a discriminação, sobretudo nas suas versões racista – em amplo sentido, envolvendo cor, religião, procedência nacional ou étnica – e xenófoba²⁶². Em fevereiro de 2006, o Parlamento Europeu²⁶³ publicou uma resolução²⁶⁴ sobre liberdade de expressão e o respeito por crenças religiosas. Na oportunidade, destacou que “a liberdade de expressão deve ser exercitada sempre nos limites da lei, coexistindo com a responsabilidade pessoal, além de levar em conta os direitos de terceiros”²⁶⁵.

Na sequência da Ação Comum de julho de 1996, o Conselho Europeu²⁶⁶ adotou, em novembro de 2008, a Decisão-Quadro 2008/913/JAI relativa à luta, por via do direito penal, contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. O referido instrumento normativo impõe aos Estados-Membros, a criminalização: (a) da incitação pública à violência ou ao ódio xenófobo ou racial, de diversas formas, inclusive (b) via difusão ou distribuição de imagens ou textos; e (c) da apologia, negação ou banalização de genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão.

O art. 3º da decisão do Conselho determina aos Estados-Membros a cominação de pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos, 1 a 3 anos, para reprimir as condutas supramencionadas. Tendo em vista que a discriminação racial e xenófoba pode, além ensejar o discurso de ódio, motivar a realização de outros delitos – os chamados “crimes

²⁶² O art. 13 do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia – com a redação dada pelo Tratado de Nice – prevê o combate à discriminação por orientação sexual, enquanto que a Diretiva do Conselho Europeu 2000/78/EC sobre Igualdade no Emprego proíbe a referida forma de discriminação no âmbito do trabalho. No entanto, somente o discurso de ódio racista e/ou xenófobo deve ser combatido criminalmente segundo as leis comunitárias. Para mais informações a respeito das políticas de combate à discriminação na UE, Cf. J. SWIEBEL; D. van der VEUR. op. cit. p. 11-17.

²⁶³ O Parlamento Europeu é uma das principais instituições comunitárias, representando todos os povos dos Estados-Membros (art. 10 do TUE), segundo sua importância demográfica. Os parlamentares são eleitos por voto direto. Nos termos do art. 14 do TUE, “[o] Parlamento Europeu exerce, juntamente com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental. O Parlamento Europeu exerce funções de controlo político e funções consultivas em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Compete-lhe eleger o Presidente da Comissão”.

²⁶⁴ No âmbito da UE, as resoluções “expressam as opiniões e intenções comuns relativas ao desenvolvimento geral da integração [...] Como expressões da vontade política comum, facilitam de forma decisiva o consenso” (tradução livre). Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 103.

²⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Resolution on the right to freedom of expression and respect for religious beliefs, 1510 de 28 de junho de 2006.

²⁶⁶ O Conselho Europeu é formado pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros e pelo Presidente da Comissão Europeia. Suas atribuições, afirmadas no art. 15 do TUE, são, resumidamente: “definir as orientações políticas gerais para a atuação da UE. A realização de suas funções traduz-se na tomada de decisões políticas ou na formulação de diretrizes e mandatos para o trabalho do Conselho ou da Comissão Europeia”. BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 58.

de ódio” –, o art. 4º da decisão estabelece o agravamento da pena de crimes comuns quando motivados pelo racismo e/ou pela xenofobia.

Muito embora seja possível sustentar a extensão desse tratamento jurídico a condutas homofóbicas com base em previsões do direito comunitário que afirmam a igualdade e o direito à não-discriminação de indivíduos LGBT²⁶⁷, não há menção explícita à criminalização do discurso de ódio homofóbico. É justamente por isso que a FRA²⁶⁸ já se manifestou no sentido de que, na sequência da decisão acerca do racismo e da xenofobia, a Comissão Europeia²⁶⁹ deveria considerar a propositura de uma legislação similar que também envolva a homofobia, aproximando as leis penais dos Estados-Membros na matéria²⁷⁰.

Em diversos momentos, cortes nacionais e outros órgãos de países europeus já defenderam a dignidade, a reputação e a honra da população LGBT em casos nos quais indivíduos foram vítimas de manifestações negativas de opinião. A título de exemplo, a FRA relata decisões de diversos países, inclusive de alguns que não criminalizam o discurso homofóbico²⁷¹:

- em julho de 2003, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, na Romênia, afirmou que um artigo publicado na imprensa considerando os homossexuais como debochados e perigosos extrapolava os limites da liberdade de expressão;

²⁶⁷ A título de exemplo, destacam-se o art. 21 da Carta de Direitos Fundamentais da UE e a Diretiva sobre Igualdade no Emprego, supracitadas.

²⁶⁸ A FRA é uma agência da União Europeia criada por meio da Regulação (EC) Nº 168/2007 de 15 fevereiro de 2007 do Conselho Europeu. O objetivo da FRA é “prover as instituições, órgãos e agências da Comunidade [europeia] e seus Estados-Membros – quando estiverem implementando o direito comunitário – com assistência e expertise em matéria de direitos fundamentais, de modo a auxiliá-los quando tomarem medidas ou formularem planos de ação no âmbito de suas respectivas esferas de competência para resguardar o respeito aos direitos fundamentais” (tradução livre do art. 2º).

²⁶⁹ Segundo Borchardt, a Comissão é “o motor da política da União Europeia”, já que todas as ações da União têm origem no órgão em questão. À Comissão compete propor novas normas comunitárias ao Conselho, levar a cabo medidas adotadas por ele, controlar a aplicação e execução do direito comunitário por parte dos Estados-Membros, representar a UE frente a organizações internacionais, dentre outras atribuições (art. 17 do TUE). Para mais informações, Cf. BORCHARDT, Klaus-Dieter. op. cit. p. 67-73.

²⁷⁰ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **EU LGBT survey – European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey**. Viena: FRA, 2013, p. 13. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf>. Acesso em 14 dez 2014. Segundo a FRA, 13 países da UE já criminalizam o discurso de ódio homofóbico: Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estônia, França, Holanda, Irlanda, Lituânia, Portugal, Reino Unido, Romênia e Suécia. Em alguns dos outros Estados-Membros, a aplicação de legislação genérica de combate à incitação ao ódio é possível, ainda que tenham impacto limitado para lidar com manifestações homo e transfóbicas. Cf. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity – 2010 Update**. op. cit. p. 38-43.

²⁷¹ Ibid. p. 40.

- em julho de 2006, a Corte Suprema da Suécia condenou quatro indivíduos pela distribuição de panfletos com discurso de ódio homofóbico, caso esse que foi levado posteriormente à CEDH – e que será tratado com profundidade no item 3.2.3.3;
- em novembro de 2006, o Tribunal de Apelação de Amsterdã, na Holanda, condenou à prisão por uma semana cumulada com multa, indivíduo que publicou em *website* de sátiras, comentário afirmando ser “leve” a pena de morte para homossexuais;
- em agosto de 2009, o Tribunal Regional de Szczecin, na Polônia, decidiu favoravelmente ao pleito de um jovem homossexual vítima de insultos públicos e frequentes por parte de seu vizinho, afirmando, inclusive, que as ofensas não são aceitáveis, porquanto ameaçam um dos aspectos mais sensíveis da vida humana;
- em dezembro de 2009, a Comissão Húngara de Rádio e Televisão condenou uma emissora de televisão a suspender por 90 minutos a sua programação. Isso em virtude da transmissão de um programa, no qual o apresentador e os convidados retrataram as minorias sexuais como responsáveis pela “decadência” e “destruição” da sociedade, sendo incompatíveis com a “civilização branca e cristã”;
- em janeiro de 2010, o Tribunal de Primeira Instância de Arlon, na Bélgica, considerou que insultos direcionados a um casal de homossexuais que caminhavam em via pública conformação incitação ao ódio;
- em fevereiro de 2010, o Supremo Tribunal Administrativo da República Tcheca dissolveu um partido de extrema direita (Dělnická strana) que manifestava opiniões abertamente homofóbicas, xenofóbicas, racistas e antisemitas, por constituir um perigo real à democracia.

A FRA assinala, contudo, que somente as expressões consideradas estritamente como incitação ao ódio racista e xenófobo são puníveis criminalmente. Além disso, as disposições

legais nesse sentido são interpretadas de forma restritiva, sobretudo quando as manifestações odiosas ocorrem no âmbito de discursos religiosos²⁷².

Muitas das iniciativas de combate ao discurso de ódio homofóbico na UE e nos Estados-Membros têm sido reafirmadas no âmbito do Conselho da Europa e na atuação da CEDH. A própria Carta Europeia de Direitos Fundamentais vincula, nos arts. 52, §3º e 53, o “sentido” e o alcance dos direitos ali arrolados àqueles previstos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (“**Convenção Europeia**”).

Assim, a regulação do discurso de ódio pelas instituições que integram o sistema europeu de proteção dos direitos humanos também deve ser considerada pelo direito comunitário, para fins de arbitrar o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação na UE.

3.2.2. Discurso de ódio e liberdade de expressão no Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização internacional de caráter intergovernamental – diferentemente da UE, de natureza supranacional – criada em 1949, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com a finalidade de “aumentar a unidade entre seus membros para o propósito de salvaguardar e realizar ideais e princípios comuns” (art. 1º, “a” do Estatuto do Conselho da Europa), sobretudo o Estado de Direito, os direitos humanos e as liberdades fundamentais (art. 3º do mesmo Estatuto)²⁷³. Para realizar esse objetivo e consolidar valores compartilhados, foi celebrada, em 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

A Convenção arrola uma série de direitos – sobretudo, civis e políticos –, os quais devem ser observados pelos países que a ratificaram, no âmbito de seus respectivos territórios. De modo a garantir a observância dos direitos previstos pelo documento, foram instituídos o Comitê de Ministros do Conselho da Europa²⁷⁴, a Comissão Europeia de

²⁷² Ibid.

²⁷³ Essa organização inicialmente congregava apenas Estados da Europa Ocidental. Porém, com a dissolução da União Soviética e o fim da Guerra Fria, um número crescente de países aderiram ao Conselho da Europa, de modo que hoje 47 Estados ratificaram a Convenção e seus protocolos. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157-161.

²⁷⁴ O Comitê de Ministros é um órgão de caráter político do Conselho da Europa, sendo formado por um representante de cada um dos países partes da Convenção – em regra, o Ministro das Relações Exteriores de

Direitos Humanos²⁷⁵ e a CEDH²⁷⁶. Juntos, os órgãos supramencionados conformam o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, passível de ser acionado na ocorrência de violações às disposições da Convenção Europeia.

Dentre as preocupações recentes do Conselho da Europa em matéria de direitos humanos, destacam-se a disseminação do discurso de ódio e a polêmica que circunda a imposição de restrições à liberdade de expressão. Para fazer frente ao desafio de apontar concretamente os limites desse direito tão caro à democracia, diferentes órgãos do Conselho já editaram recomendações e resoluções sobre o assunto. A CEDH, de forma semelhante, já foi instada a se pronunciar a respeito da questão por diversas vezes.

Nesse contexto, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa definiu, na Recomendação Nº R(97)20, o conceito de discurso de ódio como “todas as formas de expressão que difundem, incitam, promovem ou justificam ódio racial, xenofobia, antissemitismo ou quaisquer outras formas de ódio pautadas na intolerância, o que inclui: intransigência expressa por manifestações agressivas de nacionalismo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem estrangeira”²⁷⁷.

cada país (art. 14 do Estatuto do Conselho da Europa). Atualmente, a principal função do órgão é supervisionar a execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos por parte dos Estados que compõem o Conselho (art. 46 da Convenção Europeia). Cf. Ibid. p. 165-166.

²⁷⁵ A Comissão Europeia foi, por muitos anos, o órgão acionado por indivíduos e ONGs quando da ocorrência de violações à Convenção Europeia (art. 25 da Convenção Europeia). A sua função era, justamente, investigar as denúncias apresentadas (art. 28, “a”) e tentar resolver amigavelmente o problema, contatando o Estado violador (art. 28, “b”). Restando infrutífera a tentativa, a Comissão levava o caso à Corte Europeia, o órgão propriamente judicial do sistema europeu de direitos humanos (art. 44). Com a entrada em vigor do Protocolo 11 à Convenção, em 1º de novembro de 1998, a Comissão foi extinta, de modo que a Corte passou a ser acionada diretamente em caso de violações de direitos. Todos os artigos citados na presente nota de rodapé constam da versão original da Convenção, datada de 1950. Cf. CONSELHO DA EUROPA. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de 4 de novembro de 1950; CONSELHO DA EUROPA. *Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, de 11 de maio de 1994.

²⁷⁶ A CEDH, sediada em Estrasburgo, França, é um órgão de natureza judicial, cuja função é “assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos” (art. 19 da Convenção Europeia). A CEDH exerce sua função por meio de um procedimento judicial, ao receber denúncias de violações de direitos constantes da Convenção Europeia e a processá-las, podendo, ao final, condenar o Estado infrator. Para maiores informações sobre o procedimento judicial perante a CEDH, conferir: CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. op. cit. p. 171-175.

²⁷⁷ Tradução livre. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação n. R (97) 20. op. cit. p. 107. É interessante mencionar, ainda, que o Conselho da Europa redigiu um protocolo adicional à Convenção sobre Crimes Cibernéticos prevendo a criminalização de atos racistas e xenófobos praticados via internet. Muito embora nem todos os países da UE tenham ratificado o protocolo em questão, ele não deixa de servir como parâmetro para a análise de casos concretos envolvendo manifestações odiosas por meio da internet.

A recomendação assinala, ademais, princípios que devem nortear o tratamento legal do discurso de ódio. É importante destacar que os parâmetros apontados pela recomendação condensam a abordagem que a CEDH conferiu, até aquele momento, à matéria, além de servir de orientação para as decisões que se seguiram à sua publicação.

O próprio Comitê de Ministros já se pronunciou sobre outras vertentes específicas do assunto, como a promoção da tolerância na mídia²⁷⁸ e a liberdade de expressão em meio a debates políticos²⁷⁹. Mais recentemente, editou recomendação sobre o combate à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero que conclama os Estados-Membros a:

- “1. examin[ar]em as medidas legislativas existentes e outras, que as revejam e que recolham e analisem os dados pertinentes, a fim de monitorizar e compensar qualquer situação de discriminação, direta ou indireta, fundada na orientação sexual ou identidade de gênero;
2. adot[ar]em e implement[ar]em, eficazmente, medidas legislativas e outras para o combate da discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, a fim de garantir o respeito pelos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgênero, e de promover a tolerância para com elas;
3. assegurar[ar]em que as vítimas de discriminação estejam cientes da existência e tenham acesso aos meios jurídicos eficazes disponibilizados pelas autoridades nacionais competentes, e que as medidas adotadas para o combate à discriminação prevejam, se for caso disso, sanções para as infrações, assim como a atribuição de uma compensação adequada às vítimas de discriminação;
4. gui[ar]em a sua legislação, políticas e práticas pelos princípios e medidas contidos no anexo à presente recomendação;
5. assegurar[ar]em, pelos meios e ações apropriados, que esta recomendação, assim como o seu anexo, sejam traduzidos e difundidos o mais amplamente possível”²⁸⁰.

Na sequência das orientações gerais acerca da postura que os Estados-Membros são convidados a adotar, o documento traz anexo um rol de direitos a serem assegurados às minorias sexuais, tendo em vista as vulnerabilidades do grupo em questão. Dentre esses direitos, encontra-se o “direito à vida, à segurança e à proteção contra a violência”, no âmbito do qual, o documento faz recomendações aos Estados-Membros quanto ao discurso de ódio²⁸¹.

²⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Sobre a mídia e a promoção de uma cultura de tolerância. Recomendação n. R (97) 21, de 30 de outubro de 1997. p. 109-111.

²⁷⁹ A declaração assevera que, muito embora as discussões políticas demandem, naturalmente, um campo mais amplo para a liberdade de expressão – de modo a garantir um ambiente democrático – o debate político não acoberta opiniões racistas ou que incitem ao ódio. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Declaration on freedom of political debate in the media, de 12 de fevereiro de 2004.

²⁸⁰ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Recomendação CM/Rec(2010)5, de 31 de março de 2010.

²⁸¹ “B. “Discursos de ódio”: 6. Os Estados-Membros devem adotar as medidas apropriadas ao combate de todas as formas de expressão, nomeadamente na comunicação social e na Internet, que possam ser razoavelmente entendidas como suscetíveis de incitar, difundir ou promover o ódio ou outras formas de

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa²⁸², por sua vez, também externou preocupação com o discurso de ódio na Resolução 1510 de 2006²⁸³ sobre liberdade de expressão e respeito por crenças religiosas e na Recomendação 1805 de 2007²⁸⁴ sobre discurso de ódio contra minorias religiosas.

Além dos órgãos políticos do Conselho, a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância²⁸⁵ também já se pronunciou sobre o assunto, destacando que “o exercício da liberdade de expressão, de assembleia e de associação deve ser limitado com a finalidade de combater o racismo”²⁸⁶, inclusive em discursos de natureza política²⁸⁷.

discriminação contra as pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgênero. Tais “discursos de ódio” devem ser proibidos e publicamente condenados sempre que ocorram. Todas as medidas devem respeitar o direito fundamental à liberdade de expressão, nos termos do Artigo 10.º da Convenção e da jurisprudência da Corte. 7. Os Estados-Membros devem sensibilizar as autoridades e instituições públicas a todos os níveis para a sua responsabilidade de se absterem de prestar declarações, em particular à comunicação social, que possam ser razoavelmente interpretadas como legitimando esse ódio ou discriminação. 8. Os/As funcionários/as públicos/as e outros/as representantes estatais devem ser encorajados/as a promover a tolerância e o respeito pelos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgênero sempre que dialoguem com representantes chave da sociedade civil, incluindo a comunicação social, organizações desportivas, organizações políticas e comunidades religiosas”. Ibid.

²⁸² A Assembleia, a exemplo do Comitê, é um órgão de caráter político do Conselho da Europa. Atualmente, é formada por 318 parlamentares dos 47 países que integram a organização (arts. 25 e 26 do Estatuto do Conselho da Europa). Nos termos do art. 22 do mesmo documento, “[a] Assembleia é o órgão deliberativo do Conselho da Europa. Ele debaterá matérias no âmbito de suas competências [...] e apresentará suas conclusões, na forma de recomendações, ao Comitê de Ministros” (tradução livre). O artigo subsequente assinala que “[a] Assembleia poderá discutir e fazer recomendações a respeito de qualquer assunto no âmbito do escopo do Conselho da Europa” (tradução livre).

²⁸³ A resolução tem por objetivo “preservar a diversidade em sociedades inclusivas, baseadas nos direitos humanos, na democracia e no império da lei”. Cf. CONSELHO DA EUROPA. Assembleia Parlamentar. Sobre liberdade de expressão e respeito por crenças religiosas. Resolution 1510 (2006), de 28 de junho de 2006.

²⁸⁴ A recomendação estabelece que os Estados-Membros deverão: (i) permitir um diálogo aberto no que concerne à religião, não privilegiando uma em detrimento das outras; (ii) criminalizar manifestações de ódio, violência ou discriminação contra um grupo determinado de pessoas; (iii) proibir atos que venham, intencionalmente, perturbar seriamente a ordem pública; e (iv) a descriminalização da blasfêmia (insulto a uma religião, abstratamente falando, e não às pessoas que a seguem). Cf. CONSELHO DA EUROPA. Assembleia Parlamentar. Sobre blasfêmia, insultos religiosos e discurso de ódio contra pessoas em razão de sua religião. Recommendation 1805 (2007), de 29 de junho de 2007.

²⁸⁵ A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância foi criada por meio da Resolução Res(2002)8 do Comitê de Ministros especialmente para monitorar atos discriminatórios nos Estados-Membros. Nos termos do art. 1º da referida Resolução, cabe à Comissão: “revisar a legislação, políticas e outras medidas destinadas a combater o racismo, a xenofobia, o antissemitismo e a intolerância, adotadas pelos Estados-Membros, bem como a sua efetividade; propor mais ações nos níveis local e europeu; formular recomendações gerais de políticas para Estados-Membros; e estudar instrumentos legais internacionais aplicáveis à matéria com a finalidade de reforçá-la, onde apropriado” (tradução livre). CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Sobre o Estatuto da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. Resolution Res(2002)8, de 13 de junho de 2002.

²⁸⁶ CONSELHO DA EUROPA. Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. Sobre legislação nacional para combater o racismo e a discriminação racial. ECRI General Policy Recommendation no. 7, de 13 de dezembro de 2003, p. 6. A recomendação destaca a importância da previsão constitucional do direito à não-discriminação, bem como das implicações nas esferas cível, administrativa e penal de eventual violação desse direito por meio do discurso de ódio, além de outros atos discriminatórios e de promoção da intolerância.

²⁸⁷ CONSELHO DA EUROPA. Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. ECRI Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse, de 17 de março de 2005.

Mais importante do que listar os documentos acima é, contudo, analisar como a CEDH – o órgão judicial do Conselho da Europa e o intérprete da Convenção Europeia – tem decidido, na prática, o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação no continente europeu.

3.2.3. A Convenção Europeia e a jurisprudência da CEDH

A Convenção Europeia assegura a liberdade de expressão em seu art. 10, §1º:

“Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”

No entanto, o mesmo artigo reconhece que a liberdade de expressão – a manifestação externa de uma opinião, o *forum externum* – não é um direito absoluto, porquanto o seu exercício está condicionado a determinados deveres e responsabilidades, sobretudo com a finalidade de proteger direitos de terceiros (art. 10, §2º):

“O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”

Dentre esses “direitos de outrem”, aqueles que mais frequentemente colidem com a liberdade de expressão são a liberdade de consciência religiosa, o direito à privacidade e o direito à não-discriminação²⁸⁸. Assim, no caso da expressão de uma determinada opinião difundir, incitar, promover ou justificar o ódio pautado na intolerância contra um determinado grupo social, ela deverá ser objeto de uma sanção, respeitadas certas

²⁸⁸ O art. 14 da Convenção Europeia afirma a proibição de discriminação: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

formalidades e condições pré-estabelecidas que sejam proporcionais ao fim por elas almejado.

Além das restrições impostas pelo próprio art. 10 ao exercício da liberdade de expressão, é importante considerar a regra geral do art. 17, relativa à proibição do abuso de direito:

“Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção”

Deste modo, além dos casos em que a liberdade de expressão deve ser limitada com base no §2º do art. 10, existem atos que sequer encontram-se acobertados pela proteção do referido dispositivo, já que constituem manifesto abuso de direito, nos termos do art. 17.

Em síntese, para a CEDH, o discurso de ódio está além da linha divisória que separa manifestações de opinião, as quais devem ser toleradas em um ambiente democrático, e aquelas que não devem sê-lo. Nesse último caso, não devem ser toleradas tanto quando conformarem evidente abuso de direito, quanto quando não se mostrarem compatíveis com direitos de terceiros – inclusive o direito à não-discriminação pelo pertencimento a determinado grupo religioso, étnico, nacional, político ou social²⁸⁹. Nas próximas seções do presente estudo, esse posicionamento da CEDH restará evidente.

A violação do direito à não-discriminação, da mesma forma que a total supressão da liberdade de expressão, é prejudicial ao regular funcionamento de uma sociedade plural e democrática. Conceitualmente, a Corte considera o discurso de ódio como uma ação, e não uma mera opinião. Assim, o órgão judicial não avalia a legalidade de uma opinião – já que, em uma democracia, não é possível incriminar uma pessoa por possuir uma determinada opinião –, mas a compatibilidade do discurso enquanto ato com a democracia²⁹⁰.

A CEDH parte dessa lógica nos seus julgamentos, primeiro buscando determinar se a manifestação sob análise está excluída do âmbito de proteção da liberdade de expressão por constituir abuso de direito (art. 17). Não sendo essa a situação, a CEDH considera se uma eventual restrição à liberdade de expressão é justificável no caso concreto (art. 10, §2º).

²⁸⁹ Ibid. p. 2-3.

²⁹⁰ TULKENS, Françoise. op. cit.

3.2.3.1. A aplicação do art. 17 da Convenção Europeia

Por tratar-se de uma cláusula geral, o art. 17 aplica-se a todos os direitos arrolados na Convenção Europeia, assegurando os valores democráticos que deram origem ao documento²⁹¹. O dispositivo funciona como uma espécie de garantia de que a Convenção não protegerá quaisquer condutas que, abusando de um dos direitos ali consagrados, visem à ruína de outros direitos e liberdades assegurados pelo mesmo instrumento²⁹².

No que respeita ao abuso da liberdade de expressão, o art. 17²⁹³ tem sido aplicado para classificar como “abuso de direito” as seguintes condutas:

- (a) Manifestação de doutrinas totalitárias: por razões históricas, tanto a Comissão quanto a CEDH²⁹⁴ consideraram que a defesa do totalitarismo – tanto em sua versão socialista, quanto capitalista – vai de encontro aos valores democráticos da Convenção Europeia, porquanto resultam na supressão ou ao menos em considerável restrição das liberdades civis²⁹⁵.
- (b) Manifestações negacionistas: posicionamentos revisionistas ou negacionistas em relação ao Holocausto ou outros acontecimentos históricos envolvendo crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade também não estão protegidos

²⁹¹ “Enfin, la Cour rappelle qu'il ne fait aucun doute que tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se verrait soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10”. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 57383/00. Seurot v. France, julgado em 18 de maio de 2004.

²⁹² TULKENS, Françoise. op. cit. p. 4.

²⁹³ O art. 17 da Convenção Europeia permite aos Estados-Membros que ajam contra ações liberticidas. Já há quem diga, no entanto, que os Estados não possuem a faculdade de barrar essas ações, mas o dever de fazê-lo, inclusive de forma preventiva. Por outro lado, há quem considere o art. 17 um dispositivo problemático, pois sumariamente priva condutas – à primeira vista protegidas pela Convenção Europeia – de proteção, ao contrário do §2º do art. 10 que conta com um mecanismo refinado para auferir a convencionalidade das intervenções estatais em prejuízo da liberdade de expressão. Ibid. p. 4-5.

²⁹⁴ À época dos julgamentos sobre liberdade de expressão e defesa do totalitarismo, a Comissão Europeia ainda existia, intermediando o acesso de indivíduos à CEDH.

²⁹⁵ “The Commission also refers to Article 17 of the Convention which provides that nothing in the Convention shall be interpreted as implying for any group or person any right to engage in any activity aimed at the destruction or limitation of the Convention rights [...]. The Commission notes that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17”. Cf. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n.12774/87. B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, julgado em 12 de outubro de 1989. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 32307/96, Schimanek. v. Austria, julgado em 1º de fevereiro de 2000; “the pursuit of such ultimate objectives on the applicants’ own admission, implies transition through the stages advocated by fundamental Communist doctrine, the essential stage being dictatorship of the proletariat; whereas recourse to a dictatorship for the establishment of a régime is incompatible with the Convention”. Cf. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 250/57. Communist Party (KPD) v. the Federal Republic of Germany, julgado em 20 de julho de 1957.

pelo art. 10. Segundo a Comissão Europeia de Direitos Humanos, esse tipo de posicionamento contraria valores da Convenção, como a justiça e a paz, além de estimular a discriminação religiosa e racial²⁹⁶.

- (c) Declarações evidentemente racistas e odiosas: pessoas que se utilizam de expressões e ideologias claramente racistas – ou mesmo particularmente insultantes para o grupo social visado – não podem invocar a proteção do art. 10, também caracterizando o abuso de direito do art. 17²⁹⁷, pois violam outros direitos arrolados na Convenção Europeia.

Tanto as condutas descritas no item (b), quanto aquelas mencionadas no item (c), podem configurar discurso de ódio. Nesses casos, muitas vezes a CEDH não se limita a analisar a conduta sob o prisma do art. 17, abordando também a limitação da liberdade de expressão para proteger direitos de terceiros, nos termos do art. 10, §2º, como se mostrará a seguir.

²⁹⁶ Cf. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 31159/96. *Marais v. France*, julgado em 24 de junho de 1996; Cf. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 25062/94. *Honsik v. Austria*, julgado em 18 de outubro de 1995. Em decisões mais recentes, a Corte chegou a afirmar que “há determinada categoria de fatos históricos – como o Holocausto – cuja negação ou revisão seria removida do campo de proteção do art. 10 pelo art. 17” e que “negar a prática de crimes contra a humanidade é uma das formas mais sérias de difamação racial dos judeus e um incitamento ao ódio contra eles” (traduções não-oficiais). Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 65831/01. *Garaudy v. France*, julgado em 24 de junho de 2003.

²⁹⁷ A título de exemplo, pode-se mencionar a análise de admissibilidade no caso *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, o qual envolveu a distribuição de panfletos destinados “aos holandeses brancos”, enfatizando a necessidade de expulsar da Holanda, estrangeiros “indesejados”, como os nacionais do Suriname e turcos, tidos por “não-brancos”. Cf. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 8348/78. *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, julgado em 11 de outubro de 1979. Em outro caso, *Jersild v. Denmark*, julgado em 1994, a Corte destacou o caráter ofensivo de algumas expressões racistas, afirmando que elas sequer encontram-se no âmbito de proteção do art. 10: “eles [os negros] não são seres humanos, são animais”, “olhe a foto de um gorila e olhe para a foto de um negro, é a mesma estrutura corporal e tudo mais”, “eles estão aqui [os imigrantes] em razão das drogas”, “nós não gostamos quando eles andam com suas roupas “africanas” e falam a sua língua hula-hula na rua” (tradução não-oficial). Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15890/89. *Jersild v. Denmark*, julgado em 23 de setembro de 1994. No contexto do aumento da intolerância contra populações muçulmanas, a CEDH considerou a colocação de um pôster – em uma residência privada, do autor da iniciativa – com as Torres Gêmeas em chamas, o símbolo do Islamismo com um sinal de “proibido” e os dizeres “Islã fora do Reino Unido – Proteja a população britânica”, como constituindo discurso de ódio, um ataque aos muçulmanos que vivem no Reino Unido, porquanto os vinculou a um ato de terrorismo. Assim, considerou que o referido ato era caso de aplicação do art. 17. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 23131/03. *Norwood v. The United Kingdom*, julgado em 16 de novembro de 2004.

