



O Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos (GECL) do Instituto Brasileiro de Direito e Religião (IBDR), vem, respeitosamente, por meio de seus membros e seu líder abaixo assinados, emitir PARECER referente ao Acórdão do TJ/SP em Recurso Inominado, que acompanha voto nº 679, do Relator, no sentido de condenar a Jornalista Madeleine Lacsco a pagar indenização por danos morais por racismo e