3.2.3.2. A aplicação do §2º do art. 10 da Convenção Europeia

O §2º do art. 10 prevê as hipóteses em que a expressão de uma opinião, ainda que se encontre no âmbito de proteção do art. 10, §1º, pode ser objeto de intervenção estatal legítima com a finalidade de restringi-la. Considerando os requisitos mencionados no dispositivo em análise, a Comissão e a CEDH respondem às seguintes perguntas²⁹⁸, para identificar – ou não – a legitimidade de uma determinada restrição ao art. 10:

- (a) A interferência está prevista em lei no momento da manifestação da opinião? Em síntese, a interferência na liberdade de expressão deverá ser prevista em lei de forma clara e objetiva, sendo possível a qualquer pessoa prever a consequência – ainda que não exata – da externalização da sua opinião.
- (b) A interferência é justificada com base em um objetivo legítimo? Com base no art. 10, §2º, constituem objetivos legítimos para a restrição da liberdade de expressão: (i) **interesse público** (segurança nacional ou pública, integridade territorial, proteção da ordem, saúde e moralidade públicas); (ii) **proteção de direitos de terceiros** (proteção da reputação ou de direitos de terceiros²⁹⁹, impedir a revelação de informações confidenciais); e (iii) **manutenção da autoridade e imparcialidade do judiciário**.
- (c) A interferência é necessária em uma sociedade democrática? Essa é a questão mais aberta e subjetiva, ensejando detida análise casuística. Em linhas gerais, a CEDH verifica se os motivos alegados pelas autoridades nacionais para a interferência são relevantes, suficientes e proporcionais, havendo uma necessidade social a favor da intervenção do Estado. Levando em conta as diferenças locais – as quais se refletem em uma necessidade social maior ou

²⁹⁸ WEBER, Anne. op. cit. p. 30-32. Cf. também TULKENS, Françoise. op. cit. p. 7.

²⁹⁹ Dentre os “direitos de terceiros” aos quais alude o art. 10, §2º, devem ser mencionadas as crenças religiosas, pois a CEDH já afirmou que os Estados podem adotar medidas para limitar a liberdade de expressão nos casos em que manifestações contrárias a uma determinada crença religiosa forem efetivamente ofensivas. Como o potencial lesivo de uma manifestação dessa ordem varia amplamente a depender do contexto cultural em que acontece, a CEDH opta por conceder maior margem de apreciação aos Estados nesses casos, julgando que as autoridades locais têm maior conhecimento da realidade interna. Ibid. p. 49.

menor da interferência estatal – a Corte concede margem de apreciação³⁰⁰ mais ampla na avaliação da “necessidade social” que justifica a intervenção.

Tendo em vista o caráter subjetivo da análise mencionada no item “c”, a CEDH desenvolveu parâmetros para avaliar determinadas manifestações de opinião como “discurso de ódio”, assinalando a necessidade de intervenção estatal para a proteção de direitos de terceiros³⁰¹. Todos os parâmetros são considerados em conjunto, sendo a intenção do autor, o que tem maior peso nas considerações da Corte.

(I) Intenção do autor: a CEDH identifica se o objetivo do autor da opinião manifestada era a disseminação de ideias discriminatórias, sobretudo racistas, ou se ele estava apenas tentando trazer para a esfera pública, informações de interesse público. No caso *Jersild v. Dinamarca*³⁰², por exemplo, a Corte considerou que o jornalista responsável pela difusão de manifestações racistas e xenófobas na mídia não compartilhava dessas opiniões, desejando apenas trazer para a esfera pública, a notícia de que existem grupos de jovens promovendo

³⁰⁰ A margem de apreciação é um conceito desenvolvido pela CEDH, implicando a “subsidiariedade da jurisdição internacional”. Em síntese, a Corte analisa a conformidade do arbitramento realizado no plano interno do Estado envolvido com o plano europeu. Não havendo consenso no plano europeu, a Corte geralmente não se pronuncia e concede margem de apreciação ao Estado parte no processo, deixando de reconhecer uma eventual violação de direitos de grupos minoritários. O fundamento seria a maior legitimidade e conhecimento das sociedades locais para decidir questões polêmicas ainda não solucionadas no plano europeu. Cf. CARVALHO RAMOS, André. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110-111. Nos casos envolvendo liberdade de expressão e discurso de ódio, a CEDH concede margem de apreciação menor quando há incitação ao ódio ou à violência, e margem de apreciação maior quando se trata de ofensa a convicções pessoais relativas à moral ou à religião. Cf. WEBER, Anne. op. cit. p. 32.

³⁰¹ Tulkens assinala, no desenvolvimento recente da jurisprudência da CEDH em matéria de liberdade de expressão e discurso de ódio, três fases distintas: (i) a partir dos anos 2000, o surgimento de casos contra a Turquia tratando da “glorificação da violência” atribuída ao PKK – Partido dos Trabalhadores do Curdistão, considerado como uma organização terrorista por alguns Estados; (ii) a partir de 2008, julgamentos abordando o discurso racista e a propaganda odiosa; e (iii) em 2012, a emergência de uma nova dimensão da proteção contra o discurso de ódio: a interferência estatal contra discursos homofóbicos. Cf. TULKENS, Françoise. op. cit. p. 8.

³⁰² Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15890/89. *Jersild v. Denmark*. op. cit. No caso *Gündüz v. Turquia*, a Corte considerou que o líder da comunidade islâmica Tarikat Aczmendi, Müslüm Gündüz, não incorreu em discurso de ódio quando manifestou suas opiniões polêmicas em um programa de televisão. Considerando o contexto, o programa contrabalanceava dois pontos de vista, com a intenção de trazer a público, informações de interesse geral da sociedade turca. Ademais, algumas das colocações do Sr. Gündüz foram excessivamente provocativas porque proferidas oralmente, sem chance de reformulação. Assim, a Corte entendeu que, muito embora tenha se colocado veementemente contra a democracia e o secularismo – além das pessoas que se mostrem favoráveis a ambos – e de promover a Sharia, o Sr. Gündüz não incitou à violência para fazê-lo. Tendo opositores à sua opinião pronunciando-se no mesmo contexto, os danos causados pelo discurso seriam mínimos. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 35071/97. *Gündüz v. Turkey*, julgado em 4 de dezembro de 2003.

atos de intolerância. Se não for essa a preocupação do autor da manifestação, a CEDH tende a interpretar como legítima a intervenção do Estado para proteger o grupo social visado pelo discurso.

(II) Conteúdo da manifestação: a depender do conteúdo da manifestação, a CEDH considera maior ou menor o grau de justificação da intervenção estatal. Nos casos que envolvam discursos políticos ou de interesse público, a CEDH está menos inclinada a reconhecer a necessidade da intervenção estatal, já que a liberdade de expressão é essencial em uma sociedade democrática, para viabilizar o livre debate político. No entanto, há situações em que a intervenção se mostra necessária, mesmo em face de discursos políticos³⁰³.

Já nos casos envolvendo discursos de natureza religiosa, a CEDH costuma conceder uma margem de apreciação mais ampla aos Estados-Membros para que avaliem, com base no maior conhecimento que detêm acerca da realidade local, a necessidade de uma intervenção do Estado. A regra geral é, contudo, a “obrigação daqueles que manifestam opinião religiosa de evitar o uso de expressões que seja gratuitamente ofensiva para outros e, com isso, uma violação

³⁰³ No caso *Erbakan v. Turquia*, a CEDH afirmou que o discurso político tem maior proteção da liberdade de expressão. Contudo, a Corte também ressaltou que a tolerância e o respeito pela igualdade de todos os seres humanos constituem a base de uma sociedade democrática e pluralista e que, no caso, os comentários atribuídos ao Sr. Erbakan revelam uma visão da sociedade organizada exclusivamente em torno de valores religiosos. Essa visão parece difícil de conciliar com o pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas e democráticas. Usando terminologia religiosa, o Sr. Erbakan teria diminuído bastante a diversidade inerente a qualquer sociedade, com uma simples divisão entre "crentes" e "descrentes". Seu discurso, proferido na cidade turca de Bingöl – cujos habitantes haviam sido vítimas de atos terroristas perpetrados por uma organização fundamentalista – teria potencial para incitar ao ódio contra minorias religiosas (cristãos, ateus e até aqueles que, apesar de muçulmanos, são favoráveis ao secularismo). A CEDH considerou, portanto, que os políticos devem evitar manifestações que promovam a intolerância. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 59405/00. *Erbakan v. Turkey*, julgado em 6 de julho de 2006. parágrafos 55-71. Mais recentemente, no caso *Balsytė-Lideikienė v. Lituânia*, a CEDH ressaltou o caráter político do calendário publicado pela requerente. Contudo, considerou que certas expressões empregadas no material (“a nação lituana só irá sobreviver sendo uma nação nacionalista”, “a ocupação soviética, com a ajuda de muitos [...] judeus [...] empreenderam o genocídio e a colonização da nação lituana”, “os poloneses, em época de guerra, realizaram limpeza étnica”, dentre outras) eram dotadas de nacionalismo agressivo e etnocentrismo, além de incitarem potencialmente ao ódio contra judeus e poloneses. No fim, acabou posicionando-se pela convencionalidade da intervenção do governo lituano que resultou na apreensão dos calendários publicados. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 72596/01. *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, julgado em 4 de novembro de 2008. parágrafos 78-80.

dos direitos dessas pessoas, não contribuindo para qualquer forma de debate público”³⁰⁴.

Manifestações que contrariem crenças religiosas, por outro lado, podem até chocar, pois os seguidores da crença atacada precisam tolerar e aceitar a negação, por outros, de suas crenças religiosas e mesmo a propagação de doutrinas hostis à sua fé. No entanto, da mesma forma que as outras expressões de opinião, não devem ser gratuitamente ofensivas, incitando ao desrespeito, violência e ódio³⁰⁵.

Outra questão relativa ao conteúdo da manifestação levantada pela Corte é a distinção entre afirmações verdadeiras e juízo pautado em valores. Segundo ela, manifestações verídicas (tanto as axiologicamente neutras, quanto aquelas que não o sejam) em geral não devem resultar em intervenção estatal. Caso contrário, a intervenção será considerada necessária. No precedente *Lehideux e Isorni v. França*, a CEDH fez, inclusive, a diferenciação entre “fatos históricos tidos como certos” e “questões ainda discutidas por historiadores”, sendo que qualquer manifestação tendente a questionar ocorrências, as quais possam ser enquadradas na primeira categoria, sequer encontra-se no âmbito de proteção do art. 10 da Convenção³⁰⁶.

(III) Contexto da manifestação: a CEDH identifica como fatores que influenciam no contexto da manifestação, (i) o papel do autor da manifestação na sociedade; (ii) o status social das pessoas visadas pelo discurso; (iii) a disseminação e o impacto da manifestação; e (iv) a natureza e a seriedade da intervenção estatal.

Em relação a (i), a CEDH já se manifestou quanto a:

³⁰⁴ Tradução livre de: “[O]bligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate”. Essa obrigação decorre dos “deveres” e “responsabilidades” aos quais o art. 10, §2º da Convenção Europeia faz alusão. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 35071/97. *Gündüz v. Turkey*. op. cit. parágrafo 37; Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 59405/00. *Erbakan v. Turkey*. op. cit. parágrafo 55.

³⁰⁵ WEBER, Anne. op. cit. p. 52.

³⁰⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 24662/94. *Lehideux and Isorni v. France*, julgado em 23 de setembro de 1998. parágrafo 47. Um exemplo de fato histórico tido como certo é o Holocausto. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 65831/01. *Garaudy v. France*. op. cit.

(aa) *políticos* – como já mencionado na análise sobre discursos de conteúdo político, a Corte garante maior proteção a manifestações de políticos, tendo em vista a importância do debate em sociedades democráticas. Contudo, reconhece que os eles devem evitar discursos que alimentem a intolerância e o preconceito³⁰⁷, porquanto também têm responsabilidade na luta pela tolerância;

(bb) *jornalistas* – a Corte distingue entre aquele que se manifestou e o responsável pela disseminação da manifestação. Os jornalistas encontram-se, na maioria das vezes, no segundo grupo, vez que suas atividades profissionais consistem justamente na difusão de informações de interesse público por meio da mídia. Assim, a CEDH considera que os jornalistas não podem ser considerados responsáveis pelo discurso de ódio de terceiros que porventura venham a tornar público, se ficar claro que não compartilham da opinião comunicada no discurso e não tiverem meios para controlar minimamente o seu conteúdo³⁰⁸.

(cc) *funcionários públicos* – os Estados-Membros, por disciplinarem o regime do funcionalismo público no seu território, detêm maior margem de apreciação para regular a liberdade de expressão de seus funcionários³⁰⁹. No caso *Seurot v. França*, a Corte reconheceu as responsabilidades especiais de professores, como

³⁰⁷ Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 59405/00. *Erbakan v. Turkey*. op. cit., parágrafo 64. Em *Féret v. Bélgica*, o requerente, membro do parlamento e presidente de um partido de extrema direita, foi condenado a cumprir 250 horas de serviço comunitário e proibido de lançar candidatura por dez anos, em virtude de incitação à discriminação e ao ódio racial por meio da publicação de folhetos em período eleitoral. A Corte considerou que a interferência do Estado belga não representou violação ao art. 10 da Convenção Europeia, assinalando, pela primeira vez, a convencionalidade da limitação da liberdade de expressão de um parlamentar fora do parlamento. No caso, a CEDH deu importância ao fato de o material ter sido distribuído em período eleitoral, o que aumentou o potencial lesivo da manifestação odiosa, tendo em vista o número de destinatários do discurso e o embate de interesses entre grupos étnicos e sociais no contexto eleitoral. Havia, assim, a necessidade de se empreender medidas para salvaguardar os direitos da comunidade de imigrantes no país. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15615/07. *Féret v. Belgium*, julgado em 16 de julho de 2009.

³⁰⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15890/89. *Jersild v. Denmark*. op. cit. parágrafos 31-35.

³⁰⁹ WEBER, Anne. op. cit. p. 38. “Reste que, dès l’instant où le droit à la liberté d’expression des fonctionnaires se trouve en jeu, les « devoirs et responsabilités » visés à l’article 10 § 2 revêtent un sens spécial qui justifie qu’on laisse aux autorités de l’Etat défendeur une certaine marge d’appréciation pour déterminer si oui ou non l’ingérence litigieuse est proportionnée au but énoncé”. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 57383/00. *Seurot v. France*. op. cit.

figuras de autoridade para os seus alunos, no combate à intolerância e promoção de valores democráticos por meio da educação³¹⁰.

Quanto a (ii), a CEDH já se pronunciou no sentido de que políticos devem suportar críticas mais intensas do que “cidadãos comuns”³¹¹, devido à função pública que desempenham. Segundo a Corte, essa regra vale especialmente para políticos que compõem o governo, tendo em vista que regimes democráticos envolvem o crivo constante das ações tomadas pelo Estado. Outro aspecto relevante é o comportamento prévio da pessoa visada pelo discurso, já que algumas condutas podem justificar uma reação mais intensa do que o usualmente aceitável³¹².

No que toca a (iii), a Corte decidiu que a disseminação do discurso e o seu impacto:

(aa) *na mídia impressa* merecem especial proteção, pois o papel da mídia é justamente o de informar o público em geral acerca de matérias do seu interesse,

³¹⁰ “Concernant plus spécialement les enseignants, ceux-ci étant symbole d'autorité pour ses élèves dans le domaine de l'éducation, les devoirs et responsabilités particuliers qui leur incombent valent aussi dans une certaine mesure pour leurs activités en dehors de l'école”; “une telle éducation à la citoyenneté démocratique, indispensable pour lutter contre le racisme et la xénophobie, suppose la mobilisation d'acteurs responsables, notamment des enseignants”. Ibid.

³¹¹ No caso *Lingens v. Áustria*, a Corte entendeu a condenação do Sr. Lingens pela publicação de dois artigos com críticas duras ao Sr. Kreisky – presidente do Partido Socialista da Áustria – como uma violação ao art. 10 da Convenção Europeia. Os artigos, publicados em um periódico em Viena, atacavam a conduta do Sr. Kreisky de apoiar publicamente o Sr. Peter, presidente do Partido Liberal da Áustria e ex-combatente das forças nazistas, utilizando-se de adjetivos como “imoral”, “indigno” e “vil oportunismo”. No entanto, a Corte afirmou que “o limite de crítica aceitável é consideravelmente maior para casos envolvendo políticos em comparação com casos envolvendo pessoas comuns”, já que os políticos estão conscientemente abertos “ao escrutínio minucioso de cada uma de suas palavras e ações por jornalistas e pelo público em geral” (tradução não-oficial). É importante ressaltar, contudo, que o caso mencionado não envolve discurso de ódio, mas ofensas de caráter particular, que não remetem a um grupo social minoritário. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 9815/82. *Lingens v. Austria*, julgado em 9 de julho de 1986. parágrafo 42.

³¹² No caso *Nilsen e Johnsen v. Noruega*, a Corte deparou-se com a resposta de representantes da polícia a trabalhos publicados sobre violência policial na cidade de Bergen por um professor universitário. Os requerentes afirmaram que os trabalhos em questão constituíam uma farsa, estavam repletos de mentiras, inclusive fabricando alegações de brutalidade de polícia. Além disso, diziam que a motivação do seu autor era indigna, maliciosa e desonesta. Em sua análise, a Corte deu ênfase na conduta do autor dos trabalhos em questão, entendendo que ele fez duras críticas aos métodos e ética da polícia de Bergen e que, portanto, a reação dos requerentes – que atuavam como representante da instituição policial – foi, em geral, aceitável. Esse caso não envolve discurso de ódio, porém assinala aspecto que poderá ser considerado pela CEDH para analisar condutas dessa natureza. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 23118/93. *Nilsen and Johnsen v. Norway*, julgado em 25 de novembro de 1999. parágrafos 45-53.

sendo, portanto, essencial às sociedades democráticas. Não só a mídia tem esse dever de informar, como as pessoas têm o direito de serem informadas, à exceção de dados que coloquem em risco a segurança nacional, a integridade territorial, a ordem pública ou a prevenção de crimes.

Da mesma forma que a mídia impressa, a *(bb) mídia audiovisual* tem vital importância para as sociedades democráticas, contribuindo para a divulgação de informações de interesse público. Contudo, o potencial lesivo das transmissões audiovisuais é consideravelmente maior, tendo em vista a propagação de imagens. Assim, fazendo a análise do potencial de impacto do discurso via mídia audiovisual, a CEDH considera o tipo de programa em que a transmissão ocorreu, seus prováveis telespectadores e a forma por meio da qual o programa foi conduzido³¹³. Por outro lado, leva em conta a impossibilidade de o autor do discurso reformular suas colocações no caso de o programa ser transmitido ao vivo³¹⁴.

Já nos casos envolvendo *(cc) expressões artísticas*, a Corte considera que o potencial lesivo de manifestações é usualmente menor, porque o acesso a elas não é do interesse de todos, como no caso de poemas, por exemplo³¹⁵. As sátiras, por sua própria natureza provocativa, só podem implicar interferência estatal após análise criteriosa, para que o direito à liberdade de expressão do autor não seja ilegalmente restringida.

³¹³ No caso *Jersild v. Dinamarca*, a CEDH considerou relevante o fato de as manifestações terem sido transmitidas em um programa de notícias para um público bem informado e de o apresentador não comungar das opiniões expressadas, o que era possível concluir a partir da forma como conduziu o programa. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15890/89. *Jersild v. Denmark*. op. cit. Consideração semelhante sobre a estrutura do programa fez a Corte no caso *Gündüz v. Turquia*, quando entendeu que as afirmações do requerente foram contrabalanceadas pelo posicionamento de outras pessoas que integravam um debate televisionado. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 35071/97. *Gündüz v. Turkey*. op. cit.

³¹⁴ *Ibid.* parágrafo 49.

³¹⁵ No caso *Karataş v. Turquia*, o requerente – de origem étnica curda – publicou uma antologia poética criticando o governo turco, inclusive com “passagens agressivas” que poderiam ser interpretadas como “incitando os leitores ao ódio e uso da violência” contra outros grupos étnicos. Contudo, “o meio utilizado pelo requerente foi a poesia, uma forma de expressão artística que atinge apenas uma minoria de leitores” (tradução livre). CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 23168/94. *Karataş v. Turkey*, julgado em 8 de julho de 1999. parágrafo 49.

Também importante para avaliar o potencial de impacto da manifestação é (*dd*) *o lugar de sua disseminação*: “uma situação particular de uma determinada região e o lugar onde os comentários foram feitos ou disseminados”³¹⁶. A título de exemplo, pode-se assinalar o alto potencial dessa disseminação quando realizada no âmbito da escola³¹⁷.

Já o critério (iv) – a natureza e seriedade da intervenção estatal – é visto, em geral, como secundário³¹⁸, ainda que em alguns casos tenha sido determinante. A cumulação de medidas interventivas pode representar um excesso, sendo a postura do Estado considerada desproporcional face ao objetivo visado pelas intervenções³¹⁹. O mesmo vale para penas tidas como gravosas, sobretudo a privativa de liberdade³²⁰, e para medidas preventivas que inviabilizam o próprio exercício da liberdade de expressão (anteriores a qualquer manifestação). Até mesmo a pena de multa pode ser desproporcional ao objetivo visado pela intervenção, quando, na prática, impedir o exercício da liberdade de expressão³²¹.

³¹⁶ WEBER, Anne. op. cit. p. 43.

³¹⁷ “En tout état de cause, à supposer que ce dernier ait réellement eu la volonté de rédiger un texte «humoristique» non destiné à la publication, tant son statut d'enseignant, au demeurant en histoire, que le risque avéré de diffusion du texte au sein de l'établissement scolaire auraient dû l'inciter à faire preuve de prudence et de discernement”. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 57383/00. Seurot v. France. op. cit. No caso Vejdeland e outros v. Suécia – o qual será analisado com maior detalhamento na seção seguinte – um dos aspectos mais relevantes para a decisão da Corte no sentido de que a interferência estatal era justificável foi o lugar da disseminação da manifestação homofóbica: uma escola. A opinião concorrente do Juiz Boštjan M. Zupančič assinalou que as escolas encontram-se mais protegidas, não sendo um espaço público, de modo que a disseminação de informações de qualquer natureza, promovida por um intruso, requer a aprovação das autoridades da instituição de ensino. O juiz afirmou, ainda, que se as mesmas palavras fossem publicadas em um jornal, por exemplo, elas provavelmente não resultariam em uma perseguição penal. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. Vejdeland and others v. Sweden, julgado em 9 de fevereiro de 2012. parágrafos 9 e 12.

³¹⁸ No caso Gündüz v. Turquia, a Corte afirmou que a proporcionalidade da condenação a pena privativa de liberdade de dois anos não precisava ser analisada, pois já restava evidente que a interferência na liberdade de expressão do requerente não tinha justificativa com base no art. 10 da Convenção. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 35071/97. Gündüz v. Turkey. op. cit. parágrafo 52. Em outro caso, a CEDH ressaltou que o fato de a interferência ter sido mais branda – a imposição de uma pena de multa – não elidia a responsabilidade do Estado pelo ato lesivo à liberdade de expressão do requerente. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 15890/89. Jersild v. Denmark. op. cit. parágrafo 35.

³¹⁹ A Corte entendeu como “muito severas” as penas de prisão, multa e suspensão de direitos civis e políticos prescritas cumulativamente para o requerente. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 59405/00. Erbakan v. Turkey. op. cit. parágrafo 69.

³²⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 23168/94. Karataş v. Turkey. op. cit. parágrafo 53.

³²¹ WEBER, Anne. op. cit. p. 44.

Nos casos em que houver meios alternativos menos gravosos de interferência na liberdade de expressão, a CEDH também já concluiu pela desproporcionalidade das medidas adotadas³²². Além disso, o Estado deve tomar medidas interventivas dentro de um prazo razoável³²³ e instituí-las de forma coerente³²⁴.

3.2.3.3. A jurisprudência da CEDH em matéria de minorias sexuais e o caso *Vejdeland e outros v. Suécia*³²⁵

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos – notadamente, a CEDH – teve e ainda tem um papel de destaque na afirmação de direitos das minorias sexuais no cenário da Europa. A Corte já se pronunciou sobre uma série de questões caras à população LGBT, impondo aos Estados-Membros, a observância dos direitos dessas pessoas. Foi a partir de condenações pela violação dos direitos dessa parcela da população que muitos Estados-Membros implementaram mudanças significativas no âmbito interno, de modo a adequar a sua legislação e a aplicação da lei às exigências do sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

Resumidamente, a CEDH determinou a ilegalidade da criminalização de atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo, além de estabelecer como contrária à Convenção Europeia, a diferença na idade legal para o consentimento ao ato sexual entre homossexuais e heterossexuais. Ademais, afirmou que militares homossexuais não devem ser banidos das forças armadas e que a população LGBT também é titular do direito de reunião.

Mais recentemente, em 2008 – e de novo, em 2013 –, a CEDH afirmou que a exclusão de indivíduos do processo de adoção de crianças em virtude da orientação sexual é

³²² Em *Lehideux e Isorni v. França*, a Corte considerou excessiva a condenação criminal pela publicação de anúncio justificando ações de Philippe Pétain – chefe de Estado da França de Vichy – e omitindo fatos históricos conhecidos. Apesar de tendencioso, o anúncio visava a revisão da condenação de Pétain, e não do Holocausto – inclusive repudiando atrocidades nazistas –, de modo que o emprego de remédios cíveis pelas autoridades judiciárias francesas seria mais adequado. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 24662/94. *Lehideux and Isorni v. France*. op. cit. parágrafo 57.

³²³ A Corte avaliou a demora em quatro anos e cinco meses para a instauração de um processo criminal após os fatos, no caso *Erbakan v. Turquia*, como “não razoavelmente proporcional aos objetivos visados”. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 59405/00. *Erbakan v. Turkey*. op. cit. parágrafo 70.

³²⁴ Também no caso *Lehideux e Isorni v. França*, a CEDH advertiu que o anúncio, o qual resultou no processo criminal contra os requerentes, integrava o objeto de duas associações legalmente constituídas, as quais não sofreram qualquer intervenção em suas atividades devido ao ocorrido. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 24662/94. *Lehideux and Isorni v. France*. op. cit. parágrafo 56.

³²⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit.

discriminatória, sendo incompatível com a Convenção Europeia, portanto, qualquer tratamento diferenciado a casais hetero e homossexuais para fins de adoção³²⁶. Além das decisões mencionadas, a Corte já se posicionou quanto a direitos dos transexuais como, por exemplo, a alteração de documentos de identidade após a cirurgia de transgenitalização³²⁷.

Já o caso *Vejdeland e outros v. Suécia*, julgado em 9 de fevereiro de 2012, foi o primeiro no qual a CEDH enfrentou a temática das manifestações homofóbicas de ódio.

Em dezembro de 2004, os requerentes, juntamente com mais três pessoas, dirigiram-se a uma escola secundária e distribuíram cerca de cem folhetos a alunos da instituição, colocando o material em seus armários. Os folhetos foram produzidos por uma organização chamada “National Youth” e continham as seguintes afirmações:

“Propaganda Homossexual – no decurso das últimas décadas, a sociedade passou da rejeição da homossexualidade e de outras formas de desvios sexuais para a aceitação dessa inclinação sexual desviante. Os seus professores ‘anti-suecos’ sabem muito bem que a homossexualidade tem um efeito moral destrutivo sobre a base da sociedade, mas tentarão apresentá-la como algo natural e bom.
– Digam a eles que o HIV e a AIDS apareceram inicialmente com os homossexuais e que o seu estilo de vida promiscuo é uma das principais razões pelas quais essa praga da atualidade ainda encontra ponto de apoio.
– Digam a eles que as organizações homossexuais que fazem lobby estão tentando subestimar a pedofilia e perguntem se esse desvio sexual deve ser legalizado.”³²⁸

Na Suécia, a “agitação contra homossexuais enquanto grupo” consiste em ofensa penal desde janeiro de 2003. Logo, os requerentes foram indiciados pela prática do referido tipo penal com base na distribuição dos panfletos mencionados acima.

O caso chegou até a Corte Suprema da Suécia, a qual acabou por confirmar a decisão de primeira instância – que havia sido revertida em sede de apelação –, condenando os requerentes em julho de 2006 (três deles tiveram a sentença suspensa por meio do pagamento de multas, enquanto que o quarto obteve liberdade condicional).

³²⁶ Como o objetivo do presente estudo é tratar especificamente do discurso de ódio, mostra-se desnecessário o aprofundamento no estudo da jurisprudência da CEDH acerca de outros direitos das minorias sexuais. Para verificar os julgamentos mencionados acima sucintamente, cf. J. SWIEBEL; D. van der VEUR. op. cit. p. 19-20. Cf. também: INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **Sexual orientation and gender identity in human rights law – Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union**. Genebra, 2007. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4ad5b8f32.html>>. Acesso em: 15 dez 2014.

³²⁷ No caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, a CEDH considerou que “o descompasso entre o gênero social e o gênero reconhecido pela lei coloca o transexual em uma posição anômala, podendo causar nele um sentimento de vulnerabilidade, humilhação e ansiedade, o que deve ser interpretado como uma violação à privacidade”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 28957/95. Case of Christine Goodwin v. UK, julgado em 11 de julho de 2002.

³²⁸ Tradução livre. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. parágrafo 8.

Na análise do caso, a Corte Sueca ponderou o fato de os panfletos terem sido distribuídos em uma escola, à qual os acusados não tinham livre acesso. Na prática, a colocação dos papéis nos armários dos alunos tirava deles a possibilidade de recusar o recebimento do material.

Apesar dos requerentes afirmarem que a sua intenção, ao distribuir os panfletos, era de iniciar um debate entre os alunos e os professores acerca de questões de interesse público – a educação na Suécia –, a Corte do país entendeu que o material continha expressões desnecessariamente ofensivas e depreciativas para os homossexuais enquanto grupo social. As palavras utilizadas nos panfletos violavam direitos do referido grupo, além de não contribuir para um debate público que culminasse com um entendimento mútuo.

A CEDH, acionada pelos requerentes, fez uma nova ponderação entre a liberdade de expressão dos responsáveis pela distribuição dos panfletos, garantida pelo art. 10 da Convenção Europeia, e o direito à não-discriminação dos homossexuais – no caso, “a proteção da reputação ou de direitos de terceiros”, a que aduz o §2º do art. 10 da mesma Convenção³²⁹.

Inicialmente, a Corte determinou que a interferência do poder judiciário sueco era prescrita em lei, tendo em vista que os requerentes foram condenados pela prática de “agitação contra um grupo nacional ou étnico”, nos termos do Capítulo 16, Artigo 8º do Código Penal Sueco. Além disso, na época dos acontecimentos, a ofensa penal poderia ser praticada em detrimento de pessoas caracterizadas como grupo em virtude da sua orientação sexual.

Quanto à legitimidade do fim visado pela intervenção, a CEDH considerou apropriada a colocação do governo Sueco, no sentido de que a condenação dos requerentes objetivou a “proteção da reputação ou de direitos de terceiros”, nos termos do §2º do art. 10 da Convenção Europeia³³⁰.

³²⁹ Interessante mencionar que a opinião concorrente da Juíza Yudkivska, compartilhada pelo juiz Villiger, afirma não ser possível sequer garantir a proteção do art. 10 da Convenção a uma manifestação que vincula o grupo social dos homossexuais à “praga do século vinte”. Segundo a juíza, o caso em questão não trata unicamente da ponderação entre o exercício da liberdade de expressão e do direito de um determinado grupo de pessoas à reputação: o discurso de ódio empregado é destrutivo para a sociedade democrática como um todo, pois ‘mensagens prejudiciais ganharão crédito, com concomitante resultado de discriminação e talvez até violência contra grupos minoritários. Assim, não deveria receber qualquer proteção’. A juíza vai além, afirmando que “as estatísticas de crimes odiosos mostram que a propaganda do ódio gera danos, sejam imediatos ou potenciais”. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger. parágrafos 9-11 (tradução livre).

³³⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. parágrafo 49.

Como de praxe, a análise da necessidade da medida interventiva em uma sociedade democrática é a que envolveu a maior ponderação das especificidades do caso, a partir dos parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência da CEDH ao longo dos anos. Impende ressaltar, ademais, que é na análise da necessidade social da medida que a Corte concede maior margem de apreciação aos Estados, ainda que exerça uma espécie de supervisão da conformidade da medida com a Convenção Europeia.

No caso em tela, a CEDH começou pelo exame da *intenção dos requerentes* por trás da distribuição dos panfletos. Eles alegaram que a finalidade da sua conduta era suscitar um debate entre alunos e professores sobre a falta de objetividade na educação em escolas suecas.

A Corte interpretou a referida intenção como legítima, na linha do que já havia mencionado a Suprema Corte Sueca. No entanto, quando tratou do *conteúdo da manifestação*, a CEDH, apesar de reconhecer que a questão poderia constituir matéria de interesse público, não acatou o argumento dos requerentes de que as expressões empregadas nos panfletos não incitavam ao ódio ou à violência. Nesse sentido, destacou que

“incitar ao ódio não necessariamente demanda um ato de violência ou outra conduta criminosa. Ataques contra pessoas praticados por meio de insulto, expondo ao ridículo ou difamando um grupo específico da população, podem ser suficientes para as autoridades favorecerem o combate ao discurso racista em detrimento da liberdade de expressão exercida de maneira irresponsável”.³³¹

A Corte acabou por concluir que a manifestação era desnecessariamente ofensiva aos homossexuais, envolvendo alegações sérias e prejudiciais ao grupo social em questão. É importante frisar, além disso, o pronunciamento da Corte no sentido de que a discriminação baseada na orientação sexual “é tão séria quanto a discriminação baseada em ‘raça, origem ou cor’”³³².

³³¹ Tradução livre de: “[I]nciting to hatred does not necessarily entail a call for an act of violence, or other criminal acts. Attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression exercised in an irresponsible manner”. Ibid. parágrafo 55.

³³² Ibid. A CEDH já havia se posicionado a esse respeito no caso Smith e Grady v. Reino Unido. O caso abordou o banimento de homossexuais das forças armadas, em virtude de alegados sentimentos negativos de colegas heterossexuais, o que prejudicaria a coesão e moral das unidades militares. O caso culminou com a declaração da Corte de que esse sentimento negativo não pode justificar uma interferência do Estado – como o banimento dos homossexuais das forças armadas – da mesma forma como está justificada a intervenção para apaziguar sentimentos negativos contra pessoas de outra raça, origem e cor. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 33985/96. Smith and Grady v. The United Kingdom, julgado em 27 de setembro de 1999. parágrafo 97.

Com essa colocação, a CEDH deixou claro que o discurso de ódio não é repreensível, com base na Convenção Europeia, apenas quando dirigido a minorias racias, étnicas, nacionais ou religiosas, mas também quando visa as minorias sexuais.

Ao final, a CEDH destacou dois aspectos relevantes do *contexto da manifestação*: o local onde ela ocorreu e a natureza e seriedade da intervenção das autoridades suecas. Apesar de geralmente constituir um elemento secundário dentre os parâmetros da Corte para determinar a conformidade de uma intervenção estatal face à Convenção Europeia, o local da manifestação homofóbica teve, no presente caso, grande importância.

Os juízes da CEDH entenderam por relevante o fato de os panfletos terem sido distribuídos em uma escola na qual os requerentes não estudaram ou sequer tinham acesso livre, para jovens que, em função da sua idade, eram impressionáveis e vulneráveis às expressões empregadas³³³. Ademais, não tiveram a possibilidade de recusar os panfletos, já que eles foram colocados em seus armários sem anuência prévia. O juiz Boštjan M. Zupančič destaca, em sua opinião concorrente, o caráter fechado do ambiente escolar, advertindo que a distribuição de qualquer material por um estranho à instituição de ensino deveria ser precedida da autorização das autoridades da escola³³⁴.

Contra o pedido dos requerentes pesou, também, a não-seriedade da intervenção das autoridades suecas: para a CEDH, a imposição das penas de multa e da liberdade condicional, ao invés da pena de prisão, revelou-se intervenção mais leve e, portanto, proporcional à conduta dos requerentes³³⁵.

No dispositivo da sentença, os juízes decidiram, de forma unânime, que a medida adotada pela Suécia para proteger os direitos dos homossexuais enquanto grupo social não violou o art. 10 da Convenção Europeia, já que era justificável a limitação da liberdade de expressão no caso, nos termos do §2º do mesmo dispositivo legal.

Desta forma, o caso colocou fim a qualquer argumento contrário à proteção das minorias sexuais face ao discurso de ódio. Evidenciou-se, a partir da menção a outros precedentes da Corte e do raciocínio jurídico empregado por ela, que a proteção das minorias

³³³ Aqui é interessante frisar a informação trazida pelos juízes Spielmann e Nußberger com base em estudos financiados por alguns dos Estados-Membros, de que os estudantes LGBT sofrem *bullying* tanto de seus colegas, quanto de seus professores. Cf. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. Concurring Opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger. parágrafo 7.

³³⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. Concurring Opinion of Judge Boštjan M. Zupančič. parágrafo 9.

³³⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. *Vejdeland and others v. Sweden*. op. cit. parágrafo 58.

sexuais contra discursos homofóbicos segue os mesmos padrões aplicados aos casos que envolveram ataque a minorias étnicas, nacionais e religiosas.

Em todos esses casos, a CEDH baseou suas decisões em uma concepção instrumental da liberdade de expressão para o fortalecimento da democracia nos países europeus. Ao invés de defender o exercício indiscriminado desse direito como condição para a existência de uma democracia, a Corte afirmou que somente o discurso envolvendo “matéria de interesse público”, oriundo do exercício da liberdade de expressão de maneira “responsável”, é impassível de restrições para a proteção de direitos de terceiros. Ou seja, somente o discurso útil ao debate público – aquele que traga questionamentos legítimos, argumentos consistentes, ideias e soluções para problemas da sociedade – está plenamente protegido pela prerrogativa da liberdade de expressão. Discursos de natureza diversa, por outro lado, poderão sofrer restrições legítimas quando afrontarem o direito à não-discriminação de terceiros, incitando ao ódio e à violência. Essa concepção alinha-se ao raciocínio desenvolvido por Sunstein, segundo quem a permissividade ao discurso de ódio dá azo a manifestações de baixo valor, além de desestimular a contribuição ao debate público das pessoas vitimadas por essa forma de discurso³³⁶.

Ainda que existam indagações a respeito da expansão dos grupos minoritários protegidos pelo art. 10, §2º da Convenção Europeia³³⁷, o caso *Vejdeland e outros v. Suécia* assinala a consolidação das minorias sexuais enquanto vítimas em potencial do discurso de ódio, ao menos no cenário europeu. Esse passo significativo rumo à proteção contra a homofobia deve servir de referência para outros sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos – como o interamericano – e mesmo para o direito interno de países não-europeus.

3.3. Os Limites da Liberdade de Expressão no Sistema Interamericano

Também no continente americano há preocupação crescente com os efeitos nocivos da discriminação, o que levou o sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Convenção Americana**” ou Pacto de San José da Costa Rica) a vislumbrar a possibilidade de regulação do discurso em certas situações. Vejamos como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (**CmIDH**) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (**CtIDH**),

³³⁶ SUNSTEIN, Cass. R. op. cit. E-book versão Kobo p. 67-69 do Capítulo 6.

³³⁷ TULKENS, Françoise. op. cit. p. 15.

atentando aos parâmetros adotados pelo Conselho da Europa, lidam com a questão do discurso de ódio homofóbico.

3.3.1. Breve introdução sobre o Sistema Interamericano

O sistema da Convenção Americana foi criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) – uma organização internacional de caráter regional e intergovernamental – em 1969, portanto, em uma época na qual a maior parte dos países do continente era governada por regimes autoritários. Independentemente das razões pelas quais o sistema foi criado³³⁸, atualmente age ativamente na responsabilização dos 23 Estados-Membros pela violação de direitos constantes do instrumento internacional, tendo caráter vinculante para esses países³³⁹.

A Convenção Americana lista uma série de direitos – sobretudo, civis e políticos –, a serem respeitados pelos países que a ratificaram, no âmbito de seus respectivos territórios. Os direitos econômicos, sociais e culturais, apesar de figurarem de forma resumida em apenas um de seus artigos, foram objeto de protocolo adicional em 1988 (Pacto de San Salvador). De modo a garantir o respeito aos direitos previstos pelos documentos, foram instituídas a CmIDH e a CtIDH, as quais podem ser provocadas na ocorrência de violações às disposições da Convenção Americana.

De forma resumida, à Comissão cumpre receber as denúncias individuais ou interestatais de violação de direitos humanos, fazendo o juízo de admissibilidade e analisando o mérito da causa, para então apresentar recomendações ao Estado violador. Além disso, tenta compor as partes, ou seja, o Estado violador e a(s) vítima(s). Sendo

³²⁰ A razão mais plausível para o interesse de ditaduras no adensamento institucional de mecanismos de proteção aos direitos humanos era a transmissão de uma “aparência de normalidade e semelhança com outros Estados [democráticos] da sociedade internacional”. Para mais reflexões sobre o contexto da estruturação do sistema da Convenção Americana, cf. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. op. cit. p. 213-217.

³³⁹ Nesse sentido, Carvalho Ramos destaca que as decisões de tribunais internacionais, como é o caso da CtIDH, devem ser cumpridas integralmente pelos Estados condenados, os quais não podem alegar questões de direito interno para não observá-las, sejam elas decisões judiciais, leis ou mesmo eventual pacto federativo. Nesse sentido, o autor assinala que, do ponto de vista do direito internacional, não importa qual o posicionamento que o Estado adotará acerca da relação do seu ordenamento jurídico com os tratados internacionais, de modo que ele deverá respeitar os compromissos assumidos perante a comunidade internacional. CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUNIOR, Alberto do Amaral e JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

infrutífera a composição, deve levar o caso à Corte³⁴⁰, o órgão judicial propriamente dito que se manifestará a respeito da violação de disposições da Convenção Americana, condenando ou não o Estado a garantir o direito violado e, cumulativamente quando for o caso, pagar indenização à vítima pelos danos sofridos. Nesse processo, a Comissão atua como a acusação, podendo a vítima atuar como uma espécie de assistente litisconsorcial³⁴¹. É importante ressaltar que tanto o segundo informe – recomendações apresentadas pela CmIDH ao Estado violador quando o caso não é encaminhado à CtIDH –, quanto a decisão da Corte têm caráter vinculante³⁴².

3.3.2. Diretrizes para a imposição de restrições à liberdade de expressão

A Convenção Americana assegura a liberdade de expressão em seu art. 13, inciso 1º:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”

No entanto, o mesmo artigo reconhece que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, vez que seu exercício pode ser limitado, sobretudo com a finalidade de proteger direitos de terceiros ou interesses mais abrangentes da sociedade:

“2.O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou (b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

Além de apontar motivos pelos quais a liberdade de expressão pode ser limitada, o art. 13 ainda regula a forma que essa limitação pode tomar, no inciso 3º, assinalando exceção à proibição da censura prévia, no inciso 4º:

³⁴⁰ A Comissão pode submeter o caso à Corte quando o Estado acusado de violações de direitos humanos houver ratificado a Convenção e reconhecido a jurisprudência da Corte. BERTONI, Eduardo; RIVERA JR., Julio. The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012. p. 501-502.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Em grande parte das vezes que o caso não é encaminhado à Corte, isso acontece porque o Estado violador não reconheceu a sua jurisdição. Cf. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. op. cit. p. 230-231.

“3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.”

É o inciso 5º, contudo, que faz menção expressa à “incitação ao ódio”, bem como “à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”, como condutas a serem proibidas por lei:

“5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”

Assim, a Convenção Americana, da mesma forma que outros instrumentos internacionais de alcance global e regional, torna o discurso de ódio uma possível exceção à garantia da liberdade de expressão.

Em pronunciamento conjunto com o Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Opinião e Expressão, o Relator Especial para a Liberdade de Expressão da CmIDH³⁴³ assinalou que as manifestações as quais incitem ou fomentem o racismo, a discriminação, a xenofobia e a intolerância são perniciosas, geralmente precedendo outras formas de violência contra minorias. Contudo, como a limitação dessas manifestações constitui ingerência na liberdade de expressão, deve “ser prevista em lei, servir a um fim legítimo estabelecido pelo direito internacional e ser necessária para alcançar esse fim”³⁴⁴.

Com base nesse pronunciamento, a regulação ao discurso de ódio deve observar as seguintes diretrizes: (i) ninguém deve ser punido por dizer a verdade; (ii) ninguém deve ser punido por divulgar expressões de ódio a menos que se demonstre que as divulga com a intenção de incitar à discriminação, hostilidade ou violência; (iii) deve-se respeitar o direito de jornalistas de decidir qual a melhor forma de transmitir a informação e comunicar ideias ao público, especialmente quando informarem sobre racismo e intolerância; (iv) ninguém

³⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2004-2 da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Washington, 2004. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>>. Acesso em: 12 set 2014.

³⁴⁴ Ibid.

deve ser submetido a censura prévia; e (v) toda imposição de sanções pelo poder judiciário deve observar o princípio da proporcionalidade³⁴⁵.

Apesar das diretrizes apontadas pelo Relator, o art. 13, inciso 5º da Convenção Americana não foi interpretado ou desenvolvido com maior detidão pela Corte ou pela Comissão Interamericanas³⁴⁶. Em virtude dessa situação, muito do que se conclui como sendo os parâmetros para a regulação do discurso de ódio no âmbito do sistema interamericano decorre das regras gerais para a limitação da liberdade de expressão, bem como da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e das decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU³⁴⁷.

3.3.2.1. A jurisprudência da CtIDH em matéria de liberdade de expressão

A Corte, ao interpretar o art. 13, parte do pressuposto de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, apesar da sua importância para sociedades democráticas³⁴⁸. A imposição de restrições ao direito em questão deve, no entanto, ser compatível com o princípio democrático, i.e., deve atender a necessidades legítimas das sociedades e instituições democráticas³⁴⁹. Para avaliar a legitimidade dessas limitações – bem como a sua compatibilidade com a Convenção Americana – a Corte emprega um “teste trifásico”, o qual será objeto de estudo na sequência. É importante ressaltar que as diretrizes traçadas pelo “teste trifásico” aplicam-se a todas as formas que limitações à liberdade de expressão possam assumir, tais como leis, decisões e atos administrativos, judiciais ou policiais³⁵⁰.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ BERTONI, Eduardo; RIVERA JR., Julio. op. cit. p. 503.

³⁴⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2004-2 da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. op. cit.

³⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 177. Eduardo Kimel Vs. Argentina, julgado em 2 de maio de 2008. parágrafo 54. No caso, Eduardo Kimel foi condenado pela publicação de um livro que criticou a forma como um magistrado havia conduzido investigações sobre um massacre cometido durante os anos de governo autoritário na Argentina. Para decidir pela violação do art. 13 da Convenção Americana, a CtIDH considerou relevante que: (i) a legislação penal argentina sobre os delitos de calúnia e difamação era extremamente vaga e ambígua, não observando o requisito da legalidade precisa; (ii) a sanção ao jornalista representou um abuso do exercício do poder punitivo do Estado; e (iii) a notória desproporção e o excesso na restrição à liberdade de expressão do Sr. Kimel em contraste com a alegada violação do direito à honra do juiz – um funcionário público. Ao final, a Corte decidiu pelo pagamento de indenização a Eduardo Kimel; bem como pela anulação dos efeitos da condenação penal e pela adequação do direito interno referente aos tipos de calúnia e difamação à Convenção Americana.

³⁴⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Washington: OEA, 2010. p. 24.

³⁵⁰ Ibid. p. 22-23. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 141. López Álvarez Vs. Honduras, julgado em 1º de fevereiro de 2006. parágrafo 165. No caso López Álvarez Vs. Honduras, o Sr. Álvarez, dirigente da “Organización Fraternal Negra de Honduras”, da “Confederación de los Pueblos

(a) As limitações devem ser estabelecidas por meio de leis redigidas de maneira clara e precisa: toda limitação à liberdade de expressão deve ser prévia à manifestação, expressa, taxativa, precisa, clara e imposta por lei³⁵¹, para não causar insegurança jurídica. Isso porque a existência de leis vagas nesse sentido pode resultar na sua aplicação de forma arbitrária, por parte das autoridades, dissuadindo a manifestação de opiniões/informações por medo de sanção. No caso de uma previsão legal de natureza penal, é preciso observar os requisitos característicos da tipificação penal, o que envolve o emprego de termos bem definidos e unívocos, que aludem clara e indubitavelmente à conduta punível³⁵²;

(b) A restrição deve ser orientada à consecução de objetivos legítimos, autorizados pela Convenção Americana: são aqueles mencionados pelo art. 13.2 – a proteção de direitos ou da reputação das demais pessoas, da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas. Dentre esses fundamentos, os mais trabalhados pela jurisprudência da CtIDH são:

b.1. A proteção dos direitos dos demais – a Corte explica que o exercício de um direito humano encontra limites no exercício de outro direito humano. Esse é o caso da liberdade de expressão, que pode entrar em conflito com o direito à honra, à reputação e à dignidade dos demais³⁵³. Na ocorrência

Autóctonos de Honduras” e do “Comité Defensa de Tierras Triunfeñas”, foi vítima de maus tratos no período em que passou em cárcere. Também nesse período, foi proibido pelo diretor do centro de reclusão de se comunicar no idioma garífuno, sua língua materna, o que configurou restrição indevida ao exercício da liberdade de expressão.

³⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 135. Palamara Iribarne Vs. Chile, julgado em 22 de novembro de 2005. parágrafo 79. O Sr. Palamara Iribarne, funcionário civil das Forças Armadas chilenas, foi processado judicialmente pela tentativa de publicação de um livro sem a autorização de seus superiores militares. O referido livro foi objeto de censura prévia e, ao fazer declarações críticas sobre a atuação da justiça penal em seu caso, acabou condenado pelo delito de desacato. Em sua análise, a CtIDH considerou desproporcional e desnecessária em uma sociedade democrática a persecução penal contra o Sr. Palamara Iribarne, por ter agido na supressão de sua voz em um debate essencial para um sistema “verdadeiramente democrático”.

³⁵² No caso Usón Ramirez vs. Venezuela, a Corte considerou que os termos empregados para definir o delito de “injúria contra a Força Armada Nacional” estavam àquém dos patamares mínimos impostos pelo princípio da legalidade, o que violou o inciso 2º do art. 13 da Convenção Americana. Assim, por exemplo, a definição do delito não listava os elementos que compõem a injúria, o que resultou em elevado grau de vagueza da conduta delitiva, abrindo espaço, deste modo, para interpretações demasiado amplas. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 207. Usón Ramírez Vs. Venezuela, julgado em 20 de novembro de 2009. parágrafo 55.

³⁵³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op. cit. p. 27. O art. 11 da Convenção Americana estabelece que: “(1)

de conflito, o Estado deve fazer uma ponderação entre os direitos. A CtIDH entende que, para proteger os “direitos dos demais”, a liberdade de expressão pode ser limitada quando: (i) o direito à honra ou à reputação “dos demais” for lesado ou encontrar-se ameaçado; (ii) a limitação não for justificada com base na intenção de corrigir informações “inverídicas” recebidas pela sociedade, de modo a impedir a difusão de visões de mundo distintas; e (iii) essa limitação for a menor possível para reparar os “direitos dos demais”, dando-se preferência ao direito de resposta, previsto no art. 14³⁵⁴ da Convenção Americana, e a responsabilidade civil (quando houver “dano grave causado com dolo ou evidente desprezo pela verdade”³⁵⁵).

b.2. *Ordem pública* – de uma forma geral, a ordem pública não pode ser invocada como fundamento para restrição da liberdade de expressão, com exceção para causas objetivamente verificáveis, que representem ameaça certa e factível às condições básicas para o funcionamento das instituições democráticas, i.e., perturbações que tenham o potencial de colocar a democracia em risco.

(c) A limitação deve ser necessária em uma sociedade democrática para a consecução de um dos objetivos mencionados em “b”, proporcional levando-se em conta a finalidade perseguida e idônea para a consecução do objetivo ao qual

Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; (2) Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; e (3) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”. A proteção à honra e à dignidade devem observar a garantia da não-discriminação, constante do art. 1º do mesmo instrumento, por motivo de “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

³⁵⁴ “Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta: 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.”

³⁵⁵ Tradução livre de: “[D]año grave causado con la misma intención de dañar”. De uma maneira geral, o emprego de mecanismos penais (os tipos calúnia, injúria, difamação ou desacato) foi refutado como meio de proteção da honra de terceiros, por ser considerado desproporcional e desnecessário em uma sociedade democrática. Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op.cit. p. 28.

se destina: os critérios apresentados em “c” representam um verdadeiro teste de proporcionalidade, demandando um exercício de ponderação casuístico, pautado em juízo que atenda às características e circunstâncias do caso concreto.

c.1. Necessidade – a restrição à liberdade de expressão é necessária para a consecução de um dos objetivos apresentados em “b”³⁵⁶. Em outros termos, a limitação é imperiosa, não havendo forma menos restritiva à liberdade de expressão para a consecução desse objetivo. O meio empregado deve ser o menos gravoso possível à liberdade de expressão, sendo indispensável para a proteção dos direitos que estão sob ataque³⁵⁷. Para a proteção do direito à honra, reputação e dignidade de terceiros, o ideal é o direito de resposta, nos termos mencionados em *b.1*. No entanto, para os casos em que o direito de resposta não se mostrar suficiente para repelir a agressão causada pelo discurso, é possível partir para formas de responsabilização civil, quando observados os seguintes requisitos: (i) grau suficiente de “real malícia”, i.e., deve-se demonstrar que o agressor teve a intenção de causar um dano e tinha ciência de que estava difundindo informações falsas ou com um evidente descaso pela verdade

³⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 107. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, julgado em 2 de julho de 2004. parágrafos 120-123. No caso em questão, o jornalista Mauricio Herrera Ulloa foi condenado pela violação do direito à honra de um diplomata por ter reproduzido fielmente a informação de jornais europeus sobre seu comportamento ilícito presumido. O jornalista foi condenado por difamação e condenado a pagar multa, bem como a publicar a sentença que o condenou no jornal para o qual escrevia. Também foi condenado na esfera penal e em ação civil ressarcitória, que condenou tanto o jornalista quando o jornal La Nación a pagar indenizações e as custas processuais. Para decidir pela ocorrência de limitação à liberdade de expressão incompatível com a Convenção Americana, a CtIDH considerou importante que (i) o Sr. Herrera era um jornalista, falando sobre acontecimentos e opiniões de interesse público; (ii) teceu críticas a um funcionário público no exercício de suas funções, o qual estava exposto a um nível de crítica mais amplo que as pessoas em geral; e (iii) que o Sr. Herrera apenas reproduziu informações publicadas pela imprensa estrangeira. Ao fim, a CtIDH determinou a cessação dos efeitos das sentenças condenatórias e o pagamento de indenização ao Sr. Herrera pelo dano imaterial causado.

³⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 193. Tristán Donoso Vs. Panamá, julgado em 27 de janeiro de 2009. parágrafo 119. No precedente da Corte, o advogado Santander Tristán Donoso havia sido condenado pelo delito de calúnia em razão das declarações que fez sobre o Procurador-Geral da Nação em uma coletiva de imprensa no sentido de que ele havia gravado uma conversa telefônica privada sua com um de seus clientes e a havia divulgado a terceiros. O Sr. Donoso foi condenado a 18 meses de prisão, substituídos por multa, bem como à inabilitação para o exercício de funções públicas e ao pagamento de indenização por dano moral e material ao Procurador. A CtIDH, ao considerar a condenação do Sr. Donoso uma violação à Convenção Americana, destacou que: (i) o assunto divulgado pelo advogado era matéria de interesse público, a qual deveria ensejar um amplo debate público; (ii) o Sr. Donoso tinha razões suficientes para acreditar, naquele momento, que era o Procurador-Geral o responsável pela interceptação da sua ligação telefônica; e (iii) o Procurador tinha meios para reverter as afirmações apresentadas pelo Sr. Donoso.

dos acontecimentos³⁵⁸; (ii) quem alega que um dano foi causado precisa suportar o ônus da prova, demonstrando a ocorrência desse dano e a falsidade das afirmações difundidas. Isso porque, no caso de questões de interesse público, basta que as afirmações formuladas sejam razoáveis para que se exclua a responsabilidade do emissor da mensagem³⁵⁹; e (iii) ter em mente que somente os fatos, e não as opiniões, estão sujeitos a juízos de veracidade ou falsidade, de modo que ninguém pode ser condenado por externar opinião sobre um determinado ato quando não haja uma falsa imputação de um crime ou outro fato verificável³⁶⁰. Adicionalmente, a CmIDH, pautada em jurisprudência da Corte, aponta diretrizes para a responsabilidade civil de pessoas no exercício de sua liberdade de expressão. Segundo a Comissão, as sanções de natureza cível não devem “ser de tal proporção que suscitem um efeito inibitório sobre a liberdade de expressão”, dando prioridade a formas de reparação “não-pecuniárias” que sejam “estritamente proporcionais aos danos reais causados”³⁶¹. Já o emprego de mecanismos penais como forma de limitação à liberdade de expressão tem sido reiteradamente considerado *desnecessário*, com base no art. 13 da Convenção Americana. Nesse sentido, a Comissão, mais uma vez pautada em jurisprudência da CtIDH, ponderou que a legislação estabelecendo os tipos de difamação, calúnia e injúria, sobretudo para proteger a honra e a reputação de funcionários públicos e/ou políticos, inibe o exercício da crítica, inviabilizando o debate sobre questões de interesse público³⁶². Impende ressaltar,

³⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 207. Usón Ramírez Vs. Venezuela. op. cit. parágrafo 86.

³⁵⁹ O julgador justificou a condenação do Sr. Herrera Ulloa afirmando que este último não conseguiu provar a veracidade dos fatos que divulgou sobre o Sr. Przedborski. A CtIDH considerou que essa exigência imposta pelo magistrado constituiu limitação excessiva à liberdade de expressão. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 107. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit. parágrafo 132.

³⁶⁰ A Corte pronunciou-se nesse sentido no caso Kimel Vs. Argentina, em que afirmou “la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 177. Eduardo Kimel Vs. Argentina. op. cit. parágrafo 93.

³⁶¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op.cit. p. 40.

³⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 107. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. op. cit. parágrafo 101. A CmIDH, nesse sentido, destaca: “[I]as leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento

contudo, que a Corte já assumiu a viabilidade da adoção de medidas penais contra a expressão de informações ou opiniões,

“possibilidade que deve ser analisada com cautela, ponderando-se o respeito à extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor dessas [informações ou opiniões], o dolo com que atuou, as características do dano causado injustamente e outros dados que estabeleçam a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, medidas penais”³⁶³.

- c.2. *Adequação* – a restrição à liberdade de expressão deve servir à finalidade compatível com a Convenção Americana para a qual foi adotada ou ao menos ter capacidade de contribuir para à realização dessa finalidade³⁶⁴;
- c.3. *Proporcionalidade* – a restrição deve ser proporcional ao fim que a justifica, interferindo o mínimo possível com o exercício da liberdade de expressão. Em síntese, é preciso determinar se o sacrifício da referida liberdade decorrente da restrição em análise é exagerado ou compatível com as vantagens obtidas com essa restrição. Para tanto, deve-se avaliar: (i) o grau de afetação do direito conflitante com a liberdade de expressão – grave, intermediário ou baixo –; (ii) a importância de satisfação do direito conflitante; e (iii) se a satisfação do direito conflitante justifica a restrição à liberdade de expressão. Assim, sempre haverá violação ao art. 13 quando a responsabilização posterior ao ato – a manifestação de opinião – for desproporcional no caso concreto³⁶⁵.

A Comissão condensou o posicionamento da Corte no que diz respeito à desproporcionalidade de certas medidas no documento “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”. Dentre as medidas que a CmIDH considera incompatíveis com a Convenção Americana encontra-se a imposição de censura prévia a qualquer forma de discurso, com a exceção do disposto no art. 13.4. De uma forma geral, as

consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op. cit. p. 40.

³⁶³ Tradução livre. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 177. Eduardo Kimel Vs. Argentina. op. cit. parágrafo 78.

³⁶⁴ Ibid. parágrafo 70.

³⁶⁵ Ibid. parágrafos 83 e 84.

restrições à liberdade de expressão devem ser estabelecidas mediante responsabilização posterior por condutas definidas legalmente, e não por meio de controles prévios ao conteúdo do discurso que façam juízo de veracidade, oportunidade ou imparcialidade das manifestações de pensamento³⁶⁶. Assim, qualquer procedimento que condicione a expressão ou a difusão de informações ao controle do Estado não são compatíveis com a Convenção Americana. Dentre os procedimentos de controle vetados, a CmIDH cita: “a apreensão de livros, materiais de imprensa e cópias eletrônicas de documentos; a proibição judicial de publicar um livro; a proibição a um funcionário público de realizar comentários críticos frente a um determinado processo ou instrução; em relação com publicações na internet, a ordem de incluir ou retirar determinados links, ou a imposição de determinados conteúdos; a proibição de exibir um filme no cinema, ou a existência de uma disposição constitucional que estabeleça a censura prévia na produção cinematográfica”³⁶⁷. No entender da Comissão, esse é o principal aspecto da Convenção Americana que a diferencia da Convenção Europeia e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no âmbito do sistema Onusiano³⁶⁸.

Além da censura prévia, a CmIDH assinala que as limitações à liberdade de expressão não podem ser discriminatórias ou produzir efeitos discriminatórios, como destacado pela Corte no caso *López Álvarez Vs. Honduras*, em que o diretor de um centro

³⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 177. *Eduardo Kimel Vs. Argentina*. op. cit. parágrafo 84. Com relação especificamente ao discurso de ódio, é preciso ressaltar que as diferentes versões da Convenção Americana – em inglês e em espanhol ou português – podem suscitar dúvidas de interpretação quanto à aplicação da regra geral do art. 13.2 ao art. 13.5. Isso porque, em inglês, o texto do art. 13.5 fala em “ofensas puníveis por lei”, enquanto que, em espanhol e português, o mesmo texto fala que “a lei deve proibir” a apologia ao ódio. Segundo Bertoni e Rivera Jr., a redação em espanhol da Convenção daria margem para a interpretação no sentido de que um controle prévio de conteúdo de manifestações de ódio seria possível, o que levou outros autores a concluir por essa possibilidade. No entanto, Bertoni e Rivera Jr. assinalam que mesmo a redação em espanhol (e também a versão em português) determina apenas a responsabilização posterior, já que o fato da apologia ao ódio ser proibida por lei não significa que haverá um controle prévio de conteúdo dessa apologia, mas apenas a responsabilização ulterior daquele que praticou essa conduta. Esse entendimento é, aliás, o único compatível com a jurisprudência da CtIDH que, apensar de não haver interpretado o art. 13.5, já afirmou que apenas o art. 13.4 constitui exceção à proibição de censura prévia do art. 13.2: “artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 73. *Olmedo-Bustos Vs. Chile*, julgado em 05 de fevereiro de 2001. parágrafo 70; BERTONI, Eduardo; RIVERA JR., Julio. op. cit. p. 509-511. O caso *Olmedo-Bustos* diz respeito à censura judicial imposta à exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”.

³⁶⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op. cit. p. 54.

³⁶⁸ *Ibid.*

de reclusão proibiu integrantes de determinado grupo étnico de falar a sua própria língua, restrição manifestamente discriminatória³⁶⁹.

É importante ressaltar, ainda, que a imposição de limitações à liberdade de expressão de forma indireta também se sujeita ao teste trifásico aplicado pela Corte, estando tampouco livre do seu juízo de proporcionalidade. Segundo a CtIDH, o enunciado do art. 13.3 não é taxativo, pois não impede que quaisquer outros meios ou vias indiretas derivadas de novas tecnologias possam agir na restrição do direito em questão. Essa restrição, mesmo quando imposta por particulares, poderá resultar na responsabilização do Estado. Isso se ele, na presença de um risco real ou imediato à liberdade de expressão, deixar de cumprir com o seu dever de protegê-la e a “restrição particular” tiver o mesmo resultado de uma limitação imposta pelo poder público³⁷⁰. Deste modo, a imposição de normas com a finalidade de pressionar e castigar ou premiar e privilegiar jornalistas e os meios de comunicação em função das suas linhas editoriais também atenta contra a livre manifestação do pensamento³⁷¹. É possível dizer o mesmo a respeito da exigência de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Finalmente, a CtIDH considera, no âmbito da proporcionalidade, se a restrição à livre manifestação do pensamento constitui uma exceção a uma atmosfera de respeito ao direito em questão, ou se é apenas mais uma medida tomada no âmbito de reiteradas violações à liberdade de expressão. Para ser considerada compatível com a Convenção Americana, a limitação ao direito consagrado pelo art. 13 não pode servir à exclusão *a priori* de certas pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão do debate público³⁷².

Questões afeitas ao debate público constituem, inclusive, objeto de maior proteção por parte da Convenção Americana: em praticamente todos os casos nos quais a Corte analisou a tensão entre a honra e reputação de pessoas que ocupavam cargos públicos ou que

³⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 141. López Álvarez Vs. Honduras. op. cit. parágrafo 170.

³⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 194. Ríos y otros Vs. Venezuela, julgado em 28 de Janeiro de 2009. parágrafos 340 e 406. Os acontecimentos do caso em questão envolvem diversos atos e omissões, cometidos entre 2001 e 2004, por funcionários públicos, mas também por particulares, que constituíram restrições à busca, ao recebimento e à difusão de informações de vinte jornalistas e comunicadores vinculados à Radio Caracas Televisión. As vítimas estiveram sujeitas a ameaças, hostilidade, agressões verbais e físicas por parte de particulares. A Corte determinou à Venezuela que adotasse medidas necessárias para evitar restrições indevidas diretas ou indiretas ao exercício da liberdade de buscar, receber e difundir informação impostas por particulares.

³⁷¹ Nesse sentido, a aplicação de sanções penais, além de constituir uma restrição direta à liberdade de expressão, constitui uma limitação indireta em razão de seus efeitos de silenciar e amedrontar, desestimulando futuras manifestações. Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op. cit. p. 57-58.

³⁷² Ibid. p. 34.

intencionavam ocupar cargos dessa ordem, e o direito à liberdade de expressão de outros indivíduos, esse último preponderava sobre o primeiro. Isso porque os funcionários públicos se expõem voluntariamente a um maior escrutínio social, tendo maior influência e condições de responder aos acontecimentos que os envolvam. É importante ressaltar, nesse sentido, que em uma sociedade democrática, as instituições públicas devem estar sempre abertas à crítica do público³⁷³. O mesmo é possível dizer sobre políticos. Em síntese, a análise de proporcionalidade da medida que restringiu a liberdade de expressão deve levar em conta o maior grau de proteção de que desfrutam as manifestações contra a reputação de funcionários públicos e políticos, a necessidade de maior abertura para o amplo debate sobre temas de interesse público – uma exigência do sistema democrático – e o controle dos cidadãos sobre as instituições públicas, o que demanda maior tolerância à crítica por parte dessas instituições³⁷⁴.

3.3.3. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*³⁷⁵

Ainda que não disponha de jurisprudência específica em matéria de discurso de ódio – e, por consequência, de discurso de ódio homofóbico – o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos já conta com precedente sobre discriminação contra LGBTs: o Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, julgado em 24 de fevereiro de 2012, trata da responsabilidade internacional do Estado chileno pelo tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar de Karen Atala Riffo, devido à sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na perda da guarda de suas três filhas adolescentes.

A Sra. Atala e o Sr. Ricardo Jaime López Allendes casaram-se em março de 1993. Em 2002, separaram-se de fato, decidindo, por mútuo acordo, que a Sra. Atala ficaria com a guarda de suas três filhas, vivendo na cidade de Villarrica, com visitas semanais à casa do

³⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 193. Tristán Donoso Vs. Panamá, julgado em 27 de janeiro de 2009. op. cit. parágrafo 122. Impende mencionar, ainda, que a CtIDH já declarou expressamente que as “leis de desacato” às autoridades contrariam o texto do art. 13 da Convenção Americana, pois (i) não respondem a um objetivo legítimo no âmbito do referido instrumento; além de (ii) não serem necessárias em uma sociedade democrática. Cf. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. op. cit. p. 49-52.

³⁷⁴ Ibid. parágrafo 115.

³⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 239. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, julgado em 24 de Fevereiro de 2012.

pai em Temuco. No mesmo ano, a Sra. Atala iniciou um relacionamento com uma mulher que, meses depois, passou a viver na casa onde a Sra. Atala vivia com suas três filhas.

Em janeiro de 2003, o pai das meninas ajuizou demanda junto ao Juizado de Menores de Villarrica, solicitando a guarda das filhas, por considerar que a orientação sexual da Sra. Atala e a vida que levava colocavam em risco o desenvolvimento emocional e físico das meninas. Solicitou, ainda, a guarda provisória das meninas, a qual foi concedida sob a alegação de que a Sra. Atala havia, de fato, alterado a rotina familiar ao explicitar a sua orientação sexual e trazer sua companheira para viver no mesmo ambiente que suas filhas, privilegiando, deste modo, seus interesses em detrimento dos interesses das meninas. O pai, segundo o juiz de primeiro grau, estaria defendendo mais claramente esses interesses, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional. Em que pese a fundamentação da decisão provisória, ela foi posteriormente revogada pela sentença definitiva, a qual negou o pedido do pai, argumentando que a orientação sexual da Sra. Atala não constituía impedimento para o papel de mãe responsável, nem trazia prejuízo às filhas.

Em sede de apelação, a sentença de primeiro grau foi confirmada, sendo indeferido o pedido de transferência de guarda ao pai, que, inconformado, levou o caso à Corte Suprema de Justiça do Chile. Em uma votação apertada (3 votos contra 2), a Corte voltou conceder a guarda definitiva das meninas ao pai, baseando a decisão no interesse superior delas. Nesse sentido, argumentou que a decisão de primeira instância (confirmada pela corte de apelação) não levou em conta a deterioração do ambiente no qual as meninas viviam desde a mudança da companheira da Sra. Atala, o que poderia torná-las vítimas de discriminação, por parte de terceiros. Além disso, o testemunho de indivíduos que trabalhavam na casa da Sra. Atala mencionava certa confusão, por parte das meninas, sobre a sexualidade da mãe. A Corte Suprema considerou, ainda, que a decisão da Sra. Atala de tornar explícita a sua orientação sexual demonstrou que seus interesses individuais eram preponderantes em relação aos interesses de suas filhas. Concluiu, por fim, que a situação da Sra. Atala representava um risco para o desenvolvimento delas, podendo causar a elas confusão sobre papéis sexuais. Em síntese, no entendimento da Corte Suprema, as meninas tinham direito a viver em uma família estruturada “normalmente” e apreciada no meio social, seguindo o modelo tradicional.

O caso foi noticiado em alguns meios de comunicação, que inclusive destacaram a orientação sexual da Sra. Atala e o suposto uso indevido de recursos do tribunal em que ela atuava como juíza. Durante o processo administrativo aberto para investigar essa acusação,

diversos colaboradores e colegas de trabalho da Sra. Atala foram indagados a respeito da sua orientação sexual. Essa informação foi mencionada expressamente no relatório final e na resolução da corte de apelações referente ao caso, o que acabou por expor aspectos da vida privada da Sra. Atala.

O caso foi levado ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em 2004 e julgado pela CtIDH oito anos depois.

3.3.3.1. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile: a fundamentação da CtIDH

Na sentença, a CtIDH pautou a sua argumentação no princípio da igualdade e no direito à não-discriminação. Nesse sentido, ela destacou que a noção de igualdade decorre diretamente da unidade do gênero humano e é inseparável da dignidade intrínseca às pessoas. Na concepção da CtIDH, essas noções são incompatíveis com situações nas quais um determinado grupo de indivíduos é tratado com privilégio, por ser considerado superior, ou com hostilidade e/ou negação de direitos, por ser considerado inferior. O direito internacional já evoluiu nessa matéria a ponto de tornar o princípio da igualdade e o direito à não-discriminação, integrantes do *ius cogens*, núcleo duro do sistema jurídico internacional.

Em decorrência disso, a Corte assinalou que os Estados não devem tomar medidas que, de maneira direta ou indireta, sejam dirigidas à criação de situações de discriminação. Além disso, estão obrigados a adotar medidas destinadas a reverter situações discriminatórias presentes em suas sociedades, as quais prejudiquem grupos específicos de pessoas. Deste modo, a Corte entende que os Estados têm o dever não apenas de não-discriminar, mas também a obrigação de agir ativamente na proteção de grupos discriminados por particulares³⁷⁶.

Muito embora o Artigo 1.1 da Convenção Americana não proíba expressamente a discriminação por motivo de orientação sexual – ou identidade de gênero –, a sentença da Corte destaca que:

“91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e garantia estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da Convenção mencionada, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as Resoluções da Assembleia General da OEA, os

³⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 239. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. parágrafo 80.

parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia e pelos organismos das Nações Unidas [por exemplo, a Declaração sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero] (...), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são características protegidas pela Convenção. Por isso está vetada pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa. Em consequência disso, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, pode diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.

92. No que diz respeito ao argumento do Estado de que para a data de julgamento da Corte Suprema [do Chile] não havia um consenso a respeito da orientação sexual como categoria proibida de discriminação, a Corte [Interamericana] ressalta que a falta presumida de um consenso em alguns países sobre o pleno respeito aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado como um argumento válido para negar ou restringir a elas seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que estas minorias têm sofrido.

[...]

93. Um direito reconhecido às pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém em nenhuma circunstância com base em sua orientação sexual. Isso violaria o artigo 1.1 da Convenção Americana. O instrumento interamericano veta a discriminação em geral, incluindo a discriminação por características como a da orientação sexual, que não pode servir de argumento para negar ou restringir ninguém dos direitos estabelecidos na Convenção.”³⁷⁷

A CtIDH destacou, assim, que o direito à não-discriminação, consagrado no âmbito do art. 1.1 da Convenção Americana, é igualmente aplicável às minorias sexuais, vetando a discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Impende ressaltar, ainda, que o alcance do direito à não-discriminação pela orientação sexual “não se limita à condição de ser homossexual, em si mesma, mas também inclui a sua expressão e as consequências necessárias para o projeto de vida das pessoas”³⁷⁸. Adicionalmente, os Estados estão obrigados a adotar as medidas que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos estabelecidos na Convenção Americana, devendo “enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias, com o fim de evitar a exclusão ou a negação de uma determinada condição”³⁷⁹.

Aplicando o dispositivo em questão à realidade do Caso Atala Riffo Vs. Chile, a CtIDH assinalou que os argumentos³⁸⁰ apresentados pela Corte chilena e a linguagem empregada atestam um vínculo entre a fundamentação da sentença e o fato de que a Sra. Atala estava envolvida afetivamente com uma pessoa do mesmo sexo, o que indica que sua orientação sexual teve relevância considerável para o desfecho do julgamento. A Corte foi além, apontando que a argumentação em torno do interesse superior da criança não pode ser

³⁷⁷ Tradução livre. Ibid. parágrafos 91 e 93.

³⁷⁸ Ibid. parágrafo 133.

³⁷⁹ Tradução livre. Ibid. parágrafo 119.

³⁸⁰ Ibid. parágrafo 97. Os argumentos da Suprema Corte de Justiça do Chile foram mencionados na introdução do caso.

utilizada para amparar a discriminação contra um dos pais por motivo de orientação sexual sem que se prove, concretamente, os riscos ou danos que essa orientação sexual representa para o desenvolvimento da criança.

Nesse sentido, uma decisão que parte de presunções sem fundamento e estereotipadas sobre a capacidade e a idoneidade parental de garantir e promover o bem-estar e o desenvolvimento do filho não é adequada para assegurar o interesse superior da criança. Logo, a CtIDH considerou inadmissíveis as presunções de impacto negativo no desenvolvimento das filhas da Sra. Atala que a Corte Suprema do Chile estabeleceu, pautando-se em estereótipos vinculados à orientação sexual – nas pré-concepções acerca das características e condutas dos homossexuais³⁸¹.

Dessa forma, a Corte condenou o Chile pela decisão judicial discriminatória a que foi submetida a Sra. Atala e também pelo processo administrativo instaurado por autoridades chilenas para averiguar o desempenho profissional da juíza. No entender da CtIDH, os atos mencionados acima afrontaram o direito à igualdade previsto no art. 24 da Convenção Americana em conexão com o art. 1.1 do mesmo instrumento internacional. Além disso, o tratamento discriminatório dispensado à Sra. Atala repercutiu sobre suas filhas, pois constituiu fundamento para a decisão que as retirou do convívio com a mãe. Assim, a Corte considerou que o Chile também violou os dispositivos supramencionados em relação às filhas da Sra. Atala.

Muito embora não verse diretamente sobre discurso de ódio homofóbico, a decisão da CtIDH constitui importante precedente, acenando positivamente à regulação dessa forma de discurso. Isso porque ressalta a obrigação dos Estados parte da Convenção Americana de tomar todas as medidas necessárias para combater manifestações intolerantes e discriminatórias, colocando termo à marginalização das minorias sexuais. Deste modo, posiciona claramente a jurisprudência do mais importante órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos contra a discriminação homofóbica. Com a apresentação da Convenção Interamericana contra todas as Formas de Discriminação e Intolerância, esse compromisso do sistema interamericano foi afirmado mais claramente.

³⁸¹ Ibid. parágrafo 111.

3.3.4. A Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância

No dia 5 de junho de 2013, a Assembleia Geral da OEA adotou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância (**Convenção A-68**) e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (**Convenção A-69**). A adoção dessas Convenções representou o desfecho de processo iniciado em idos do ano 2000 por Estados-membros da OEA. Na época, a Assembleia Geral solicitou a outro órgão da Organização, um estudo avaliando a necessidade de elaboração de projeto de convenção destinada a prevenir, sancionar e erradicar o racismo e outras formas de discriminação e intolerância.

A Convenção A-68 reafirma, atualiza e aperfeiçoa algumas noções já consagradas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial das Nações Unidas de 1965, consolidando e adaptando às Américas os parâmetros de aplicação do princípio da igualdade e do direito à não-discriminação. A Convenção A-69, por outro lado, é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante que condena a discriminação pautada em diversas características, inclusive na orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

No art. 1.1, a Convenção A-69 estabelece o conceito de discriminação, tido por:

“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou prejudicar o igual reconhecimento, gozo ou exercício de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagradas nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados-membros”.³⁸²

Além de estabelecer um conceito de discriminação amplo, a Convenção A-69 apresenta, no mesmo dispositivo, uma extensa lista de características que podem estar por trás de atos discriminatórios, chamando a atenção para uma série de grupos vulneráveis, inclusive as minorias sexuais:

³⁸² Os trechos da Convenção A-69 em destaque foram traduzidos livremente da versão oficial, em inglês: “Discrimination shall mean any distinction, exclusion, restriction, or preference, in any area of public or private life, the purpose or effect of which is to nullify or curtail the equal recognition, enjoyment, or exercise of one or more human rights and fundamental freedoms enshrined in the international instruments applicable to the States Parties”.

“A discriminação pode ser baseada na nacionalidade; idade; sexo; orientação sexual; identidade e expressão de gênero; idioma; religião; identidade cultural; opiniões políticas ou opiniões de qualquer natureza; origem social; status socioeconômico; nível de instrução; status de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou descolado interno; deficiência; característica genética; condição de saúde mental ou física, incluindo condição infecto-contagiosa e psicologicamente debilitante; ou qualquer outra condição”³⁸³ (grifou-se)

Para assegurar o respeito ao direito à não-discriminação, a Convenção A-69 determina, em seu art. 4º, a obrigação dos Estados signatários de “prevenir, eliminar, proibir e punir”, de acordo com as suas normas constitucionais e dispositivos da própria Convenção A-69, todos os atos e manifestações de discriminação e intolerância, inclusive:

“ii. A publicação, circulação ou disseminação, através de qualquer forma ou meio de comunicação, incluindo a Internet, de qualquer material que: a. defenda, promova ou incite ao ódio, discriminação e intolerância; b. tolerar, justificar ou defender atos que constituam ou tenham constituído genocídio ou crimes contra a humanidade como definidos no direito internacional, ou que incitem a prática desses atos”³⁸⁴ (grifou-se)

Como é possível depreender da leitura do excerto acima, a Convenção A-69 impõe aos Estados signatários a regulação do discurso de ódio, inclusive tornando obrigatória a sua proibição e punição – ainda que não estabeleça o formato que essa punição deva tomar. Essa obrigação dos Estados fica mais clara no art. 7º:

“Os Estados-membros se comprometem a adotar legislação que defina claramente e proíba a discriminação e a intolerância, e que seja aplicável a todas as autoridades públicas, bem como a todos os indivíduos, pessoas jurídicas ou físicas, tanto no setor público quanto no privado, particularmente nas áreas do trabalho; da participação em organizações profissionais; da educação; da formação; da moradia; da saúde; da proteção social; do exercício de atividade econômica; do acesso a serviços públicos e outras áreas; e a revogar ou emendar qualquer legislação que constitua ou produza discriminação e intolerância”³⁸⁵ (grifou-se)

³⁸³ Tradução livre: “Discrimination may be based on nationality; age; sex; sexual orientation; gender identity and expression; language; religion; cultural identity; political opinions or opinions of any kind; social origin; socioeconomic status; educational level; migrant, refugee, repatriate, stateless or internally displaced status; disability; genetic trait; mental or physical health condition, including infectious-contagious condition and debilitating psychological condition; or any other condition”.

³⁸⁴ Tradução livre: “ii. Publication, circulation or dissemination, by any form and/or means of communication, including the Internet, of any materials that: a. advocate, promote, or incite hatred, discrimination, and intolerance; b. condone, justify, or defend acts that constitute or have constituted genocide or crimes against humanity as defined in international law, or promote or incite the commission of such acts”.

³⁸⁵ Tradução livre: “The States Parties undertake to adopt legislation that clearly defines and prohibits discrimination and intolerance, applicable to all public authorities as well as to all individuals or natural and legal persons, both in the public and in the private sectors, particularly in the areas of employment; participation in professional organizations; education; training; housing; health; social protection; exercise of economic activity; access to public services and other areas; and to repeal or amend any legislation that constitutes or produces discrimination and intolerance”.

Deste modo, a Convenção A-69 impõe aos Estados signatários o compromisso de aprovar legislação específica definindo o conteúdo jurídico da discriminação e proibindo a sua manifestação, inclusive por meio do discurso de ódio. Para fiscalizar a implementação desse compromisso – bem como de todos os outros estabelecidos pela Convenção A-69 – o instrumento internacional prevê, no art. 15, a possibilidade de peticionamento à CmIDH e, nos casos em que o Estado signatário reconhecer a jurisdição da CtIDH³⁸⁶, de julgamento pela Corte. O mesmo dispositivo prevê, ainda, no inciso v, a criação de um Comitê que auxiliará nessa fiscalização, funcionando como uma espécie de “fórum para troca de ideias e experiências, bem como para examinar o progresso dos Estados-Membros na implementação da Convenção [A-69]”.

É importante ressaltar que a Convenção A-69 já foi assinada por seis Estados (Argentina, Brasil, Equador, Haiti, Panamá e Uruguai), mas entrará em vigor apenas no trigésimo dia subsequente ao depósito do segundo instrumento de ratificação ou acessão na Secretaria-Geral da OEA.

Muito embora a adoção das Convenções A-68 e A-69 representem passo importante rumo à eliminação da discriminação no continente americano, a segmentação do assunto em dois instrumentos diferentes demonstra a dificuldade de se conferir um tratamento uniforme à todas as formas de discriminação nas Américas.

Inicialmente, a Assembleia Geral da OEA solicitou a preparação de uma minuta de convenção que tratasse, conjuntamente, de todas as formas de discriminação e intolerância, o que incluía o racismo. Com o aumento do escopo da convenção, que passou a vetar expressamente a discriminação com base em uma lista extensa de motivos, alguns países votaram pelo seu desmembramento em duas. Esses países afirmaram encontrar dificuldades logísticas de implementação de uma convenção tão ampla, o que inclui a situação de certos países da América Central e do Caribe que não chegaram a um consenso sobre como lidar com o combate à homofobia – em alguns países da região, a relação sexual consentida entre adultos do mesmo sexo permanece tipificada como delito³⁸⁷.

³⁸⁶ O art. 15, iii, estabelece que todos os Estados signatários, ao depositar seu instrumento de ratificação ou acessão à Convenção A-69, podem reconhecer a jurisdição da CtIDH “para as questões que envolvam a interpretação ou aplicação” do diploma internacional em questão. Nesse caso, serão aplicadas as regras procedimentais da Convenção Americana e também os Estatutos e Regras Procedimentais da Corte.

³⁸⁷ RAOOF, Awaz. *The Inter-American Anti-Discrimination Conventions and the Concealed Challenges Ahead*. **Oxford Human Rights Hub**, Oxford, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/?p=2134>>. Acesso em: 13 out 2014.

Em decorrência dessa divisão, os Estados-Membros da OEA podem aderir à Convenção A-68, de escopo mais limitado, sem aderir à Convenção A-69, o que inviabiliza o combate da discriminação em todas as suas formas por meio do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Além disso, a perspectiva de sucesso da Convenção A-69 encontra-se em risco face à atitude de Estados de peso político no continente americano, como Canadá e EUA, que já se opuseram ao instrumento, afirmando que essa nova convenção pode sobrecarregar o sistema interamericano e ser incompatível com outros direitos humanos, como a liberdade de opinião, crença e expressão³⁸⁸.

3.3.5. Conclusão: o combate ao discurso de ódio homofóbico perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

Tendo em vista o pronunciamento da CtIDH no Caso Atala Riffo Vs. Chile, bem como o texto da Convenção A-69, é possível concluir que o sistema interamericano atribui aos Estados signatários da Convenção Americana o dever de combater a discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero da(s) vítima(s). Para realizar essa tarefa, os Estados devem, inclusive, enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias contra as minorias sexuais. Para aqueles que ratificarem a Convenção A-69, esse dever está mais bem definido, o que não exime os Estados signatários apenas da Convenção Americana de adotar as medidas necessárias para assegurar o direito à não-discriminação – que consta, inclusive, do art. 1.1 do instrumento interamericano já em vigor.

Para tanto, os Estados devem, inclusive, combater o discurso de ódio homofóbico, observando os parâmetros da Corte Interamericana em matéria de limitações à liberdade de expressão. É possível dizer, assim, que os Estados têm uma dupla obrigação, no que respeita ao discurso de ódio homofóbico: o dever de combatê-lo e, simultaneamente, de respeitar o alcance de proteção da liberdade de expressão afirmado na jurisprudência da Corte. Nesse sentido é uma obrigação similar àquela existente para os Estados europeus, no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. O que muda é, justamente, o alcance da proteção à liberdade de expressão nos dois sistemas.

De forma similar ao que acontece no sistema europeu, a CtIDH, ao analisar um caso de limitação à liberdade de expressão, verifica se tal limitação foi introduzida por lei clara e

³⁸⁸ Ibid.

precisa, orientada à consecução de objetivos legítimos – como a proteção dos direitos de terceiros – e é proporcional ao fim perseguido. Em ambas as análises, a limitação à liberdade de expressão deve ser “necessária em uma sociedade democrática” ou ao menos compatível com a democracia.

Algumas diretrizes para a “análise fina” dessa compatibilidade da limitação à liberdade de expressão com a democracia são igualmente similares nos dois sistemas: (i) os Estados dispõem de pouca margem para regular o discurso que acontece no espaço público, que verse sobre matérias de interesse público – principalmente opiniões políticas – e/ou que envolva pessoas públicas; por outro lado (ii) os Estados têm maior liberdade para regular o discurso em espaços como as escolas, os locais de trabalho e os tribunais; (iii) o fato de um discurso ofender ou chocar não significa que ele deva, necessariamente, ser restringido, já que é a intenção por trás dele e o potencial de causar efeitos negativos que devem ser levados em conta; e (iv) não é necessário comprovar uma relação direta entre a expressão de ódio e a causa de danos concretos, bastando que se constate, indubitavelmente, o seu potencial de dano.

No entanto, existem algumas diferenças na análise da convencionalidade das limitações à liberdade de expressão nos dois sistemas. O art. 13.5 da Convenção Americana determina a proibição do discurso de ódio unicamente vinculado à incitação de “violência ilegal” ou outras formas similares de ação³⁸⁹. Essa disposição tem sido atribuída à influência da delegação estadunidense nas negociações para a redação da Convenção Americana. A ideia era tornar o seu texto compatível com a interpretação da Primeira Emenda Constitucional estadunidense realizada pela Suprema Corte do país no caso *Brandenburg Vs. Ohio*. Desta forma, no âmbito da Convenção Americana a propagação do ódio deve configurar uma “incitação” ao cometimento de atos violentos³⁹⁰. Portanto, o discurso discriminatório que não incitar diretamente à violência contra grupos específicos não está banido pela Convenção Americana – ao menos com base na versão em inglês do documento internacional.

³⁸⁹ É importante ressaltar que a versão em português do art. 13.5 da Convenção Americana tem redação diferente nesse ponto, não limitando a proibição do discurso de ódio à incitação à violência ilegal: “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (grifou-se).

³⁹⁰ BERTONI, Eduardo; RIVERA JR., Julio. op. cit. p. 508 e seguintes.

Assim sendo, muito embora as decisões envolvendo a limitação da liberdade de expressão no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos possam indicar as bases para a regulação do discurso de ódio nas Américas, nem todo caso em que a Corte Europeia julgar possível uma intervenção estatal para restringir essa liberdade com a finalidade de combater o discurso de ódio, a Corte Interamericana irá fazê-lo. Comparativamente, a Convenção Americana foi redigida para reduzir ao mínimo as restrições à liberdade de expressão, como se pode depreender da leitura da versão em inglês do art. 13.5. É interessante destacar, contudo, a possibilidade de o texto da Convenção A-69 influenciar a interpretação do art. 13.5 da Convenção Americana, aproximando-o da prática do sistema europeu³⁹¹.

³⁹¹ Conforme mencionado anteriormente, o art. 4º da Convenção A-69 estabelece que os Estados parte se comprometem a agir na “prevenção, eliminação, proibição e sanção” da “publicação, circulação ou disseminação” de material que “defenda, promova ou incite ao ódio, discriminação e intolerância”. Essa disposição é muito mais ampla que a versão em inglês do art. 13.5 da Convenção Americana, o qual exige a incitação à violência para permitir a restrição à liberdade de expressão com a finalidade de combater o discurso de ódio. Para compatibilizar os dois diplomas interamericanos nessa questão, possivelmente a Corte Interamericana ampliará o sentido do art. 13.5, deixando de exigir a “incitação à violência” como requisito para julgar compatível eventual restrição à liberdade de expressão com a Convenção Americana.

4. O TRATAMENTO DO DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MINORIAS SEXUAIS NO BRASIL

Analizadas as soluções propostas pelo direito internacional e comparado para a regulação do discurso – com ênfase no discurso de ódio homofóbico – é preciso verificar as medidas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de combater o racismo para, levando em conta a realidade local, propor soluções à discriminação homofóbica.

Deste modo, o Capítulo 4 volta-se à análise, do ponto de vista legal, do conflito entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio a partir da realidade brasileira. Assim, o texto da presente seção percorrerá a legislação nacional em matéria de racismo, o caso Ellwanger, os mecanismos existentes de combate ao discurso de ódio homofóbico, as propostas de regulação dessa forma de discurso, bem como as medidas complementares à criminalização da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.

O objetivo será apresentar, ao fim, resposta à seguinte indagação: que tipo de intervenção o Estado brasileiro deverá adotar para coibir o discurso de ódio homofóbico?

4.1. Os limites da liberdade de expressão no Brasil e o discurso de ódio racial

De modo a consagrar a igualdade como um dos alicerces axiológicos da democracia brasileira, a Constituição Federal de 1988 introduziu, em meio aos objetivos fundamentais da República listados no art. 3º, a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Para reforçar ainda mais o seu compromisso com o princípio da igualdade e o direito à não-discriminação, o legislador constituinte originário destacou, no *caput* do art. 5º, que:

“[t]odos 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”

Muito embora os dispositivos mencionados acima evidenciem, à primeira vista, a total incompatibilidade do regime democrático brasileiro com qualquer forma de

discriminação, o racismo foi especialmente repudiado pela ordem constitucional pós 1988: como forma de reconhecer o histórico de violência e segregação a que foi submetida a população negra desde os primórdios da história do Brasil e fazer frente à discriminação de natureza racista que ainda permeia a sociedade brasileira, o legislador constituinte originário inseriu mandado de criminalização do racismo no texto constitucional:

Art. 5º, XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Além de impor a criminalização do racismo ao legislador infraconstitucional, o dispositivo supramencionado prevê a inafiançabilidade – a impossibilidade de recorrer ao pagamento de fiança para responder ao processo em liberdade – e a imprescritibilidade desse delito, i.e., a manutenção perpétua do poder do Estado para punir um indivíduo que incorrer em conduta racista, mesmo quando o exercício da pretensão punitiva levar anos ou décadas.

Se a vedação à fiança já é aplicada a um rol restrito de delitos³⁹², a imprescritibilidade é absoluta exceção à regra geral segundo a qual todas as infrações penais estão sujeitas a prazos prescricionais: além do racismo, apenas a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático também é considerada crime imprescritível (art. 5º, XLIV da CF). Resumidamente, pode-se afirmar que a prescricibilidade dos delitos funciona como uma espécie de garantia do acusado ou condenado de não se ver indefinidamente submetido ao aparelho repressivo do Estado. Assim, a imprescritibilidade de determinado delito implica grande insegurança jurídica, pendendo sobre o infrator ameaça permanente de punição. Portanto, ao prever a imprescritibilidade do crime de racismo, a Constituição estabeleceu como prioridade o combate à discriminação de natureza racial.

Com a finalidade de regular o art. 5º, inciso LXII da CF, foi aprovada a Lei 7.716/1989, a qual define os crimes que resultam da discriminação com base em raça, cor de pele, etnicidade, religião ou origem nacional. Dentre as diversas condutas tipificadas pela em lei questão, encontra-se a disseminação de discurso de ódio, no art. 20:

“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.

³⁹² O art. 323 do Código de Processo Civil estabelece que “não será concedida fiança: I - nos crimes de racismo; II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

§ 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

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido”³⁹³

Assim, o dispositivo em questão prescreveu como delito a prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Como é possível notar, a conduta tipificado pelo art. 20 é consideravelmente ampla, abarcando os núcleos “praticar [discriminação]” – i.e., promover qualquer tipo de distinção, exclusão, restrição ou preferência, agindo na marginalização de um grupo específico de pessoas – “induzir [discriminação ou preconceito]” – conduzir, inspirar, incutir práticas discriminatórias por parte de outras pessoas ou incutir o preconceito nessas pessoas em relação a determinado grupo social – e “incitar [discriminação ou preconceito]” – provocar, estimular, impelir outras pessoas, já inclinadas a discriminar um determinado grupo de indivíduos, a fazê-lo. Contudo, o delito ocorre apenas quando a prática, indução ou incitação a discriminação ou preconceito tiver motivação racial, étnica, religiosa ou de nacionalidade – não sendo aplicável, *a priori*, para coibir discriminação de gênero ou de orientação sexual, por exemplo.

Nos parágrafos 1º e 2º, o art. 20 destaca formas de discurso especialmente reprováveis, tendo em vista o seu objetivo de agir na disseminação do ódio na sociedade brasileira – o que se pode evidenciar do uso das expressões “divulgação” e “intermédio dos meios de comunicação social ou publicação”. Já o parágrafos 3º e 4º destacam medidas adicionais, a serem tomadas pelo juiz com a finalidade de conter a disseminação do discurso, de modo a minimizar o seu potencial de dano para a sociedade brasileira e para o grupo visado pela manifestação de ódio.

³⁹³ A atual redação do art. 20 da Lei 7.716/89 foi dada pelas Leis Nº 9.459, de 13 de maio de 1997, Nº 12.288, de 20 de julho de 2010 e Nº 12.735, de 30 de novembro de 2012.

O art. 20 da Lei 7.716/89 já foi objeto de decisão do STF no caso Ellwanger, o precedente de maior repercussão envolvendo discurso de ódio já decidido pela Corte, a ser analisado na sequência.

4.1.1. O caso Ellwanger

Julgado em 2003 pelo STF, o caso Ellwanger continua a ser o caso brasileiro de maior relevância em matéria de discurso de ódio, justamente por determinar o conteúdo jurídico do termo “racismo” – apontando, assim, quais grupos sociais têm a sua defesa contra o discurso de ódio fortalecida pela imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII da CF.

Em 2002, Siegfried Ellwanger Castan levou seu caso via *habeas corpus* (HC 82.424/RS) ao Supremo, depois de ter sido condenado a dois anos de reclusão, com suspensão condicional da pena pelo prazo de quatro anos, pelo incurso no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei Nº 8.081, de 21 de setembro de 1990. O crime foi cometido por Siegfried Ellwanger, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, por meio da edição, distribuição e venda ao público de obras de conteúdo antissemita de sua autoria (“Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”) e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros.

Em síntese, o *habeas corpus* impetrado por Siegfried Ellwanger pedia pelo reconhecimento da extinção da punibilidade, tendo em vista a prescrição da pretensão punitiva do Estado – a pena de dois anos de reclusão estaria prescrita, levando-se em conta o lapso temporal de quase cinco anos desde recebimento da denúncia. A imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII da CF não seria aplicável por ficar restrita ao crime de racismo, enquanto que o impetrante teria incorrido no delito de “discriminação contra os judeus”, sendo que “os judeus não são uma raça”³⁹⁴.

Em setembro de 2003, o STF, por 8 votos a 3, decidiu pela rejeição do pedido de *habeas corpus* formulado por Siegfried Ellwanger, confirmando a pena de dois anos de reclusão determinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) pela edição, distribuição e venda dos livros de conteúdo antissemita.

Na decisão, os Ministros do STF focaram em duas questões: (i) a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF deve ser aplicada também ao discurso de ódio contra judeus? e (ii)

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC 82.424-2 do Rio Grande do Sul. op. cit. Relatório do Min. Moreira Alves. p. 2.

como resolver o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais (igualdade e dignidade humana) subjacente ao caso? Vejamos quais os parâmetros que pautaram os votos dos Ministros:

(1) Moreira Alves:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Moreira Alves afirmou que:

- (i) o termo racismo deve ser interpretado restritivamente, em razão de a imprescritibilidade ser exceção em nosso ordenamento jurídico;
- (ii) ao atentar ao contexto histórico que resultou na inclusão do inciso XLII no art. 5º da CF, deve-se concluir que o sentido de “racismo” diz respeito apenas à discriminação contra negros, até porque “no Brasil não há perseguição a judeus, nem, evidentemente, qualquer resquício de Holocausto a inspirar o constituinte brasileiro para a inclusão na Constituição da imprescritibilidade do crime de racismo”³⁹⁵; e
- (iii) os judeus não podem ser considerados como uma raça.

Quanto ao conflito de direitos fundamentais, o Min. Moreira Alves não se pronunciou, por avaliar que uma eventual violação da liberdade de expressão de Siegfried Ellwanger não foi objeto do *habeas corpus* – que se limitou a contestar a imprescritibilidade da pena declarada pelo TJRS. Ao fim, concedeu a ordem, para afastar a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF, considerando que o impetrante não incorrera em racismo, mas em delito sujeito à prescrição – a discriminação contra os judeus.

(2) Carlos Ayres Britto:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Carlos Britto considerou que, à primeira vista, no contexto brasileiro, o racismo diz respeito à discriminação dos negros. Contudo,

³⁹⁵ Ibid. p. 13.

avaliou que grupos humanos, os quais se personalizem por características histórico-culturais inconfundíveis também podem ser vítimas de racismo – com a incidência do art. 5º, LXII da CF –, a exemplo dos judeus. No entanto, considerou que a conduta de Siegfried Ellwanger não poderia ser interpretada como “racismo”, já que a sua intenção era empreender um revisionismo histórico.

Quanto ao conflito de diretos fundamentais, o Min. Carlos Britto afirmou que “praticar o preconceito [...] é desrespeitar de forma imediata ou instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral”³⁹⁶. No entanto, entendeu que a condenação de Siegfried Ellwanger afrontava a liberdade de expressão, pois:

- (i) “publicar um livro está no plano da reflexão, não no plano da ação”³⁹⁷, devendo haver uma provocação, incitação, induzimento ou convocação para a ação propriamente dita, de modo a ocorrer o transbordamento da reflexão para a ação – a prática de racismo apenas pelo uso da palavra solapa a liberdade de manifestar o pensamento, assegurada no art. 5º, IV da CF³⁹⁸;
- (ii) o pluralismo político é um dos fundamentos da República (art. 1º, V da CF), podendo as pessoas, portanto, materializar suas convicções políticas, a exemplo do que fez o impetrante, que “laborou no campo da convicção política [...] porque seu livro [...] cuida de macro-relações jurídicas, travadas entre povos soberanos, governos soberanos e Estados soberanos”³⁹⁹;
- (iii) na visão do autor, o livro é uma pesquisa histórica, apesar de ter caráter ideológico – uma análise da Segunda Guerra Mundial, em uma perspectiva revisionista para reabilitar a imagem do povo alemão; e
- (iv) o impetrante, em seu livro, distingue o Sionismo do povo judeu como um todo, não falando em arianismo, superioridade racial alemã ou inferioridade racial judaica, acusando o judaísmo “de se irrogar um complexo de

³⁹⁶ Ibid. Voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 48.

³⁹⁷ Ibid. Notas para o Voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 2-3.

³⁹⁸ “[É] livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC 82.424-2 do Rio Grande do Sul. op. cit. Confirmação de voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 4.

superioridade”, ao invés de colocá-lo na “humilhante condição de sub-povo ou de sub-raça”⁴⁰⁰.

Ao fim, concedeu a ordem, para afastar a ocorrência do delito, considerando que o impetrante apenas utilizou-se de sua liberdade de expressão para apresentar sua convicção político-ideológica.

(3) Marco Aurélio:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Marco Aurélio afirmou que a previsão constitucional do art. 5º, XLII constitui exceção em nosso sistema jurídico, por resultar na limitação de garantias fundamentais, sendo aplicável apenas a crimes gravíssimos, como o genocídio, além de outros delitos internacionais previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, e a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5º, XLIV da CF). Assim, a imprescritibilidade do art. 5º, XLII deve ser interpretada restritivamente, para reprimir apenas a discriminação racial, o preconceito contra o negro, “dando tratamento aos problemas genuinamente brasileiros, dentro das nossas circunstâncias e segundo nossa história e cultura”⁴⁰¹.

Quanto ao conflito de direitos fundamentais, o Min. Marco Aurélio constatou a existência de uma colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu, sendo o primeiro considerado prerrogativa indispensável à democracia, por estabelecer ambiente no qual várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, viabilizando o processo de formação do pensamento da comunidade política. Entendeu, assim, que a condenação de Siegfried Ellwanger afrontava a liberdade de expressão, pois:

- (i) só é possível impor restrições à liberdade de manifestação do pensamento quanto à forma de sua expressão⁴⁰², não se podendo limitar conteúdos, já que isso sempre ocorrerá a partir da visão da maioria, da ideologia dominante;

⁴⁰⁰ Ibid. Voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 66-68.

⁴⁰¹ Ibid. p. 61.

⁴⁰² Para dar maior concretude a esse argumento, o Min. Marco Aurélio diferencia duas condutas: a publicação do material da forma como realizadas por Siegfried Ellwanger (em formato de livro que empreende um revisionismo histórico) e a distribuição de panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres como “morte aos judeus”, “vamos expulsar esses judeus do país”. Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 26.

- (ii) ainda que a liberdade de expressão não seja absoluta⁴⁰³, eventuais restrições a ela não podem ser pautadas somente em expectativas abstratas ou receios pessoais dissociados de um exame que contextualize manifestações de ódio na sociedade brasileira. Assim, no entendimento do Min. Marco Aurélio, é preciso avaliar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está, de fato, correndo perigo, tratando-se de ameaça grave o suficiente a ponto de justificar a limitação da liberdade de expressão ou se se trata apenas de receio subjetivo. No caso em questão, isso significa avaliar se a sociedade brasileira está predisposta a discriminar os judeus – avaliação para a qual o Min. Marco Aurélio respondeu negativamente, tendo em vista a histórica ausência de inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma significativa, o antissemitismo. Essa avaliação teria outro resultado, caso a conduta discriminatória de Siegfried Ellwanger fosse dirigida a outros grupos sociais historicamente estigmatizados no Brasil, como o negro, o índio e o nordestino⁴⁰⁴; e
- (iii) o livro não afirma a superioridade da raça alemã sobre a “raça” judia, não havendo manifestação a induzir o preconceito, o que ocorreria caso a divulgação da ideologia do autor fosse realizada de forma violenta ou com riscos de propagação, tornando-se um pensamento disseminado na sociedade brasileira. Segundo o Min. Marco Aurélio, o livro de Siegfried Ellwanger não pode ser caracterizado como um “manifesto retórico de incitação de violência”, pela linguagem empregada.

Ao fim, o Min. Marco Aurélio concedeu a ordem para afastar a incidência da imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF, considerando que apenas o racismo contra os negros, por ser enraizado na sociedade brasileira, faria jus à proteção constitucional extrema introduzida pelo dispositivo supramencionado.

⁴⁰³ Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio afirma que “nosso sistema constitucional não identifica, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente”. Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 27-28.

⁴⁰⁴ Ibid. p. 36.

(4) Maurício Corrêa:

O Min. Maurício Corrêa destacou que, muito embora do ponto de vista científico não existam subdivisões da raça humana, o racismo permanece como fenômeno social, tendo os judeus sofrido um processo de “racialização” por parte do nazismo. Assim, para efeitos de configuração de uma “raça”, basta que o agressor acredite na existência de raças e discrimine determinado grupo social com base nessa crença. Deste modo, o Ministro considerou que a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF é aplicável à discriminação dirigida aos judeus.

Quanto ao conflito de direitos fundamentais, o Min. Maurício Corrêa entendeu que, no caso, prevalecia o princípio da igualdade, tendo em vista a necessidade de se combater o racismo e, com ele, a “convicção de que há hierarquia entre grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação [...] e até a eliminação de pessoas”⁴⁰⁵. O Ministro apoiou seu voto no fato de:

- (i) o nazismo ser, historicamente, uma doutrina que prega a supremacia de um povo sobre outro, com consequências trágicas;
- (ii) o revisionismo dar contornos menos óbvios à defesa da doutrina nazista, representado, na realidade, a alteração de fatos históricos incontroversos e, portanto, possuindo potencial para reacender a chama do ideal nazista; e
- (iii) a liberdade de expressão ser passível de limitação (art. 5º, §2º da CF)⁴⁰⁶, devendo, no caso em questão, preponderarem os direitos da parcela da sociedade atacada com a publicação dos livros, “sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco”⁴⁰⁷.

Ao fim, o Min. Maurício Corrêa negou a ordem, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

⁴⁰⁵ Ibid. Voto do Min. Maurício Corrêa. p. 37.

⁴⁰⁶ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴⁰⁷ Ibid. Voto do Min. Maurício Corrêa. p. 31.

(5) Celso de Mello:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Celso de Mello entendeu que o termo “racismo” não pode ser definido apenas do ponto de vista antropológico ou biológico, mas também cultural e sociológico, sendo igualmente aplicável à discriminação sofrida pelos judeus.

Quanto à existência de um conflito de direitos fundamentais, o Min. Celso de Mello afirmou que a incitação ao ódio público contra o judeus – manifestação de natureza criminosa – não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, porque:

- (i) a publicação extravasa o limite da indagação científica e da pesquisa histórica ao estimular a intolerância contra os judeus, o que contraria os postulados da igualdade e da dignidade pessoal – limitações externas à liberdade de expressão –, configurando abuso dessa prerrogativa e, portanto, autorizando a intervenção do Estado;
- (ii) conceder o pedido apresentado no *habeas corpus* significaria diminuir o grau de proteção que o direito interno – e também o direito internacional – dispensa “aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade”⁴⁰⁸, sendo os judeus reconhecidos como tal pela comunidade internacional (entendimento consolidado em 1998 por meio da Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU sobre antissemitismo); e
- (iii) razões de relevante interesse público ou exigências oriundas do princípio de convivência das liberdades justificam, de forma excepcional, a implementação de medidas que limitem prerrogativas individuais e coletivas, observados os parâmetros fixados pela Constituição.

Ao fim, o Min. Celso de Mello negou a ordem, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

⁴⁰⁸ Ibid. Voto do Min. Celso de Mello. p. 22.

(6) Gilmar Mendes:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Gilmar Mendes também considerou o antissemitismo como forma de expressão do racismo, sobretudo em razão do ideal da “pureza de raça”, perseguido pelo nazismo. Julgou, assim, que a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF é igualmente aplicável à discriminação praticada contra os judeus.

Quanto à existência de um conflito de direitos fundamentais, o Min. Gilmar Mendes avaliou que, no caso, a discriminação de natureza antissemita resultou em abuso da liberdade de expressão, pois:

- (i) comprometeu a ideia de igualdade política entre judeus e demais grupos sociais, tão importante para a democracia quanto a liberdade de expressão;
- (ii) um livro pode ser empregado como instrumento para disseminar a discriminação racial, a exemplo do que já decidiram cortes europeias em matéria de Holocausto. No caso em questão, o livro publicado por Siegfried Ellwanger responsabilizou o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade, fazendo óbvio proselitismo de ideias antijudaicas; e
- (iii) a aplicação do princípio da proporcionalidade, no caso presente, foi favorável à igualdade, em detrimento da liberdade de expressão: (a) adequação – a condenação do paciente alcançou o fim almejado, qual seja, “a salvaguarda de uma sociedade pluralista” (conforme dispositivos constitucionais afirmando a defesa da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III – do pluralismo político – art. 1º, V – e do racismo como crime imprescritível – art. 5º, XLII; (b) necessidade – ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para alcançar o fim almejado, mencionado em “a”; e (c) proporcionalidade em sentido estrito – proporção entre o objetivo perseguido – a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista – e o ônus imposto à liberdade de expressão.

Ao fim, o Min. Gilmar Mendes negou a ordem, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

(7) Carlos Velloso:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Carlos Velloso assinalou que a classificação dos humanos em “raças” ocorreu por razões culturais e sociológicas, não havendo um conceito biológico de “raça”. Portanto, o tratamento discriminatório, hostil ou preconceituoso em relação a qualquer grupo humano oriundo desse processo de diferenciação configura racismo, para os fins do art. 5º, XLII da CF. Logo, a conduta de Siegfried Ellwanger no sentido de escrever e publicar livro hostil aos judeus implica prática de racismo.

Quanto à existência de um conflito de direitos fundamentais, o Min. Carlos Velloso destacou que a incitação ao ódio contra os judeus não está protegida pela liberdade de expressão, porque:

- (i) as publicações não se encontram no campo estritamente científico, mas adquirem caráter panfletário, estimulando a intolerância ao preconizar tratamento hostil à comunidade judaica; e
- (ii) a igualdade e a dignidade da pessoa humana constituem limitações externas à liberdade de expressão que, no caso em questão, foi exercida de forma abusiva, atentando contra a dignidade dos judeus.

Ao fim, o Min. Carlos Velloso negou a ordem, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

(8) Nelson Jobim:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Nelson Jobim afirmou que o art. 5º, XLII da CF não teria aplicabilidade, caso o termo “racismo” fosse concebido do ponto de vista puramente biológico, já que, a partir desse critério, não existem “sub-raças” humanas, mas apenas a raça humana. Ademais, o antissemitismo, por meio do nazismo e da defesa da

superioridade da “raça ariana”, tornou-se uma doutrina racista, o que justifica a incidência da imprescritibilidade prevista na Constituição para delitos de discriminação dirigidos a judeus. Nesse sentido, a “raça negra” teria sido tomada apenas de forma exemplificativa pela Assembleia Constituinte, em razão das raízes históricas da sociedade brasileira, o que não significa que a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF não proteja outras coletividades.

Quanto à existência de um conflito de diretos fundamentais, o Min. Nelson Jobim assinalou que, muito embora a liberdade de expressão seja pressuposto e instrumento para o debate democrático, no caso deve preponderar a igualdade, pois:

- (i) a democracia, ainda que seja regida pelo princípio da maioria, não pode perder de vista o respeito às minorias, consubstanciado no princípio da igualdade;
- (ii) as opiniões estribadas no preconceito e no ódio racial não trazem nenhuma contribuição para o debate inerente às deliberações democráticas;
- (iii) as manifestações que visam à disseminação do ódio contra judeus, negros e homossexuais, devem ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva, já que essa forma de ódio causa lesão à afirmação da igualdade, impondo condutas anti-igualitárias de extermínio e intencionando a destruição do debate democrático; e
- (iv) o livro pode ser um veículo para a produção e a disseminação do racismo, o que ocorreu no caso em tela, dado que a sua publicação não ocorreu por motivos históricos.

Ao fim, o Min. Nelson Jobim negou a ordem, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

(9) Ellen Gracie:

Em relação à imprescritibilidade, a Min. Ellen Gracie ressaltou que a divisão da humanidade em raças não encontra respaldo em teorias científicas, mas prevalece como fenômeno social. Assim, o preconceito de raça a que se refere a Constituição não tem relação

com critérios científicos, mas na percepção do outro como diferente e inferior, afrontando seu direito fundamental à igualdade. Esse também é o caso do antissemitismo.

Quanto à existência de um conflito de diretos fundamentais, a Min. Ellen Gracie não fez quaisquer considerações. Ao fim, negou o pedido de *habeas corpus*, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

(10) Cezar Peluso:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Cezar Peluso considerou que o objetivo da norma constitucional é “resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem”⁴⁰⁹, como vítimas em potencial da ideologia racista e, portanto, de manifestações concretas de discriminação e violência. Desde modo, conclui que o conceito de “racismo” presente na Constituição não deve ser interpretado de forma restritiva, sendo igualmente aplicável à discriminação de natureza antissemita — reconhecendo, consequentemente, a imprescritibilidade do delito cometido por Siegfried Ellwanger.

Quanto à existência de um conflito de diretos fundamentais, o Min. Cezar Peluso avaliou que a publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica instiga e reforça preconceitos e ódios históricos, o que transpõe os limites da liberdade de expressão. Assim, negou o pedido de *habeas corpus*, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

(11) Sepúlveda Pertence:

Em relação à imprescritibilidade, o Min. Sepúlveda Pertence destacou que a prática de racismo, nos termos do art. 5º, XLII da CF, deve abarcar a discriminação contra qualquer grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo de estigmatização. Logo, a discriminação antissemita configura racismo.

Quanto à existência de um conflito de diretos fundamentais, o Min. Sepúlveda Pertence assinalou que livros podem ser instrumentos de crime de instigação ou induzimento, a exemplo do material produzido por Siegfried Ellwanger, que não pode ser

⁴⁰⁹ Ibid. Voto do Min. Cezar Peluso. p. 3.

interpretado como tentativa séria de revisão histórica. Deste modo, também negou o pedido de *habeas corpus*, confirmando a condenação imposta pelo TJRS a Siegfried Ellwanger.

Em síntese, a decisão do STF confirmou a limitação à liberdade de expressão imposta a Siegfried Ellwanger pelo TJRS, reconhecendo que este direito não é absoluto, sendo passível de restrições quando confrontar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, consubstanciados na vedação constitucional e infraconstitucional ao racismo. Em outras palavras, a ideia da inferioridade de algumas “raças” – grupos humanos titulares de características histórico-culturais inconfundíveis, nos termos empregados pelo acórdão – viola a noção de dignidade humana e, sobretudo, afronta a igualdade política que, tal qual a liberdade de expressão, é um dos pilares que sustentam a democracia. Nesse sentido, a maioria dos Ministros identificou os judeus como grupo minoritário e, portanto, potencialmente vítima de racismo, para fins da incidência da imprescritibilidade estabelecida no art. 5º, XLII da CF.

É importante notar, contudo, que os Ministros pautaram seus votos em argumentos diferentes e, mesmo quando fizeram menção a parâmetros similares para solucionar o conflito entre a liberdade de expressão e o princípio da igualdade⁴¹⁰, apresentaram visões divergentes acerca da sua incidência no caso concreto. Assim, enquanto o Min. Carlos Britto atribuiu grande importância ao fato de a publicação de Siegfried Ellwanger ter pretensões científicas – conclusão a que chegou ao analisar o tom do livro e o estilo do autor –, a maior parte dos demais Ministros considerou no mínimo inviáveis as pretensões científicas de Siegfried Ellwanger, haja vista a impossibilidade de negar o Holocausto, do ponto de vista histórico. Ou seja, a análise do mesmo material conduziu a conclusões diferentes acerca dos limites da liberdade de expressão tendo em vista a intenção pretensamente científica de Siegfried Ellwanger.

Outros parâmetros suscitados – ainda que não necessariamente abordados por todos os votos – podem ser elencados: (i) quanto maior o nível de incitação ao ódio e à violência física provocado pela publicação, maior a legitimidade do Estado para impor restrições à liberdade de expressão⁴¹¹; (ii) manifestações de natureza política – imbuídas, naturalmente,

⁴¹⁰ No caso, expresso por meio do direito à não-discriminação, ainda que a maior parte dos Ministros não tenha empregado expressamente o termo.

⁴¹¹ O Min. Carlos Britto fala, inclusive, no “transbordamento da reflexão para a ação propriamente dita”. Cf. Ibid. Notas para o Voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 2-3.

de interesse público – recebem proteção adicional no âmbito da liberdade de expressão⁴¹²; (iii) por isso, opiniões que não façam contribuições para o debate público sobre temas de interesse da sociedade estão mais facilmente sujeitas a restrições⁴¹³; (iv) razões de interesse público, como a salvaguarda de uma sociedade pluralista, podem justificar a imposição de limites à liberdade de expressão⁴¹⁴; e (v) deve haver a preferência pela imposição de restrições à forma de expressão do discurso, em benefício de seu conteúdo⁴¹⁵.

Em que pesem os parâmetros elencados acima, o argumento central no voto da maior parte dos Ministros no Caso Ellwanger foi a constatação – ou não-constatação – da condição de minoria dos judeus no Brasil. Nesse sentido, os Ministros que votaram contra a concessão da ordem de *habeas corpus* consideraram que o material publicado por Siegfried Ellwanger tinha o potencial de causar danos consideráveis aos judeus no país, colocando em jogo sua cidadania, bem como o tratamento igualitário dispensado a eles⁴¹⁶. Atribuíram à comunidade judaica, o status de minoria, por estar em situação de maior vulnerabilidade, sobretudo em virtude do histórico e da disseminação da doutrina nazista, na Europa e em outras partes do mundo⁴¹⁷.

Por outro lado, os Ministros Carlos Britto e – sobretudo – Marco Aurélio destacaram não existirem indícios de que, em qualquer momento histórico, a sociedade brasileira teve inclinação a aceitar, de forma generalizada e relevante, ideias preconceituosas contra os judeus, diferentemente do observado em diversos países europeus. Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio assinalou que, antes de presumir a ocorrência de grave prejuízo à igualdade, era preciso analisar se a divulgação da ideia de Siegfried Ellwanger tinha “risco mínimo de se propagar e se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade brasileira”⁴¹⁸. Com base nesse raciocínio, o Min. Marco Aurélio avaliou o potencial de dano do livro como insuficiente para justificar a restrição da liberdade de expressão imposta – sobretudo, ao considerar a imprescritibilidade do art. 5º, XLII da CF. Apontou ainda o Ministro que a conclusão de sua ponderação seria diferente, caso o discurso de Siegfried Ellwanger fosse dirigido a grupos historicamente oprimidos e marginalizados na história brasileira, como os negros, índios ou nordestinos.

⁴¹² Ibid. Confirmação de Voto do Min. Carlos Ayres Britto. p. 4.

⁴¹³ Ibid. Confirmação de Voto do Min. Nelson Jobim. p. 2-3.

⁴¹⁴ Ibid. Confirmação de Voto do Min. Celso de Mello. p. 9; Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 34.

⁴¹⁵ Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 26.

⁴¹⁶ Ibid. Voto do Min. Maurício Corrêa. p. 31; Confirmação de Voto do Min. Nelson Jobim. p. 2.

⁴¹⁷ Ibid. Voto do Min. Celso de Mello. p. 22-23; Aditamento ao Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 15.

⁴¹⁸ Ibid. Voto do Min. Marco Aurélio. p. 32.

Em síntese, ainda que o acórdão do caso Ellwanger não estabeleça, com a devida solidez, todos os parâmetros por meio dos quais o Judiciário deverá balizar suas decisões em matéria de discurso de ódio, ele: (i) determina que a liberdade de expressão poderá ser restringida – inclusive por meio da persecução penal – como forma de combate à discriminação; e (ii) estabelece a situação de vulnerabilidade do grupo visado pelo discurso como fundamento válido para a restrição à liberdade de expressão – conclusão a que se pode chegar mesmo por meio da análise da argumentação empregada pelos Ministros dissidentes, ainda que tenham concluído de forma diversa quanto à situação de vulnerabilidade dos judeus, especificamente.

Impende destacar que, à exemplo dos negros, as minorias sexuais permanecem em situação de vulnerabilidade na sociedade brasileira, como é possível concluir por meio da simples análise das estatísticas históricas e atuais de violência contra os LGBTs, da dificuldade no reconhecimento de direitos de sua titularidade e da subrepresentação política de seus interesses⁴¹⁹. Logo, dificilmente a limitação ao discurso de ódio homofóbico – inclusive por meio da sua criminalização – encontraria objeção no STF, sobretudo em se considerando a afirmação recente da Corte Constitucional pelos direitos das minorias sexuais no julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ.

4.2. O combate ao discurso de ódio homofóbico do Brasil

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha assumido um compromisso com a afirmação da igualdade, por meio da garantia do direito à não-discriminação, até o momento presente não foi promulgada lei federal – e, portanto, de alcance nacional – vedando expressamente a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, a exemplo do que aconteceu em relação ao racismo. Na tentativa de suprir a ausência de legislação nesse sentido, alguns estados e municípios brasileiros aprovaram leis voltadas ao combate da discriminação homofóbica, prevendo punições administrativas para os autores de atos dessa natureza, como faz a Lei Estadual Nº 10.948, de 05 de novembro de 2001 (“**Lei Estadual 10.948**”) no Estado de São Paulo.

⁴¹⁹ O caráter minoritário dos LGBTs no Brasil foi objeto de análise no item 1.2.2 do presente estudo.

4.2.1. A Lei Estadual nº 10.948, de 05 de novembro 2001

A Lei Estadual 10.948 – regulamentada pelo Decreto Estadual Nº 55.589, de 17 de março de 2010 – penaliza, administrativamente, a prática de discriminação por orientação sexual, sendo aplicável a qualquer pessoa física, inclusive funcionário público, civil ou militar, repartição pública ou estabelecimento comercial, no estado de São Paulo. A lei veda expressamente uma série de condutas discriminatórias, que vão da proibição de ingresso em estabelecimento, à sobretaxação na compra de bens, contando também com dispositivo de alcance mais amplo, destinado à coibir a disseminação do discurso de ódio homofóbico:

“Artigo 1.º - Será punida, nos termos desta lei, toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero.”

Assim, a vítima da conduta descrita no dispositivo supramencionado poderá apresentar denúncia ao órgão competente⁴²⁰ ou a organizações não-governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos retratando a ocorrência da conduta discriminatória. Após o recebimento da denúncia, cabe à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo instaurar processo administrativo para apuração e imposição das penalidades cabíveis, que vão desde a simples comunicação de advertência, passando por multas de mil ou três mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – R\$ 20.140,00 ou R\$ 60.420,00, respectivamente, no ano de 2014 – à suspensão ou cassação da licença estadual para funcionamento (no caso de a conduta homofóbica ser vinculada a atendimento discriminatório em estabelecimento comercial)⁴²¹. Já ao servidor público a quem for atribuída conduta homofóbica no exercício de suas funções e/ou em repartição pública serão aplicadas as penalidades cabíveis nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos.

⁴²⁰ Dentre os órgãos que recebem denúncias com base na Lei Estadual 10.948, destacam-se a Coordenadoria de Assuntos da Diversidade Sexual da Prefeitura de São Paulo, a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância (Decradi) e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por meio de cooperação com a Secretaria da Justiça estadual e com a Coordenadoria de Assuntos da Diversidade Sexual da Prefeitura. Cf. HERNANDES, Bruna Molina. **Discriminação Homofóbica e a Lei Estadual nº 10.948 de 5 de novembro de 2001**. São Paulo: Núcleo Especializado de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5287>>. Acesso em: 21 nov 2014.

⁴²¹ Com base no exame das hipóteses legais de sanção, é possível dizer que a lei volta-se mais à repressão da discriminação homofóbica no âmbito de empresas e estabelecimentos de grande porte. Ela visa a combater o ambiente coletivo e institucional que encoraja o comportamento homofóbico.

As estatísticas relativas à aplicação da Lei Estadual 10.948 sugerem que o mecanismo estadual para o combate à discriminação homofóbica, muito embora ainda não seja largamente conhecido pela população LGBT do estado e esbarre na dificuldade na produção de provas que atestem a ocorrência da discriminação motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero⁴²², está sendo acionado de forma crescente para fazer frente a essa forma discriminação⁴²³. Deste modo, a lei em questão permanece como importante instrumento de repressão ao discurso de ódio homofóbico no estado de São Paulo, especialmente na ausência de legislação federal de combate a essa forma de discriminação.

Outros estados⁴²⁴ e municípios também contam com leis específicas de natureza administrativa para o combate às condutas homofóbicas, o que inclui o discurso de ódio. No entanto, essas leis não são uniformes, não sendo igualmente abrangentes no que toca às condutas discriminatórias. Muitas sequer fazem menção à discriminação em virtude da identidade ou expressão de gênero, deixando de proteger transexuais e travestis, ou ainda não foram devidamente regulamentadas, a exemplo da Lei Estadual 10.948.

⁴²² Segundo Hernandez, até meados de 2008, os procedimentos instaurados com base na Lei Estadual 10.948 resultaram em 13 (treze) procedências, 33 (trinta e três) improcedências e 16 (dezesesseis) arquivamentos. Cf. Ibid.

⁴²³ É importante ressaltar que nem todas as denúncias ensejam a instauração de processo administrativo, seja pela ausência de elementos probatórios suficientes para tanto, seja pelo resultado positivo de mediação realizada entre a vítima e o suposto ofensor. A Comissão Processante Especial, em resposta a consulta sobre as estatísticas de aplicação da Lei 10.948/2001, informou que, com a celebração, em 2014, de termo de cooperação entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, o processo administrativo para a apuração e punição de condutas homofóbicas só é instaurado no caso de restar infrutífera mediação realizada por profissionais do Tribunal, capacitados pela Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. Informações obtidas mediante contato com a Coordenação de Políticas para a Diversidade Sexual da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo.

⁴²⁴ Os estados do Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul, por exemplo, também contam com leis de combate à discriminação homofóbica – respectivamente, Lei Nº 11.872, de 19 de dezembro de 2002, que estabelece penas para atos discriminatórios praticados por pessoas físicas ou jurídicas que mantêm relação com a Administração Pública Estadual, direta ou indireta, e Lei Nº 3.157, de 27 de dezembro de 2005, que dispõe sobre as medidas de combate a toda e qualquer forma de discriminação ou prática de violência contra pessoa por motivos derivados de sua orientação sexual e gênero. O estado do Rio de Janeiro já contou com legislação nesse sentido – a Lei Nº 3.406/2000, que determinava penalidades aos estabelecimentos que discriminassem indivíduos em razão de sua orientação sexual. Contudo, a lei foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 1º de outubro de 2012, após a mobilização de setores conservadores no estado. Cf. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Cidadania LGBT: Mapa de Boas Práticas Brasil – União Europeia**. Brasília, 2013. p. 24-25. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/cidadania-lgbt-boas-praticas-brasil-uniao-europeia>>. Acesso em: 21 nov 2014.

4.2.2. O tratamento jurídico do discurso de ódio homofóbico no Brasil: caso Marco Feliciano

Tendo em vista as limitações decorrentes da regulação do discurso de ódio homofóbico por meio de legislação estadual e municipal de caráter administrativo, bem como a ausência de leis federais destinadas ao combate à discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, muitas manifestações de ódio dessa natureza não recebem a resposta adequada do Estado.

Exemplo dessa realidade foi o desfecho do Inquérito 3.590/DF, instaurado para apurar conduta discriminatória do deputado federal e pastor evangélico Marco Antônio Feliciano, prevista no já mencionado art. 20 da Lei 7.716/89.

Notoriamente conhecido por suas declarações de conteúdo homofóbico, Feliciano foi indiciado pela Procuradoria-Geral da República (**PRG**), em janeiro de 2013, pela publicação, no dia 30 de março de 2011, por meio da rede social *Twitter*, da seguinte manifestação discriminatória contra homossexuais:

“A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição”

Segundo a peça acusatória, a publicação em rede social tem grande capacidade de disseminação, induzindo à discriminação de homossexuais em razão da sua orientação sexual. Ademais, não se pode dizer que o ato de Feliciano foi desprovido de intenção discriminatória, porquanto a “voluntariedade da conduta pode ser extraída dos esclarecimentos prestados no procedimento administrativo”⁴²⁵. A denúncia destacou, ainda, que a expressão de pensamento objeto do inquérito não estava abrangida pela imunidade parlamentar, já que as manifestações discriminatórias não têm relação com o desempenho do mandato de deputado federal. Assim, considerando o acórdão do *habeas corpus* Nº 82.424/RS, em que foi realizada interpretação ampliada do conceito de “raça” presente no art. 20 da Lei 7.716/89, a PGR pediu a condenação de Feliciano pelo crime de discriminação.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Inquérito 3.590/DF. Ministério Público Federal e Marco Antônio Feliciano. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12 de agosto de 2014. p. 2. Os esclarecimentos prestados pelo deputado federal não estavam disponíveis na seção “Acompanhamento Processual” do Inquérito 3.590/DF no sítio eletrônico do STF.

O deputado, em resposta, afirmou que sua publicação destinava-se a fazer simples interpretação teleológica da Bíblia e que estava protegido pela imunidade parlamentar, dado o vínculo entre a manifestação externalizada na rede social *Twitter* e suas atividades como deputado, nas quais representava os interesses de seus eleitores.

Em acórdão do dia 12 agosto de 2014, os Ministros da Primeira Turma do STF não receberam a denúncia no inquérito por unanimidade, considerando que, muito embora a conduta do deputado fosse altamente reprovável do ponto de vista moral, a Lei 7.716/89 não se aplica à discriminação por motivo de orientação sexual. Nesse sentido, o Min. Roberto Barroso ressaltou que

“consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de hate speech, [...] [m]as a verdade é que essa lei não existe”⁴²⁶.

Em resumo: o discurso de ódio homofóbico continua a ser, atualmente, conduta atípica.

4.2.3. Propostas de regulação da homofobia externalizada

Polêmico por suscitar acalourados debates desde a sua apresentação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 122 de 2006 propõe, em sua atual redação, a modificação da Lei 7.716/89 para incluir a proibição à discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, identidade de gênero e condição de pessoa idosa ou com deficiência ao lado da proibição à discriminação por motivo de raça, cor, etnia, religião ou origem – termo mais amplo que substituiu a expressão “procedência nacional”, empregado pela Lei 7.716/89.

O texto original do PLC 122/2006 – na época, Projeto de Lei Nº 5.003, de 2001 – de autoria da deputada Iara Bernardi, propunha a promulgação de lei específica que prescrevesse sanções administrativas a pessoas jurídicas e seus agentes pela prática de discriminação baseada em orientação sexual. Já em 2006, o projeto recebeu a designação e a finalidade correntes, passando a prever a criminalização da discriminação homofóbica, por

⁴²⁶ Ibid. p. 8.

meio de alteração à Lei 7.716/89, mas também à Consolidação das Leis do Trabalho e ao Código Penal⁴²⁷.

No Senado, o PLC 122/2006 sofreu novas alterações, após muitos reveses, desta vez para incluir a condição de pessoa idosa ou com deficiência no rol dos motivos discriminatórios repudiados pela Lei 7.716/89. Na versão anexa ao parecer⁴²⁸ do Senador Paulo Paim, apresentada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa em dezembro de 2013, o texto do PLC 122/2006 foi novamente reduzido, para ater-se às modificações na Lei 7.716/89, alterando a redação do art. 20⁴²⁹:

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:
..... (NR)”

É importante ressaltar, contudo, que o projeto foi retirado de pauta em 17 de dezembro de 2013, em razão da aprovação de requerimento que solicitou a anexação do PLC 122/2006 ao Projeto de Lei do Senado Nº 236, de 2012 – a reforma do Código Penal

⁴²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara Nº 122, de 2006 (nº 5.003/2001, na Câmara dos Deputados). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>>. Acesso em: 22 nov 2014.

⁴²⁸ BRASIL. Senado. Parecer do Senador Paulo Paim sobre o PLC 122/2006, de 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604&p_sort=DESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>. Acesso em: 22 nov 2014.

⁴²⁹ O texto substitutivo ao PLC 122/2006 proposto pelo Senador altera também a ementa e os arts. 1º, 3º, 4º e 8º da Lei nº 7.716/1989: “**Art. 1º** A ementa da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Define e pune os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência.’ **Art. 2º** Os arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: ‘*Art. 1º* Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. (NR)’ ‘*Art. 3º* Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência, obstar a promoção funcional. (NR)’ ‘*Art. 4º* § 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência:..... (NR)’ ‘*Art. 8º* Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos comerciais ou locais abertos ao público. Parágrafo único: Incide na mesma pena quem impedir ou restringir a manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público, resguardado o respeito devido aos espaços e eventos religiosos. (NR)”.

brasileiro (PLS 236/2012). Assim, o PLC 122/2006 foi remetido à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, junto do PLS 236/2012⁴³⁰.

Em sua versão inicial, o PLS 236/2012 contava com disposição criminalizando o discurso de ódio homofóbico, além de diversas estipulações prevendo agravantes e forma qualificada para delitos praticados por motivação homofóbica – os crimes de ódio contra as minorias sexuais. Apresentado no Senado em meados de 2012, o projeto do novo Código Penal permanece em trâmite na Casa Legislativa.

A versão mais recente do texto do projeto está anexa ao parecer do Senador Pedro Taques, aprovado pela Comissão Especial Interina destinada a examinar o projeto em dezembro de 2013. Nessa versão do texto, foram retiradas todas as referências a “identidade de gênero” e “orientação sexual”⁴³¹, o que significou a supressão do tratamento legal dos crimes de ódio de motivação homofóbica, bem como da criminalização do discurso de ódio contra as minorias sexuais⁴³²:

“Do racismo e dos crimes resultantes de preconceito e discriminação

Art. 486. Constitui crime, quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância:

[...]

VII – praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que a indiquem, inclusive pelo uso de meios de comunicação e internet:

Pena – prisão, de um a cinco anos.

§1º Se a vítima do crime é criança ou adolescente, a pena será aumentada de um terço até a metade.

§2º Constitui efeito da condenação:

⁴³⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara, nº 122 de 2006: Tramitação.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604&p_sort=DESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>. Acesso em: 22 nov 2014.

⁴³¹ Foi retirada a menção à orientação sexual e à identidade de gênero do texto do art. 75, III, n, que previa a motivação homofóbica como circunstância agravante de todos os delitos previstos no Código Penal. Além disso, foi suprimida a motivação homofóbica como qualificadora dos crimes de homicídio (art. 121, I), lesão corporal (art. 129, §7º) e injúria (III; art. 143, §1º). De forma semelhante, a motivação homofóbica deixou de figurar como elemento de outros tipos penais, como o terrorismo (art. 249, III), a transferência forçada de população (art. 478), a perseguição (art. 479), o genocídio (art. 480), a tortura (art. 481, I, “c”) e a discriminação (art. 486). Cf. BRASIL. Senado. Parecer do Senador Pedro Taques sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 17 de dezembro de 2013. p. 295-296. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 22 nov 2013.

⁴³² O parecer justifica o retrocesso no tratamento que o projeto de Código Penal concede à discriminação homofóbica afirmando que as expressões “identidade de gênero” e “orientação sexual” “não encontram definição consensual na doutrina nem constam de nossa tradição legislativa. [...] tal conceito [de gênero] passou a significar também auto-percepção que cada ser humano tem de sua própria sexualidade, o que pode não coincidir com a sexualidade biológica. Essa perspectiva conceitual já deixaria os dispositivos penais muito abertos. É necessário maior amadurecimento dessa discussão antes que tais conceitos possam ser incorporados à legislação”. Ibid.

I - a suspensão do exercício de cargo ou função pública por até cento e oitenta dias;
II - a perda do cargo ou função pública para as condutas que se revestirem de especial gravidade;
III - a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo de até cento e oitenta dias.
Exclusão do crime
§3º Não constitui crime a livre manifestação do pensamento de natureza crítica, especialmente a decorrente da liberdade de consciência e de crenças religiosas, salvo quando inequívoca a intenção de discriminar ou de agir preconceituosamente”⁴³³

Assim, a versão atual do PLS 236/2012 limitou a proteção contra o crime de discriminação aos mesmos grupos vulneráveis protegidos pela atual lei de combate ao racismo (Lei 7.716/89), com uma pequena abertura para a extensão a outros grupos vulneráveis – como é possível depreender da expressão “ou por outro motivo assemelhado” incluída no tipo “discriminação”. Em outras palavras, no presente formato, o texto do PLS 236/2012 não só recuou no trato da discriminação homofóbica em relação à versão apresentada inicialmente pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal, mas também não atende à proposta do PLC 122/2006.

Paralelamente às discussões em torno da aprovação do PLC 122/2006 e do trâmite do PLS 236/2012, a Ordem dos Advogados do Brasil (**OAB**), por meio do trabalho de Comissões da Diversidade Sexual de suas seccionais e subseções no país inteiro, formulou o anteprojeto de Estatuto da Diversidade Sexual.

O anteprojeto tem por objetivo combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero de forma integrada, i.e., em todos os aspectos da vida em sociedade⁴³⁴. Ele propõe, assim, a repressão a condutas discriminatórias, mas também a adoção de políticas públicas destinadas à valorização da diversidade sexual e à inclusão das minorias sexuais⁴³⁵, a exemplo do que faz o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) em relação às minorias étnicas.

⁴³³ Curiosamente, a versão inicial do art. 472 (atual art. 486), apresentada pela comissão de juristas, além de contemplar a discriminação por motivo de identidade ou orientação sexual, não previa à exceção ao *caput* aposta no §3º - livre manifestação do pensamento “decorrente da liberdade de consciência e de crenças religiosas”. Essas modificações no texto sugerem a forte influência de grupos religiosos no trâmite legislativo do PLS 236/2012, à exemplo do que ocorreu com o PLC 122/2006.

⁴³⁴ O anteprojeto propõe uma série de garantias às minorias sexuais no âmbito das relações familiares, do direito à saúde, à previdência, à educação, ao trabalho, à moradia, à justiça e à segurança. Propõe-se a regular, ademais, as atividades dos meios de comunicação e as relações de consumo para assegurar a observância do direito à não-discriminação.

⁴³⁵ “Art. 1º - O presente Estatuto da Diversidade Sexual visa a promover a inclusão de todos, combater a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero e criminalizar a homofobia, de

O anteprojeto tem diversos dispositivos que regulam o discurso de ódio homofóbico, com destaque para os delitos tipificados nos arts. 100 e 101:

“Crime de homofobia

Art. 100 - Praticar condutas discriminatórias ou preconceituosas previstas neste Estatuto em razão da orientação sexual ou identidade de gênero,

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º - Incide na mesma pena toda a manifestação que incite o ódio ou pregue a inferioridade de alguém em razão de sua orientação sexual ou de identidade de gênero.

Indução à violência

Art. 101 - Induzir alguém à prática de violência de qualquer natureza motivado por preconceito de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além da pena aplicada à violência.”

Como ressalta Rios, o anteprojeto separa o tratamento penal do discurso de ódio homofóbico daquele concedido a outras formas de discriminação na Lei 7.716/89, o que vai na contramão da proposta do PLC 122/2006 no sentido de equiparar o tratamento dispensado às diferentes formas de discriminação nocivas à sociedade brasileira. Ademais, há manifesta desproporcionalidade entre as penas aplicadas às duas infrações destacadas acima, tendo em vista o maior rigor com que é punido o “crime de homofobia”, delito geral e com menor potencial de desencadear violência física que o crime de “indução à violência”. Outro problema é a tipificação excessivamente aberta do art. 100, o qual remete a todos os outros dispositivos do Estatuto, comprometendo, assim, a sua efetiva aplicação⁴³⁶.

De todo modo, o anteprojeto ainda não foi remetido ao Congresso Nacional, encontrando-se em fase de aprimoramento por meio de audiências públicas promovidas pela OAB⁴³⁷.

modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos”. Cf. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual**, disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/estatuto_da_diversidade_sexual.pdf>, acesso em 23 nov 2014.

⁴³⁶ Esses não são os únicos pontos do anteprojeto que precisam ser revistos: como assinala Rios, o Estatuto proposto tem problemas estruturais que o tornam diferente dos Estatutos da Igualdade Racial, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, já consolidados como instrumentos de proteção às minorias étnicas e etárias no Brasil. A título de exemplo, pode-se mencionar a omissão na definição de expressões como “diversidade sexual”, “orientação sexual”, “identidade de gênero”, “gênero” e “sexo”, termos que devem ser determinados de forma clara para possibilitar a efetiva aplicação do Estatuto. Para maiores detalhes, Cf. RIOS, Roger Raupp. Notas sobre a proposta de “Estatuto da Diversidade Sexual”, apresentado no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. **CLAM**, s.l., 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&inoid=8637&sid=4>. Acesso em: 23 nov 2014.

⁴³⁷ ROSA, Vítor. Anteprojeto de Estatuto da Diversidade Sexual será encaminhado pela OAB ao Congresso. **Ordem dos Advogados do Brasil**, s.l., 07 de novembro de 2014. Disponível em:

Como é possível notar, os três projetos de lei têm como proposta central a criminalização para combater o discurso de ódio homofóbico, a exemplo do que já ocorreu com as manifestações de teor racista. No entanto, as idas e vindas, sobretudo do PLC 122/2006, já há muitos anos em trâmite nas Casas Legislativas, suscitaram a impetração do Mandado de Injunção 4.733/DF, justamente com o propósito de acelerar a aprovação da criminalização da discriminação homofóbica. Essa demora na aprovação definitiva do PLC 122/2006 suscitou, também, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26, em dezembro de 2013, distribuída ao Min. Celso de Mello e ainda pendente de julgamento⁴³⁸.

4.2.4. A criminalização do discurso de ódio

Em parecer apresentado no dia 25 de julho de 2014 nos autos do Mandado de Injunção 4.733/DF, a Procuradoria-Geral da República pronunciou-se pela criminalização da discriminação homofóbica – inclusive do discurso de ódio contra as minorias sexuais.

O Mandado de Injunção foi impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (**ABGLT**), com a finalidade de suprimir omissão legislativa que mantém em nível inadequado a proteção aos direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, XLI da Constituição Federal, dispositivo que, no entender da ABGLT, demanda a criminalização da discriminação homofóbica – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Assim, a proposta do Mandado é, justamente, a declaração da mora inconstitucional do Congresso para a criminalização “[d]a violência física, [d]os discursos de ódio, [d]os homicídios, [d]a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’, por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”⁴³⁹.

Ao tratar dos motivos pelos quais o pedido deve ser concedido, a PGR ressalta a ausência de norma regulamentadora do art. 5º, XLI CF, o que inviabiliza “o exercício da

<<http://www.oabrs.org.br/noticias/anteprojeto-estatuto-diversidade-sexual-sera-encaminhado-pela-oab-ao-congresso/16680>>. Acesso em: 23 nov 2014.

⁴³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual: ADO 26 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 22 nov 2014.

⁴³⁹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Manifestação da PGR nos autos do Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). ABGLT e Congresso Nacional. Procurador: Rodrigo Janot Monteiro de Barros, datada de 25 de julho de 2014, p. 7.

liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero”⁴⁴⁰, bem como da liberdade de expressão, comprometendo o livre desenvolvimento da personalidade e, com isso, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF).

Cumpre destacar, aqui, a aposição da garantia da liberdade de expressão ao lado da “liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero”, ao invés de coloca-lá em rota de colisão com a proteção contra manifestações homofóbicas, o que sugere atenção ao efeito silenciador do discurso de ódio. Como já mencionado em outras passagens do presente estudo, ao adotar uma postura de neutralidade frente a manifestações homofóbicas de ódio, o Estado brasileiro permite a intimidação das minorias sexuais, contribuindo, portanto para o enfraquecimento da voz dessas minorias na sociedade brasileira. Essa situação cria um déficit democrático, pois diminui injustamente o papel dos LGBTs no debate público e, portanto, nos processos decisórios no âmbito da democracia brasileira.

A ausência de legislação a coibir a discriminação contra LGBTs enseja, ademais, violação ao princípio da igualdade, pois coloca as minorias sexuais em situação de vulnerabilidade “física, psíquica e social”. Essa situação contraria o pluralismo, componente fundamental da democracia, que pressupõe o respeito e a proteção de projetos de vida diferentes daqueles tidos por “padrão” pela maior parte da sociedade⁴⁴¹. Isso porque atesta a neutralidade do Estado brasileiro face à discriminação homofóbica, a qual macula o respeito que deve pautar as relações entre os LGBTs e o restante da sociedade, por colocar homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais em posição inferior, do ponto de vista político.

O parecer da PGR destaca, nesse sentido, a inaptidão das normas criminais que punem de forma genérica o homicídio, a lesão corporal e a injúria para “prevenir e reprimir atos de homofobia e transfobia, os quais se qualificam pelo desprezo oriundo do preconceito”. Isso porque os crimes de ódio são socialmente mais condenáveis do que os delitos praticados sem motivação discriminatória, vez que reforçam distinções e barreiras socialmente injustas impostas a grupos já em situação de vulnerabilidade. Além disso, do ponto de vista individual, o crime de ódio enseja ataque adicional à dignidade da vítima, pois o delito movido pelo ódio discriminatório a agride em razão de uma de suas características identitárias relevantes, contribuindo para a restrição injusta da sua liberdade por meio da

⁴⁴⁰ Ibid. p. 4.

⁴⁴¹ Ibid. p. 4-5.

intimidação. Nesse sentido, os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal e a Lei 7.716/89 reconhecem que o combate à discriminação demanda tratamento penal específico⁴⁴².

Logo, considerando que a legislação penal em vigor não é suficiente para combater a discriminação homofóbica e que o PLC 122/2006 está há muito em trâmite, sem perspectiva de aprovação, a PGR considerou que o pedido da ABGLT no sentido de aplicar a Lei 7.716/89 para combater todas as formas de homofobia e transfobia deve ser concedido. Por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição, pode o STF ampliar o escopo de aplicação da lei supramencionada, para sintonizá-la à realidade social⁴⁴³. Essa medida apenas resultaria na equiparação da repressão penal à discriminação racial, religiosa ou de procedência nacional à discriminação contra os LGBTs, pondo termo à hierarquia de opressões que vige no atual ordenamento jurídico do Brasil.

No contexto brasileiro, esse talvez seja o argumento de maior relevância não apenas pela imposição de limites ao discurso de ódio homofóbico, mas especificamente por sua criminalização: é preciso conceder tratamento uniforme a todas as formas de discriminação nocivas à sociedade brasileira, o que impõe, haja vista o tratamento penal da discriminação de ordem racial, religiosa e de procedência nacional, a criminalização da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero. O tratamento diverso a certas manifestações de ódio apenas reforça a percepção de que a sociedade brasileira repudia algumas formas de discriminação, mas não outras, o que prejudica a construção de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática. Impende assinalar, ainda, que não se propõe ampla limitação da liberdade de expressão para combater forma de discriminação pouco expressiva na sociedade brasileira, mas de dar resposta adequada à expressão de ódio contra um grupo de pessoas altamente vulnerável, haja vista os reiterados atos de violências a que são submetidos os LGBTs no país. Ao fazê-lo, parte-se do critério adotado pelo STF no HC 82.424/RS para definir quando um discurso discriminatório justifica a interferência

⁴⁴² Ibid. p. 15-16.

⁴⁴³ Como exemplos de decisões nas quais o STF teve uma postura ativa na modificação da interpretação de dispositivos legais que trouxeram grandes avanços na construção de uma sociedade mais democrática, a PGR destacou o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e a exclusão, do delito de apologia ao crime, de “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas”. Ibid. p. 9.

incisiva do Estado na liberdade de expressão: a condição de minoria do grupo visado pelo discurso na sociedade brasileira⁴⁴⁴.

É importante ressaltar, também, que o combate à discriminação homofóbica é um compromisso internacional do Brasil: dentre as orientações estabelecidas pelos Princípios de Yogyakarta, encontra-se o dever dos Estados de “adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero”⁴⁴⁵. Nesse sentido, a PGR destacou, ainda, a Resolução AG/RES-2435 (XXXVIII-0/08) da Organização dos Estados Americanos, a qual urge aos Estados que assegurem a investigação dos atos de violência e das violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero, garantindo que os responsáveis sejam devidamente responsabilizados perante o Poder Judiciário. Esse déficit nos instrumentos disponíveis para fazer frente à discriminação homofóbica pode ser resolvido com a aplicação da Lei 7.716/89 para coibir esse tipo de conduta.

Nesse sentido, mostra-se relevante enfatizar a compatibilidade da criminalização do discurso de ódio homofóbico com as orientações do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, vinculantes para o Brasil. Ainda que a Corte Interamericana não tenha se pronunciado especificamente sobre o tema, ela já assumiu a possibilidade da adoção de medidas penais contra a expressão de opiniões, ainda que excepcionalmente, quando houver justificativa para tanto⁴⁴⁶. O dever de criminalizar o discurso de ódio homofóbico perante o sistema interamericano ficará mais claro, contudo, com a entrada em vigor da Convenção A-69, assinada pelo Brasil em 6 de julho de 2013⁴⁴⁷.

Ao final, o parecer da PGR rebate o argumento da reserva absoluta de lei em matéria penal do Congresso Nacional, destacando a maior importância da efetiva regulamentação de

⁴⁴⁴ Ainda que o STF tenha, no Inquérito 3.590/DF, afastado a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/89 ao discurso de ódio homofóbico, sobretudo para não contrariar o princípio da segurança jurídica, as conclusões do acórdão do HC 82.424/RS no sentido de que as manifestações de ódio contra grupos historicamente hostilizados na sociedade brasileira justificam a interferência incisiva do Estado – inclusive para condenar criminalmente os envolvidos – permanecem.

⁴⁴⁵ Princípio 2, “c”. Os Princípios de Yogyakarta e suas consequências para a afirmação do direito à não-discriminação no plano internacional foram objeto de análise no item 2.1.1 do presente estudo.

⁴⁴⁶ Como justificativa, devem ser observadas, cumulativamente, a gravidade extrema da conduta, o dolo do autor da manifestação e as características do dano causado, que demandam intervenção mais incisiva do Estado. O tema foi tratado no item 3.3.2.1 do presente estudo.

⁴⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Inter-American Convention Against All Forms Of Discrimination And Intolerance (A-69) - Signatories and Ratifications**. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp>. Acesso em: 06 dez 2014.

valor constitucional desprotegido, nos termos do inciso XLI do art. 5º da Carta Magna. A PGR posiciona-se, assim pela aplicação do art. 20 da Lei 7.716/89 para coibir a homofobia – ou, subsidiariamente, a aplicação dos dispositivos do PLC 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica⁴⁴⁸.

4.2.5. Além da criminalização: formas alternativas de combate à discriminação homofóbica

A criminalização do discurso de ódio homofóbico é, sem dúvida, importante, já que dispõe de forte efeito disciplinar, fazendo com que o caráter reprovável da conduta discriminatória seja internalizado pelos brasileiros. Contudo, identificada a necessidade da criminalização, resta avaliar se essa abordagem é suficiente para solucionar o problema da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.

Mesmo agindo no combate à reprodução do preconceito nas instituições sociais, a criminalização das condutas homofóbicas não tem o condão de, por si só, resolver o problema da discriminação: as estruturas sociais de marginalização continuarão existindo, reproduzindo-se por meio de discursos homofóbicos não-odiosos⁴⁴⁹, o que resultará na manutenção de privações de liberdade dos LGBTs. Isso porque as pessoas, ainda que não possam expressar a sua intenção de marginalizar explicitamente as minorias sexuais face à vedação legal, o farão dentro do espaço não regulado pelo direito. Deste modo, deve-se superar a falsa impressão de que a proteção legal dos grupos subordinados – no caso, as minorias sexuais – é suficiente para eliminar o preconceito e os seus efeitos adversos: o que se deve atacar é a própria dinâmica da subordinação, a hierarquia entre sexualidades. Em suma, é preciso ir além da criminalização de condutas homofóbicas – uma medida apenas compensatória, pois não altera a relação de subordinação entre a homo e a heterossexualidade – para promover mudanças nas estruturas sociais responsáveis pela reprodução do preconceito.

Um estudo da Article 19, uma organização não-governamental voltada à defesa da liberdade de expressão e informação em todo o mundo, apontou que, muito embora a legislação interna de muitos países da América Latina – inclusive do Brasil – conte com

⁴⁴⁸ Ibid. p. 19.

⁴⁴⁹ Entendidos como os discursos que, embora não incitem ao ódio, são dotados de cunho discriminatório: criação de estereótipos que resultam em uma categorização social negativa. Sobre o discurso homofóbico não-odioso, cf. item 1.2.5.

tipos penais para punir o discurso de ódio, a efetividade dessas leis para combater a discriminação é contestável, haja vista sua aplicação limitada⁴⁵⁰.

Dentre as possíveis causas para o baixo índice de aplicação da Lei 7.716/89, pode-se mencionar a falta de conhecimento da população em geral em relação ao seu conteúdo, extensão e forma de aplicação, o que pode levar à confusão dos delitos ali tipificados com outras infrações penais, como a injúria, a calúnia e a difamação. Outro problema é a incerteza relacionada com a atuação do Poder Judiciário e a falta de parâmetros objetivos para decidir casos concretos em matéria de discriminação. Nesse sentido, é importante ressaltar que a Lei 7.716/89 dispõe de tipos penais relativamente amplos e penas severas, o que demanda uma aplicação especialmente justificada e coerente dos Tribunais, além de grande ônus probatório da acusação⁴⁵¹. É possível elencar, ainda, a sensação de resignação das vítimas da discriminação racial, dada a inaptidão da polícia e do Poder Judiciário de uma forma geral para fazer frente a esses delitos, ainda corriqueiros na sociedade brasileira⁴⁵².

Assim, de forma complementar à Lei 7.716/89, foi aprovada a Lei 12.288, de 20 de julho de 2010 (o Estatuto da Igualdade Racial), destinada a combater a discriminação racial de forma mais ampla, definindo uma série de obrigações do Estado brasileiro no sentido de adotar ações afirmativas para a inclusão das minorias raciais no país. Dentre as medidas estabelecidas pelo Estatuto da Igualdade Racial estão: (i) o estímulo à maior presença de negros nos veículos de comunicação de massa, como a televisão (art. 44); (ii) a instalação

⁴⁵⁰ Os números apresentados pela Article 19 demonstram a subutilização da Lei 7.716/89 para fazer frente à discriminação racial no Brasil: no Estado de São Paulo, foram registradas na Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância apenas 39 ocorrências em 2011 e 21 até maio de 2012. Em outros Estados, a situação se repete. Para mais informações, cf. ARTICLE 19. **Panorama sobre Discurso de Ódio no Brasil**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf>. Acesso em: 06 dez 2014.

⁴⁵¹ ARTICLE 19. **Freedom of expression and Equality: The prohibition of incitement to hatred in Latin America**. Santiago, 2011. p. 13-14. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/paulamartins.pdf>>. Acesso em: 07 dez 2014.

⁴⁵² Em relatório publicado em setembro de 2014, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas assinalou que, em comparação com a população branca, os negros no Brasil estão mais sujeitos à situação de vulnerabilidade, traduzida nas taxas mais altas de homicídios que vitimam negros, nos menores índices de escolaridade, salários, acesso ao sistema de saúde e de expectativa de vida. Ademais, os negros são a maioria no sistema prisional e subrepresentados nos cargos eletivos. O relatório menciona, ainda, maiores taxas de desemprego entre os negros no país e a baixa renda, em comparação com a população branca. Outro ponto preocupante é a violência policial contra os negros e o racismo institucionalizado, também mencionados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU: "The use of force and violence for crime control and public security has become accepted by society at large because it is perpetrated against a sector of society whose lives are not considered as valuable". Muito embora reconheça os avanços recentes no combate à discriminação racial no país, o mito da "democracia racial" foi apontado pela ONU como obstáculo para a superação do racismo no país. "Societal denial of the existence of racism also remains a barrier to access to justice", ressaltou o relatório. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório do Grupo de Trabalho de Especialistas em População Afrodescendente: Missão ao Brasil, A/HRC/27/68/Add.1 de 23 de setembro de 2014.

de uma ouvidoria permanente para defender a igualdade racial, recebendo e difundindo denúncias de discriminação baseada na etnicidade e na cor de pele, que também deverá monitorar a implementação das medidas de promoção da equidade (art. 51); (iii) a possibilidade de fazer frente ao dano aos interesses da população afrobrasileira causados pela discriminação por meio de ação civil pública (art. 55); e (iv) o uso de recursos públicos na criação de programas e veículos de comunicação para a disseminação de materiais relacionados aos interesses da população negra (art. 56).

A Article 19 ponderou que essa abordagem “mais criativa” ao problema da discriminação racial, ao conjugar a adoção de uma série de ações afirmativas ao emprego de remédios cíveis⁴⁵³ para combater o dano causado à população negra, resultou em soluções mais adequadas ao contexto doméstico e, portanto, mais aptas a promover respostas de longo prazo ao discurso de ódio racial no Brasil. Isso porque agem na desconstrução da relação de subordinação entre as populações branca e negra, que ainda vige no país:

“Quando o racismo é sistêmico como é o caso do Brasil, a maior fonte de crenças racistas não se origina das experiências diárias individuais, mas do discurso racista que prevalece no discurso público e nas representações racistas que prevalecem na mídia. Por isso, a abordagem tradicional ao discurso de ódio não é suficiente para atingir o objetivo de combater plenamente a discriminação e a desigualdade. As sanções criminais devem ser limitadas a casos específicos bem determinados e mais atenção deve ser direcionada ao desenvolvimento de soluções mais positivas, proativas e sustentáveis para assegurar que os afrobrasileiros e outros grupos vítimas de discriminação estrutural tenham igual acesso aos meios de comunicação para assegurar que suas vozes e pontos de vista sejam ouvidos [...]. Outras medidas afirmativas devem também garantir que mais informação sobre raça, preconceito e crenças de superioridade tradicionais, em meio a diálogos e debates, ajude a mudar as ideias e as percepções que as pessoas têm em relação ao problema. Isso não significa simplesmente permitir que um “mercado de ideias” resolva a questão de uma discriminação entrincheirada na sociedade brasileira, mas regulá-lo de modo a promover a consciência, incentivos e outras medidas

⁴⁵³ Como “remédios cíveis”, o estudo mencionou o desfecho do “Caso Tiririca”, em que o cantor gravou canção em que fala, de forma pejorativa, sobre o odor e o cabelo de uma mulher negra (“Veja veja veja veja veja os cabelos dela/Parece bom-bril, de ariá panela/Parece bom-bril, de ariá panela/Eu já mandei, ela se lavar/Mas ela teimo, e não quis me escutar/Essa nega fede, fede de lascar”). Tiririca foi absolvido da acusação de racismo na esfera penal, mas a gravadora Sony Music, detentora dos direitos autorais da canção, foi condenada na esfera cível a pagar R\$ 300.000,00. Os valores foram revertidos para a produção de programas sobre racismo, difundidos no rádio, na televisão e transformados em material educacional: “O direito à preservação da imagem das diversas etnias que integram nosso país, entre as quais a negra e a afro-brasileira, constitui direito difuso, ensejando o emprego da Ação Civil Pública para coibir a sua violação, tendo as associações autoras legitimidade para sua propositura [...] A absolvição do autor da música no juízo criminal, por entenderem os julgadores não estar caracterizado crime de racismo apenado pela Lei nº 7.716/1989, face à ausência de dolo específico, não impede a propositura em face do autor fonográfico de Ação Civil Pública, com base no art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, para a qual não é necessário o dolo, bastando que fique caracterizado o dano ao direito difuso” Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 16893/2000. Centro de Articulação das Populações Marginalizadas et al. e Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio Ltda. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer, julgado em 10 de fevereiro de 2004.

adotadas como políticas públicas e assumidas pelo Estado como parte de suas obrigações no plano internacional”.⁴⁵⁴

O mesmo aplica-se à superação da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero: é preciso, ao lado da criminalização do discurso de ódio homofóbico, promover a cidadania LGBT por meio de políticas públicas que propaguem uma cultura de valorização da diversidade humana, além de priorizar o emprego de remédios cíveis para combater eventual dano a população LGBT⁴⁵⁵.

Uma forma mais eficiente de promover a cidadania LGBT consiste na criação de mecanismos de participação das minorias sexuais nos processos políticos, sejam eles eleitorais⁴⁵⁶ ou relacionados à formulação de políticas públicas⁴⁵⁷. Proposta interessante

⁴⁵⁴ Tradução live. Cf. ARTICLE 19. **Freedom of expression and Equality: The prohibition of incitement to hatred in Latin America**. op. cit. p. 21.

⁴⁵⁵ Resposta alternativa ao dano causado às minorias sexuais foi apresentada no desfecho de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em 2005 contra a RedeTV! pela transmissão do programa “Tardes Quentes”, apresentado por João Kleber. O pedido do Ministério Público afirmava que o programa havia incorrido em diversas violações de direitos humanos, o que levou o poder Judiciário a conceder uma liminar determinando à Rede TV! que substituisse o “Tardes Quentes” por outro programa até a prolação da sentença. A maior parte das violações de direitos humanos envolviam o tratamento degradante de mulheres e homossexuais e o emprego de discurso discriminatório contra essas minorias. O canal de televisão não cumpriu com a ordem judicial, o que resultou, um mês depois, em uma decisão da Justiça Federal de São Paulo que determinou a suspensão das transmissões da Rede TV!. O canal acabou firmando um acordo com o Ministério Público ao permitir a espaço, em sua programação, para a transmissão de 39 produções preparadas por grupos da sociedade civil tratando de questões afeitas aos direitos humanos, inclusive da identidade sexual. As produções, intituladas “Direito de Resposta” foram transmitidas no período de um mês, por uma hora diariamente. Cf. ARTICLE 19. **Freedom of expression and Equality: The prohibition of incitement to hatred in Latin America**. op. cit. p. 17; BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Sentença do Processo N.º 0018988-73.2006.4.03.6100. TV Ômega Ltda e Ministério Público Federal. Juiz: Paulo Cezar Duran, julgado em 23 de julho de 2014.

⁴⁵⁶ O procedimento eleitoral constitui, pela sua própria natureza, como a melhor forma de alteração da distribuição de poder político. O’Donnell e Schmitter, fazendo uma analogia dos processos políticos com o xadrez, destacam que a democracia permite aos cidadãos promover a “alteração das regras do jogo” no âmbito do próprio exercício democrático, o que pode resultar na extensão da democratização política às instituições sociais, econômicas e culturais. Cf. O’DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. **Transições do Regime Autoritário – Primeiras Conclusões**. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Vértice, 1988. p. 112. Lima, abordando a tentativa de politização das minorias sexuais no Brasil à época da transição democrática, assinala que a falta de *know-how* de seus líderes políticos para conduzir uma campanha eleitoral de sucesso, bem como o temor de gays e lésbicas de que a eleição de seus representantes contribuísse para o aumento da hostilidade contra as minorias sexuais, não viabilizou o ganho, por parte dessas minorias, de espaço no jogo político à época. Cf. LIMA, Délcio Monteiro de. **Os Homoeróticos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983. p. 183-189. Ao que parece, o cenário político descrito por Lima não foi significativamente alterado nas últimas décadas. Ainda que a participação nos processos eleitorais não pareça um problema no Brasil de hoje, a verdade é que as minorias sexuais encontram-se subrepresentadas no Poder Legislativo em decorrência da exclusão social e atmosfera de animosidade contra elas: os LGBTs muitas vezes deixam de votar em candidatos que promovem a diversidade sexual em decorrência da falta de informação, politização ou mesmo autoestima. Ademais, os poucos candidatos que explicitamente defendem essa diversidade e conseguem ser eleitos, sofrem uma oposição contínua e excessivamente agressiva contra todos os projetos de lei apresentados em prol da diversidade sexual. Cf. BORRILLO, Daniel. op. cit. p. 107.

⁴⁵⁷ A falta de oportunidades de participação nos processos de formulação e avaliação de políticas públicas configura uma privação de liberdade, a qual deve ser coibida pelo direito por meio da criação de mecanismos aptos a essa participação. Sen destaca o papel desses processos, afirmando que são essenciais à liberdade

nesse sentido é a criação de secretarias voltadas para a promoção da diversidade sexual nos níveis municipal, estadual e federal⁴⁵⁸, com representatividade da sociedade civil especializada na matéria e orçamento específico para a implementação de políticas públicas. Além da criação de secretarias especializadas, pode-se pensar na reserva de assentos em conselhos de direitos humanos, saúde, educação e em órgãos de entidades sindicais a organizações não-governamentais que tenham por objeto a promoção da diversidade sexual.

Com a maior participação das minorias sexuais na formulação de políticas públicas, será possível uma intervenção mais efetiva em instituições como a família, a escola, o funcionalismo público e a mídia, para alterar as estruturas sociais que encetam o preconceito⁴⁵⁹. No que concerne à família, por exemplo, seria interessante colocar à disposição, mediante divulgação pública, profissionais da área da saúde – como médicos e, principalmente, psicólogos – para atender LGBTs, bem como seus familiares. No âmbito da escola, é essencial promover a educação sexual, esclarecendo que não há hierarquia entre sexualidades, bem como capacitar educadores para lidar com a questão⁴⁶⁰. Já por meio da mídia, seria possível veicular uma campanha mais ampla, com o objetivo de criar uma cultura de paz e respeito à diferença, bem como de estimular eventuais vítimas de discriminação a apresentar denúncia junto às autoridades públicas. Esses constituem apenas exemplos de políticas públicas que podem ser propostas, analisadas e empregadas por órgãos de cuja composição participem ativamente representantes da sociedade civil que trabalhem na promoção da diversidade sexual.

É importante mencionar, nesse sentido, que o governo federal assumiu, em 2004, o compromisso de estimular a formulação de políticas públicas de inclusão das minorias

política, já que viabilizam o “exercício valorativo” de escolha de prioridades no empreendimento de políticas públicas. O autor fala, inclusive, no direito que as pessoas interessadas têm em participar de decisões que resultem na modernização, em detrimento da tradição cultural, ou vice-versa – na manutenção de hábitos culturais que dificultem o processo de modernização. Segundo Sen, não se pode presumir a defesa de valores tradicionais. Cf. SEN, Amartya. op. cit. p. 46-49.

⁴⁵⁸ MOTT, Luiz. op. cit. p. 922.

⁴⁵⁹ BORRILLO, op. cit. p. 109-113; MOTT, Luiz. op. cit. p. 922-924.

⁴⁶⁰ O “kit anti-homofobia”, uma iniciativa do Ministério da Educação em consonância com as diretrizes do programa “Brasil sem Homofobia”, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, constitui exemplo de política pública de promoção da diversidade sexual no âmbito da escola. O “kit” teve seu conteúdo determinado por organizações não-governamentais e foi desenvolvido por uma delas, antes de ser referendado pelo Ministério da Educação. A ideia era realizar o treinamento de educadores e, eventualmente, a educação sexual de alunos por meio do material desenvolvido, o qual incluía vídeos, cartilhas e livros. Apesar do seu potencial para o combate à homofobia no ambiente escolar, a distribuição do “kit” foi suspensa por determinação da presidente Dilma Rousseff, após forte oposição de parlamentares vinculados às bancadas religiosas do Congresso Nacional. Cf. FLOR, Ana. Dilma suspende 'kit gay' após protesto da bancada evangélica. **FOLHA.COM**, Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/920652-dilma-suspende-kit-gay-apos-protesto-da-bancada-evangelica.shtml>>. Acesso em: 08 dez 2014.

sexuais. Por meio do “Brasil sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania de Homossexuais”, o governo federal comprometeu-se com a promoção da cidadania LGBT por meio da afirmação dos direitos das minorias sexuais e do combate à discriminação homofóbica. Para cumprir com a sua meta, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação estabeleceu, no Programa, (i) o apoio a projetos de fortalecimento de instituições públicas e organizações não-governamentais que ajam na promoção da cidadania LGBT e/ou no combate à discriminação homofóbica; (ii) a capacitação de profissionais e representantes do movimento LGBT que atuem na defesa de direitos humanos; (iii) a divulgação de informações sobre direitos das minorias sexuais, bem como a promoção da autoestima vinculada à identidade LGBT; e (iv) o incentivo à denúncia de violações dos direitos das minorias sexuais⁴⁶¹.

O Programa é amplo, contando com propostas articuladas de promoção: (i) do direito à segurança, de modo a combater a violência e a impunidade contra as minorias sexuais; (ii) do direito à saúde, para assegurar atendimento e tratamento igualitários de indivíduos LGBTs em relação ao restante da população; (iii) do direito ao trabalho, para garantir uma política de acesso e de promoção da não-discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no ambiente de trabalho; (iv) do direito à cultura, para construir uma cultura de paz e de promoção da diversidade humana; e (v) do direito à educação para a população em geral, de modo a promover o respeito às minorias sexuais e a não-discriminação.

⁴⁶¹ Cf. CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p. 11.

CONCLUSÃO

A partir de uma análise conceitual da homofobia, bem como de suas origens e mecanismos de reprodução, o presente estudo constatou que o discurso contribui de maneira determinante na manutenção da ordem heterossexista, agindo no processo de estigmatização de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis. Colocadas de lado as ressalvas quanto à existência de uma dicotomia “fazer/ação” x “dizer/discurso” apresentadas nos itens 1.2.1 e 1.2.2, o discurso funciona como veículo linguístico por meio do qual a relação de subordinação entre as minorias sexuais e a maioria heterossexual e cisgênera é difundida e multiplicada, sendo o elemento comunicativo da discriminação – seja ela via discurso ou conduta – a única explicação para a manutenção do preconceito homofóbico. Nesse sentido, a versão mais radical do discurso discriminatório – denominada *hate speech*, no exterior, ou discurso de ódio – tem especial potencial para a desumanização das minorias, a exemplo do que já se observou em Estados totalitários, como a Alemanha nazista.

O exame de material produzido sobre a matéria revelou que o discurso de ódio, por definição: (i) é um ato discursivo, i.e., possui caráter eminentemente comunicativo; (ii) intimida e instiga ao ódio, de modo a instar determinado grupo de pessoas a deixar o espaço público, além de estimular as pessoas em geral a rejeitar esse mesmo grupo; e (iii) é forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, já que seu propósito é afirmar a inferioridade de determinada coletividade percebida enquanto tal pela sociedade. Assim, o discurso de ódio pode ser definido como:

um ato discursivo extremo, pautado por percepções subjetivas abstratas e negativas em relação a um determinado grupo minoritário, visando, direta ou indiretamente, à reafirmação de hierarquias socialmente construídas – a subordinação de minorias, sejam elas religiosas, étnicas, de gênero, sexuais ou quaisquer outras – por meio da intimidação e da promoção da intolerância. Ainda que não o faça de forma expressa, essa forma de discurso intenta negar ao grupo minoritário visado, a extensão de direitos que, a partir de uma aceção material da igualdade, são de sua titularidade. É, assim, uma conduta discriminatória.

Em razão de sua natureza segregacionista e desumanizadora, o discurso de ódio homofóbico gera danos não apenas às minorias sexuais, mas também à sociedade em que ocorre. É possível traduzir o impacto dessa forma de manifestação sobre a vida de indivíduos LGBT em: (a) limitações à liberdade dessas pessoas no espaço público, tendo em vista as restrições impostas por gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais à sua própria

liberdade, com a finalidade de minimizar as chances de sofrer agressões verbais e físicas; (b) desgaste psicológico e físico, haja vista os entraves ao desenvolvimento individual dos integrantes das minorias visadas; e (c) distorções econômicas, pois o que se observa em um ambiente permeado pelo discurso homofóbico é a institucionalização da desigualdade – inclusive econômica.

Contudo, são os efeitos nocivos do discurso de ódio sobre a sociedade como um todo que demandam a incisiva intervenção do Estado para restringir o exercício da liberdade de expressão: (d) a criação de uma atmosfera de hostilidade social, de desaprovação da homo e transexualidade que instiga a violência física na forma dos crimes de ódio, minando o projeto democrático de convivência que permite a coexistência de grupos sociais distintos de forma respeitosa; e (e) o desestímulo à pluralidade e, com isso, o déficit democrático, que pode ser traduzido no empobrecimento do debate público, tendo em vista a retração das pessoas que compõe o grupo visado pelo discurso de ódio. Em síntese, a neutralidade face a essa forma de discurso prejudica interesses democráticos, porque dá espaço a manifestações de “baixo valor” para fins deliberativos e, ao mesmo tempo, permite o silenciamento de pessoas que poderiam fazer contribuições mais significativas ao debate público, ao apresentar visões de mundo minoritárias.

Transpondo essas reflexões para o discurso jurídico, é possível afirmar que o direito à não-discriminação, oriundo das aspirações de igualdade que sustentam o ordenamento jurídico e o contexto político dos países democráticos, fundamenta eventuais limitações ao exercício da liberdade de expressão. A exemplo de outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta, ainda que a restrição ao seu exercício seja vista com suspeita em razão do passado autoritário de grande parte das atuais democracias ocidentais.

Deste modo, os principais argumentos pela intervenção do Estado para impor limites à liberdade de expressão como forma de garantir o respeito ao princípio da igualdade, consubstanciado no direito à não-discriminação, podem ser resumidos: (a) na promoção da equidade entre todos os engajados no debate público, já que (i) um “mercado de ideias” totalmente desregulado dificilmente conduzirá à “melhor ideia”; e (ii) em um cenário em que grupos sociais estão submetidos a ataques constantes, a legitimidade desse debate é contestável, haja vista a redução do potencial de participação das vítimas desses ataques; (b) na promoção da autonomia individual, pois ao garantir proteção às pessoas visadas pelo discurso de ódio da disseminação de intolerância e preconceito, o Estado estimula a presença de grupos marginalizados no espaço público, elevando a sua capacidade de autorrealização;

e (c) na promoção da tolerância, pois, muito embora o senso comum defenda que a liberdade de expressão tem a função de promover a tolerância como valor, é muito mais provável que a permissibilidade ao discurso de ódio provoque o acirramento da tensão entre grupos sociais distintos, gerando, em verdade, intolerância.

Assim, constatado dano em potencial à sociedade que jusfique os prejuízos advindos de eventual restrição à liberdade de expressão, o Estado deve interferir para regular o discurso no espaço público. Esse é justamente o caso do discurso discriminatório voltado a um grupo socialmente vulnerável que contribui para a manutenção de uma cidadania de segunda classe, colocando em risco a equidade política entre todas as pessoas, princípio que sustenta a democracia. Ao interferir nesse caso, o Estado não age de forma autoritária, mas protege os processos políticos da sociedade, promovendo a igualdade.

No entanto, os danos causados pela manifestação discriminatória só terão potencial suficiente para justificar a imposição de restrições ao exercício da liberdade de expressão quando o discurso de ódio: (a) não fizer real contribuição para qualquer debate de interesse público; (b) for externalizado intencionalmente, i.e., o seu autor teve deliberada intenção de discriminar; (c) for difundido amplamente, atingindo um número considerável de pessoas; e (d) fizer uso de linguagem agressiva e/ou que desumanize o grupo minoritário, ainda que de forma sutil.

A pesquisa sobre os limites da livre manifestação do pensamento no direito internacional e comparado empreendida na sequência revelou algumas diferenças no tratamento dispensado ao discurso de ódio.

Nos EUA, como esperado, as possibilidades de intervenção do Estado para limitar o exercício da liberdade de expressão são reduzidas, sendo permitidas apenas quando o discurso tem o potencial de causar violência iminente – parâmetro que desconsidera o potencial de irrupção da violência a longo e médio prazo, a partir da intensificação da hostilidade social de que são vítimas as minorias. Como ressaltado no item 3.1.1, o exame das decisões da Suprema Corte releva que a *ratio* por trás das restrições à liberdade de expressão tidas por compatíveis com a Constituição Estadunidense é a manutenção da paz e ordem públicas – e não a afirmação da igualdade e o combate à discriminação. Ademais, ao vetar limitações ao exercício da liberdade de expressão baseadas em ponto de vista específico, a Suprema Corte falha em perceber a justiça por trás do tratamento diferenciado de discursos hegemônicos e contra-hegemônicos: a influência que ambos discursos exercem na sociedade é desigual, já que as manifestações de natureza hegemônica contra grupos

vulneráveis podem, de fato, reverberar, enquanto que as manifestações contra-hegemônicas não são aptas a causar a marginalização de grupos majoritários.

A situação é diferente no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ainda que o espaço para a restrição ao exercício da liberdade de expressão para assegurar o direito à não-discriminação não seja tão amplo nas américas como aquele existente no continente europeu.

A partir do pronunciamento da Corte Interamericana no caso *Atala Riffo Vs. Chile*, bem como da redação da Convenção A-69, pode-se assumir que o sistema interamericano impõe aos Estados signatários da Convenção Americana a obrigação de combater a discriminação homofóbica, inclusive mediante a imposição de restrições ao discurso de ódio contra as minorias sexuais, observando os parâmetros da Corte em matéria de restrições à liberdade de expressão. Nesse sentido, é um dever similar àquele afirmado no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, com a ressalva de que o alcance da proteção à liberdade de expressão no sistema interamericano ainda é maior.

Em síntese, a Corte Interamericana, de forma similar à Corte Europeia, ao examinar a imposição de restrições à liberdade de expressão em um caso concreto, avalia: (a) se essas restrições constam de lei clara e precisa; (b) se elas são orientadas à consecução de objetivos legítimos – como a proteção de direitos de terceiros, por exemplo; e (c) se elas são proporcionais ao fim perseguido. Na análise realizada pelas duas Cortes, as restrições à liberdade de expressão devem mostrar-se necessárias em uma sociedade democrática ou ao menos compatíveis com a democracia. Para determinar essa compatibilidade, ambos os sistemas dispõem de diretrizes similares: (i) os Estados têm margem menos extensa para regular o discurso sobre matérias de interesse público no espaço público; por outro lado (ii) os Estados possuem maior liberdade para impor restrições ao discurso em espaços como a escola, o local de trabalho e os tribunais; (iii) um discurso ofensivo não necessariamente deve sofrer limitações, pois o que se deve levar em conta é a intenção do seu autor e o seu potencial de causar danos; e (iv) não é preciso atestar a relação direta entre a expressão de ódio e a existência de danos concretos, sendo suficiente que se perceba, de forma incontestável, o seu potencial de dano.

A grande diferença entre as diretrizes dos dois sistemas é, contudo, reflexo da versão em inglês do texto do art. 13.5 da Convenção Americana que veta o discurso de ódio somente quando vinculado à incitação de “violência ilegal” ou outras formas similares de ação. No entanto, deve-se considerar a possibilidade de o texto da Convenção A-69, ao entrar em

vigor, influenciar a interpretação do dispositivo da Convenção Americana mencionado acima, reforçando o compromisso do sistema interamericano com o combate à discriminação. O Brasil, como se sabe, deve observar o entendimento da Corte Interamericana, vez que assinou e ratificou a Convenção Americana, além de já ter assinado a Convenção A-69.

É importante destacar, nesse sentido, que os parâmetros para a limitação da liberdade de expressão em virtude do discurso de ódio racial empregados pelo STF no acórdão do caso Ellwanger não contrariam aqueles constantes das decisões das cortes internacionais: (i) as manifestações de natureza política – portanto, de caráter público – estão especialmente protegidas pela garantia da liberdade de expressão; (ii) por outro lado, opiniões que não façam contribuições para o debate público para temas de interesse da sociedade estão mais facilmente sujeitas a restrições; (iii) a legitimidade do Estado para impor restrições à liberdade de expressão é diretamente proporcional ao potencial de causar dano por meio da incitação ao ódio e à violência física; (iv) motivações de interesse público, como a garantia de uma sociedade pluralista, podem justificar a imposição de restrições ao exercício da liberdade de expressão; (v) deve haver a preferência pela imposição de restrições à forma de expressão do discurso, em benefício de seu conteúdo; e (vi) a situação de vulnerabilidade do grupo visado pelo discurso no Brasil é condição para a restrição à liberdade de expressão.

É importante ressaltar, contudo, que os argumentos aduzidos acima não constam de todos os votos, além de não terem sido introduzidos de forma sistemática pelos Ministros do STF em sua argumentação. Assim, não é possível afirmar que o caso Ellwanger estabeleceu solidamente todos os parâmetros por meio dos quais o Judiciário deve orientar suas decisões em matéria de discurso de ódio. De todo modo, o caso afirmou a constitucionalidade da imposição de limites à liberdade de expressão – inclusive por meio da persecução penal – como forma de combate à discriminação de grupos vulneráveis.

Os parâmetros estabelecidos no caso Ellwanger continuam sendo aplicáveis ao discurso de ódio “racial” – termo interpretado de forma suficientemente ampla para incluir a manifestação de ódio contra minorias étnicas e/ou religiosas, mas não outros grupos vulneráveis. Em virtude dos reveses sofridos pelo PLC 122/2006 que pretende estender a proteção contra o discurso de ódio conferida pelo art. 20 da Lei 7.716/89 a outras minorias, os LGBTs permanecem sem instrumentos legais de alcance nacional para combater o discurso de ódio homofóbico.

Impende mencionar, nesse sentido, a inaptidão da legislação penal que prescreve de forma genérica a injúria para combater o discurso de ódio homofóbico, pois essa conduta é socialmente mais condenável, já que reforça barreiras socialmente injustas impostas a um grupo em situação de vulnerabilidade. Ademais, do ponto de vista individual, o discurso de ódio enseja ataque adicional à dignidade da vítima, vez que a agride em razão de uma de suas características identitárias, agravando as restrições injustas da sua liberdade por meio da intimidação. Os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal e a Lei 7.716/89 esclarecem, nesse sentido, que o combate à discriminação demanda tratamento penal específico.

Destaca-se, ainda, que é preciso tratar uniformemente todas as formas de discriminação prejudiciais à sociedade brasileira, o que impõe a criminalização da discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, já que o discurso de ódio racista é considerado crime. Isso porque, tal qual outros grupos vulneráveis, as minorias sexuais permanecem à margem da sociedade brasileira, como atestam as estatísticas de violência contra gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, bem como a oposição ferrenha de setores da sociedade brasileira ao reconhecimento de seus direitos. Em síntese, não é aceitável prever tratamento diverso às manifestações de ódio homofóbico, o que prejudica a construção de uma sociedade verdadeiramente plural e democrática, pois apenas reforça a percepção de que a sociedade brasileira não repudia todas as formas de discriminação.

No entanto, para superar o preconceito por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, paralelamente à criminalização do discurso de ódio homofóbico nos mesmos termos aplicáveis às manifestação de ódio já tidas por delito no Brasil, é preciso adotar medidas complementares.

Essas medidas podem ser resumidas no emprego de remédios cíveis e administrativos para combater eventual dano a população LGBT que não possa ser revertido por meio da persecução penal – seja pela impossibilidade da incidência da lei penal ou pela sua insuficiência no caso concreto para reparar o dano causado. Como exemplo de remédios cíveis, é possível citar as decisões mencionadas no item 4.3 que determinaram a fixação de multa, revertida para a produção de material educativo de combate à discriminação, e do direito de resposta, que consistiu, no caso concreto, na transmissão via televisão de programas preparados pela sociedade civil tratando de questões afeitas aos direitos humanos, inclusive da identidade sexual.

Ao lado dos remédios cíveis, é importante destacar o papel da promoção da cidadania LGBT por meio de políticas públicas que propaguem uma cultura de valorização da diversidade humana e contribuam para a desconstrução do preconceito por motivo de orientação sexual e de identidade de gênero, sedimentado na sociedade brasileira. Aqui, cabe destacar o impacto negativo dos setores conservadores do país, que constatemente colocam à prova as conquistas da população LGBT, impondo óbices à construção de uma sociedade mais plural e aberta à diversidade. Exemplo dessa postura intolerante foi a pressão exercida sobre o governo federal, em 2011, para que a distribuição do “kit anti-homofobia” fosse suspensa, ainda que o “kit” constituísse importante intervenção no ambiente escolar, um dos mais sensíveis para as vítimas da homofobia.

BIBLIOGRAFIA

ABC DEMOCRACY. **Ronald Dworkin and Jeremy Waldron on Hate Speech**. Disponível em: <<http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/>>. Acesso em: 13 dez 2014.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ADAMS, Henry E.; WRIGHT, Lester W.; LOHR, Bethany A. Is Homophobia Associated with Homosexual Arousal? **Journal of Abnormal Psychology**, Washington DC, v. 105, n. 3, 1996. p. 440-445.

AKINS, J. Keith. The Ku Klux Klan: America's Forgotten Terrorists. **Law Enforcement Executive Forum**, s.l., v. 7, n. 5, Vol. 7, p. 127-141, 2006. Disponível em: <<http://www.uhv.edu/asa/articles/kkkamericasforgottenterrorists.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2014.

ALLPORT, Gordon W. **The nature of prejudice**, Massachusetts: Addison-Wesley Publishing, 1997.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARTICLE 19. **Freedom of expression and Equality: The prohibition of incitement to hatred in Latin America**. Santiago, 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/documents/issues/expression/iccpr/santiago/paulamartins.pdf>>. Acesso em: 07 dez 2014.

_____. **Panorama sobre Discurso de Ódio no Brasil**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf>. Acesso em: 06 dez 2014.

BAER, Susanne. „Sexuelle Selbstbestimmungsrechte“? Zur internationalen Rechtslage und denkbaren Konzeptionen von Recht gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. 1ªed. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 89-118.

BERTONI, Eduardo; RIVERA JR., Julio. The American Convention on Human Rights: Regulation of Hate Speech and Similar Expression. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012.

BONATO, José. Gays praticam "ato abominável", afirmam evangélicos em outdoor no interior de São Paulo. **UOL**, Ribeirão Preto, 19 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/19/gays-praticam-ato-abominavel-afirmam-evangelicos-em-outdoor-no-interior-de-sao-paulo.jhtm>>. Acesso em: 7 jun 2013.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **EL ABC del Derecho de la Unión Europea**. Luxemburgo: União Europeia, 2011.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia – História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BOSWELL, John. **Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality – Gay people in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century**. Chicago: University of Chicago, 1980.

BRASIL. Exame de Revisão Periódica Universal. **Relatório de Fevereiro de 2008**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atualizacao-internacional/programas/pdf/6_relatorio-nacional-do-brasil-de-2008-em-portugues_relatorio-nacional-do-brasil-para-rpu-de-2008>. Acesso em: 13 dez 2014.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara Nº 122, de 2006 (nº 5.003/2001, na Câmara dos Deputados). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>>. Acesso em: 22 nov 2014.

_____. Justiça Federal de São Paulo. Sentença do Processo N.º 0018988-73.2006.4.03.6100. TV Ômega Ltda e Ministério Público Federal. Juiz: Paulo Cezar Duran, julgado em 23 de julho de 2014.

_____. Procuradoria-Geral da República. Manifestação da PGR nos autos do Mandado de Injunção 4.733/DF (agravo regimental). ABGLT e Congresso Nacional. Procurador: Rodrigo Janot Monteiro de Barros, datada de 25 de julho de 2014.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Cidadania LGBT: Mapa de Boas Práticas Brasil – União Europeia**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/cidadania-lgbt-boas-praticas-brasil-uniao-europeia>>. Acesso em: 21 nov 2014.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Segundo Relatório Nacional do Estado Brasileiro apresentado no Mecanismo de Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. s.l., 2012. Disponível em: <http://www.sedh.gov.br/cooperacao/revisao-periodica-universal/Relatorio%20Nacional_RPU_Brasil_port_VERSaO_FINAL.pdf>. Acesso em: 7 abr 2013.

_____. Senado. Parecer do Senador Paulo Paim sobre o PLC 122/2006, de 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604&p_sort=D_ESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>. Acesso em: 22 nov 2014.

_____. Senado. Parecer do Senador Pedro Taques sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 22 nov 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do HC 82.424-2 do Rio Grande do Sul. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Inquérito 3.590/DF. Ministério Público Federal e Marco Antônio Feliciano. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12 de agosto de 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 16893/2000. Centro de Articulação das Populações Marginalizadas et al. e Sony Music Entertainment (Brasil) Indústria e Comércio Ltda. Relator: Desembargador Mario Robert Mannheimer, julgado em 10 de fevereiro de 2004.

BUTLER, Judith. **Excitable Speech – A Politics of the Performative**. Londres: Routledge, 1997.

CANADÁ. Suprema Corte. 3 S.C.R. 697. R. v. Keegstra, julgado em 13 de dezembro de 1990.

CARRARA, Sérgio; RAMOS, Silvia; SIMÕES, Julio Assis; FACCHINI, Regina. **Política, Direitos, Violência e Homossexualidade Pesquisa 9ª Parada do Orgulho GLBT - São Paulo 2005**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2006.

CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUNIOR, Alberto do Amaral e JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASELLA, Paulo Borba. Proteção das Minorias no direito internacional pós-moderno. In: ACCIOLY, Elizabeth (Coord.). **Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247-370.

CHRISTOU, Vasiliki E. **Die Hassrede in der verfassungsrechtlichen Diskussion**. Baden-Baden: Nomos, 2007.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 250/57. Communist Party (KPD) v. the Federal Republic of Germany, julgado em 20 de julho de 1957

_____. Application n. 8348/78. Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, julgado em 11 de outubro de 1979.

_____. Application n. 12774/87. B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, julgado em 12 de outubro de 1989.

_____. Application n. 25062/94. Honsik v. Austria, julgado em 18 de outubro de 1995.

_____. Application n. 31159/96. Marais v. France, julgado em 24 de junho de 1996.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe Anual 2004-2 da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Washington, 2004. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Expreisiones%20de%20odio%20Informe%20Anual%202004-2.pdf>>. Acesso em: 12 set 2014.

_____. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. Washington: OEA, 2010.

CONSELHO DA EUROPA. Assembleia Parlamentar. Sobre blasfêmia, insultos religiosos e discurso de ódio contra pessoas em razão de sua religião. Recommendation 1805 (2007), de 29 de junho de 2007.

_____. Assembleia Parlamentar. Sobre liberdade de expressão e respeito por crenças religiosas. Resolution 1510 (2006), de 28 de junho de 2006.

_____. Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. ECRI Declaration on the use of racist, antisemitic and xenophobic elements in political discourse, de 17 de março de 2005.

_____. Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. Sobre legislação nacional para combater o racismo e a discriminação racial. ECRI General Policy Recommendation no. 7, de 13 de dezembro de 2003.

_____. Comitê de Ministros. Declaration on freedom of political debate in the media, de 12 de fevereiro de 2004.

_____. Comitê de Ministros. Sobre a mídia e a promoção de uma cultura de tolerância. Recomendação n. R (97) 21, de 30 de outubro de 1997.

_____. Comitê de Ministros. Sobre “discurso de ódio”. Recomendação n. R (97) 20, de 30 de outubro de 1997.

_____. Comitê de Ministros. Sobre medidas para o combate à discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Recomendação CM/Rec(2010)5, de 31 de março de 2010.

_____. Comitê de Ministros. Sobre o Estatuto da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância. Resolution Res(2002)8, de 13 de junho de 2002.

_____. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, de 4 de novembro de 1950.

_____. Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, de 11 de maio de 1994.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Application n. 1813/07. Vejdeland and others v. Sweden, julgado em 9 de fevereiro de 2012.

_____. Application n. 9815/82. Lingens v. Austria, julgado em 9 de julho de 1986.

_____. Application n. 15615/07. Féret v. Belgium, julgado em 16 de julho de 2009.

_____. Application n. 15890/89. Jersild v. Denmark, julgado em 23 de setembro de 1994.

_____. Application n. 23118/93. Nilsen and Johnsen v. Norway, julgado em 25 de novembro de 1999.

_____. Application n. 23131/03. Norwood v. The United Kingdom, julgado em 16 de novembro de 2004.

_____. Application n. 23168/94. Karataş v. Turkey, julgado em 8 de julho de 1999.

_____. Application n. 24662/94. Lehideux and Isorni v. France, julgado em 23 de setembro de 1998.

_____. Application n. 28957/95. Case of Christine Goodwin v. UK, julgado em 11 de julho de 2002.

_____. Application n. 32307/96, Schimanek. v. Austria, julgado em 1º de fevereiro de 2000.

_____. Application n. 33985/96. Smith and Grady v. The United Kingdom, julgado em 27 de setembro de 1999.

_____. Application n. 35071/97. Gündüz v. Turkey, julgado em 4 de dezembro de 2003.

_____. Application n. 57383/00. Seurot v. France, julgado em 18 de maio de 2004.

_____. Application n. 59405/00. Erbakan v. Turkey, julgado em 6 de julho de 2006.

_____. Application n. 65831/01. Garaudy v. France, julgado em 24 de junho de 2003.

_____. Application n. 72596/01. Balsytė-Lideikienė v. Lithuania, julgado em 4 de novembro de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Serie C No. 73. Olmedo-Bustos Vs. Chile, julgado em 05 de fevereiro de 2001.

_____. Serie C No. 107. Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, julgado em 2 de julho de 2004.

_____. Serie C No. 135. Palamara Iribarne Vs. Chile, julgado em 22 de novembro de 2005.

_____. Serie C No. 141. López Álvarez Vs. Honduras, julgado em 1º de fevereiro de 2006.

_____. Serie C No. 177. Eduardo Kimel Vs. Argentina, julgado em 2 de maio de 2008.

_____. Serie C No. 193. Tristán Donoso Vs. Panamá, julgado em 27 de janeiro de 2009.

_____. Serie C No. 194. Ríos y otros Vs. Venezuela, julgado em 28 de Janeiro de 2009.

_____. Serie C No. 207. Usón Ramírez Vs. Venezuela, julgado em 20 de novembro de 2009.

_____. Serie C No. 239. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, julgado em 24 de fevereiro de 2012.

COMPARATO, Fábio K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEPUTADA católica Myrian Rios (RJ) discursa contra a PEC 23/2007 (uma espécie de PL 122 do Rio). Youtube (11 min.), 2011. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=1J_m0DLIEMc>. Acesso em: 17 jun 2013.

DONNELLY, Jack. Non-discrimination and sexual orientation: making a place for sexual minorities in the global human rights regime. In: BAHER, P.; FLINTERMAN, C.; SENDERS, M. **Innovation and Inspiration: Fifty years of the Universal Declaration of Human Rights**. Amsterdã: Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences, 1999. p. 547-573.

EUA. Suprema Corte. 343 U.S. 250. Beauharnais v. Illinois, julgado em 28 de abril de 1952.

_____. Suprema Corte. 395 U.S. 444. Brandenburg v. Ohio, julgado em 9 de junho de 1969.

_____. Suprema Corte. 432 U.S. 43. National Socialist Party of America v. Village of Skokie, julgado em 14 de junho de 1977.

_____. Suprema Corte. 505 U.S. 377. R.A.V. v. St. Paul, julgado em 22 de junho de 1992.

_____. Suprema Corte. 538 U.S. 343. Virginia v. Black, julgado em 7 de abril de 2003.

_____. Suprema Corte. 562 U.S. _____. Snyder v. Phelps, julgado em 2 de março de 2011.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **EU LGBT survey – European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey**. Viena: FRA, 2013. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf>. Acesso em 14 dez 2014.

_____. **Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis**. Viena: FRA, 2009. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/192-FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014.

_____. **Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part II – The Social Situation**. Viena: FRA, 2009. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014.

_____. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity – 2010 Update**. Viena: FRA, 2010. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1759-FRA-2011-Homophobia-Update-Report_EN.pdf>. Acesso em 13 dez 2014.

_____. **Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States**. Viena: FRA, 2011. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1659-FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf>. Acesso em 13 dez 2014.

_____. **Make hate crime visible in the European Union: acknowledging victims' rights**. Viena: FRA, 2012. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf>. Acesso em: 12 dez 2014.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 2011.

_____. **História da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. São Paulo: Edições Graal, 2010.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange**. Nova Iorque: Verso, 2003.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 37-63, 2012.

GAERTNER, Samuel L.; DOVIDIO, John F. Categorization, Recategorization and Intergroup Bias. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter Samuel; RUDMAN, Laurie A. **On the Nature of Prejudice: fifty years after Allport**. 1. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

GATO, Jorge; CARNEIRO, Nuno Santos; FONTAINE, Anne Marie. Contributo para uma revisitação histórica e crítica do preconceito contra as pessoas não heterossexuais. **Crítica e Sociedade: Revista de Cultura Política**, Uberlândia, v. 1, n. 1, p. 139-167, 2011.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade – Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1993.

GRANNIS, Eric J. Fighting words and fighting freestyle: the constitutionality of penalty enhancement for bias crimes. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 93, n. 178, p. 177-230, jan. 1993.

GREENBERG, David F.; BYSTRYN, Marcia H. **Christian Intolerance of Homosexuality**. In: **The American Journal of Sociology**, Chicago, v. 88, n. 3, p. 515-548, nov. 1982.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório 2012 – Assassinato de Homossexuais no Brasil**. Disponível em: <<http://homofobiamata.files.wordpress.com/2013/02/relatorio-20126.pdf>>. Acesso em 13 dez 2014.

GUERLENDIA, Nádia. Comissão aprova criminalização da homofobia no novo Código Penal. **Folha.com**, Brasília, 25 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1095978-comissao-aprova-criminalizacao-da-homofobia-no-novo-codigo-penal.shtml>>. Acesso em: 17 jun 2013.

GUIMARÃES, Arthur. Celular no bolso ajudou vítima de homofobia na av. Paulista. **UOL**, São Paulo, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/11/23/celular-em-bolso-de-rapaz-desmaiado-salvou-vitima-de-homofobia-na-av-paulista-diz-policia.jhtm>>. Acesso em: 13 dez 2014.

FLOR, Ana. Dilma suspende 'kit gay' após protesto da bancada evangélica. **FOLHA.COM**, Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/920652-dilma-suspende-kit-gay-apos-protesto-da-bancada-evangelica.shtml>>. Acesso em: 08 dez 2014.

HALLEY, Janet E. Gay Rights and Identity Imitation: Issues in the Ethics of Representation. In: KAIRYS, David (Org.). **The Politics of Law – a progressive critique**. 3. ed. Nova Iorque: Basic Books, 1998. p. 115-146.

HATZENBUEHLER, Mark L. The Social Environment and Suicide Attempts in Lesbian, Gay, and Bisexual Youth. **Pediatrics – Official Journal of the American Academy of Pediatrics**, Elk Grove Village, v. 127, n. 5, p. 896-903, 2011.

HERNANDES, Bruna Molina. **Discriminação Homofóbica e a Lei Estadual nº 10.948 de 5 de novembro de 2001**. São Paulo: Núcleo Especializado de Combate a Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5287>>. Acesso em: 21 nov 2014.

HONNETH, Axel. **Disrespect – The Normative Foundations of Critical Theory**. Cambridge: Polity, 2008.

_____. Patterns of Intersubjective Recognition: Love, Rights, and Solidarity. In: HONNETH, Axel. **The Struggle for Recognition – The Moral Grammar of Social Conflicts**. Cambridge: Polity, 1995. p. 92-130.

HUMAN RIGHTS FIRST. **2008 Hate Crime Survey**. Nova Iorque: Human Rights First, 2008. Disponível em: <<http://www.humanrightsfirst.org/wp-content/uploads/pdf/FD-081103-hate-crime-survey-2008.pdf>>. Acesso em: 23 mai 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Together, Apart – Organizing around Sexual Orientation and Gender Identity Worldwide**. Nova Iorque, 2009. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt0509web.pdf>>. Acesso em: 12 dez 2014.

HUTCHINSON, Darren Lenard. “Gay Rights” for “Gay Whites”? Race, Sexual Identity, and Equal Protection Discourse. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 85, n. 5, p. 1358-1391, 2000.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **Sexual orientation and gender identity in human rights law – Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union**. Genebra, 2007. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4ad5b8f32.html>>. Acesso em: 15 dez 2014.

KRATTENMAKER, Tom. Even religious freedom has limits. **USA Today**, s.l., 27 de março de 2011. Disponível em: <http://usatoday30.usatoday.com/news/opinion/forum/2011-03-28-column28_ST_N.htm>. Acesso em: 17 jun 2013.

LAING, Aislinn. Mugabe calls David Cameron 'satanic' for backing gay rights. **The Telegraph**, Johannesburg, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/david-cameron/8912132/Mugabe-calls-David-Cameron-satanic-for-backing-gay-rights.html>>. Acesso em: 29 jun 2013.

LIMA, Dêlcio Monteiro de. **Os Homoeróticos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

LOHRENSCHEIT, Claudia; THIEMANN, Anne. Sexuelle Selbstbestimmungsrechte – Zur Entwicklung menschenrechtlicher Normen für Lesben, Schwule, Transsexuelle und Intersexuelle. In: LOHRENSCHEIT, Claudia. **Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht**. 1ªed. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 15-40.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Prol Editora, n. 2, 2005.

MANNHEIMER, Michael J. The fighting words doctrine. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 93, n. 6, 1993, p. 1527-1571.

MARQUARDT, Alex. Moscow Mayor Bans 'Satanic' Gay Parade. **ABCNews**, Moscou, 26 de janeiro de 2009. Disponível em: <[http://abcnews.go.com/International/moscow-mayor-bans-satanic-gay-parade/story?id=9663327#Uc4O-vmTjk0](http://abcnews.go.com/International/moscow-mayor-bans-satanic-gay-parade/story?id=9663327#.Uc4O-vmTjk0)>. Acesso em: 28 jun 2013.

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

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MOTT, Luiz. Direitos humanos, homofobia e cidadania homossexual no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos humanos perspectivas e desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2.

MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. Linguistic Factors: Antilocutions, Ethnonyms, Ethnophaulisms, and Other Varieties of Hate Speech. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter; RUDMAN, Laurie A. **On the Nature of Prejudice – fifty years after Allport**. Oxford: Blackwell, 2005, p. 192-207.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. Sexualidades ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 121-161, 2009.

NIELSEN, Laura Beth. **License to Harass – Law, hierarchy, and offensive public speech**. Princeton: Princeton University, 2006.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. **Transições do Regime Autoritário – Primeiras Conclusões**. Tradução de Adail U. Sobral. São Paulo: Vértice, 1988.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual. Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.%20ESTATUTO%20DA%20DIVERSIDAD%20SEXUAL%20-%20texto.pdf>>. Acesso em: 17 jun 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório do Grupo de Trabalho de Especialistas em População Afrodescendente: Missão ao Brasil, A/HRC/27/68/Add.1 de 23 de setembro de 2014.

_____. Conselho de Direitos Humanos. Resolução sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, A/HRC/17/L.9/Rev.1 de 16 de junho de 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Inter-American Convention Against All Forms Of Discrimination And Intolerance (A-69) - Signatories and Ratifications**. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp>. Acesso em: 06 dez 2014.

O RISO dos outros. Direção de Pedro Arantes. São Paulo: Massa Real Filmes, 2012. Youtube (52 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uVyKY_qgd54>. Acesso em: 13 dez 2014.

Polícia Civil investiga agressões a gays em São Paulo. **Folha.com**, São Paulo, 5 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1196130-policia-civil-investiga-agressoes-a-gays-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 13 dez 2014.

Polícia divulga retrato falado de um dos agressores da av. Paulista. **Folha.com**, s.l., 8 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/842489-policia-divulga-retrato-falado-de-um-dos-agressores-da-av-paulista.shtml>>. Acesso em: 13 dez 2014.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Yogyakarta. **Princípios de Yogyakarta - Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**, 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 16 jun 2013.

RAOOF, Awaz. The Inter-American Anti-Discrimination Conventions and the Concealed Challenges Ahead. **Oxford Human Rights Hub**, Oxford, 03 de julho de 2013. Disponível em: <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/?p=2134>>. Acesso em: 13 out 2014.

RICHARDS, Jeffrey. **Sexo, Desvio e Danação – As minorias na Idade Média**. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação – discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Notas sobre a proposta de “Estatuto da Diversidade Sexual”, apresentado no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil. **CLAM**, s.l., 14 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=_BR&infoid=8637&sid=4>. Acesso em: 23 nov 2014.

_____. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em Defesa dos Direitos Sexuais**. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCA, Javier García. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?. In: ROCA, Javier García; SÁNCHEZ, Pablo A. Fernández (Coords.). **Integración europea a través de derechos fundamentales: de um sistema binario a outro integrado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 15-53.

ROSA, Vítor. Anteprojeto de Estatuto da Diversidade Sexual será encaminhado pela OAB ao Congresso. **Ordem dos Advogados do Brasil**, s.l., 07 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.oabrs.org.br/noticias/anteprojeto-estatuto-diversidade-sexual-sera-encaminhado-pela-oab-ao-congresso/16680>>. Acesso em: 23 nov 2014.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Working Papers Series 41**, Nova Iorque, abr. 2001. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939>. Acesso em 13 dez 2014.

_____. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech – rethinking regulation and responses**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, p. 242-289.

ROUGHGARDEN, Joan. Homossexualidade como traço adaptativo. **Mente & Cérebro**, São Paulo: Duetto, n. 185, 2008.

RUANE, Kathleen Ann. **Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment**. s. l., 2014. Disponível em: <<http://fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em: 14 dez 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.

SADI, Andréia. Juiz de Goiânia anula outra união estável entre homossexuais. **G1**, Brasília, 1º de julho de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/07/juiz-de-goiania-anula-outra-uniao-estavel-entre-homossexuais.html>>. Acesso em: 3 abr 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; e RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade: As origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda**. São Paulo: Idicid, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWAB, Jean-Luc. **Triângulo rosa: um homossexual no campo de concentração nazista**. São Paulo: Mescla, 2011.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Ouvidoria – Disque 100**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/disque100>>. Acesso em: 12 dez 2013.

_____. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 12 dez 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara, nº 122 de 2006: Tramitação**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604&p_sort=D ESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort>. Acesso em: 22 nov 2014.

SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. Nova Iorque: The Free Press, 1995. E-book versão Kobo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual: ADO 26 – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 22 nov 2014.

SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Hate crimes against lesbian, gay, bisexual and transgender persons and the policy response of international governmental organizations. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Antuérpia, v. 27, n. 4, dez. 2009, p. 485-524.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act of 2009**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/crt/about/crm/matthewshepard.php>>. Acesso em: 13 dez 2014.

TULKENS, Françoise. **When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights**. Estrasburgo, 2012, p. 3. Disponível em:

<http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/TULKENS_Francoise_Presentation_When_to_Say_is_To_Do_Freedom_of_Expression_and_Hate_Speech_in_the_Case_Law_of_the_ECtHR_October_2012.pdf>. Acesso em: 20 fev 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Croatia**. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/croatia/index_en.htm>. Acesso em: 03 jan 2014.

_____. EU Charter of Fundamental Rights. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF>>. Acesso em: 14 dez 2014.

_____. Parlamento Europeu. Resolution on the right to freedom of expression and respect for religious beliefs, 1510 de 28 de junho de 2006.

_____. Relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2008.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Chapter IV: Human Rights - International Covenant on Civil and Political Rights**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 25 fev 2014.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University, 2012. E-book versão Kobo.

WATT, Nicholas. Prejudice forms a new line between east and west. **TheGuardian**, Cracóvia, 8 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2006/may/08/gayrights.nicholaswatt>>. Acesso em: 28 jun 2013.

WEBER, Anne. **Manual on hate speech**. Estrasburgo: Council of Europe, 2009.

WEINBERG, George. **Society and the healthy homosexual**. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1972.

WORLD BANK. **The Economic Cost of Homophobia: How LGBT Exclusion Impacts Development**. Disponível em: <<http://live.worldbank.org/economic-cost-of-homophobia>>. Acesso em 13 dez 2014.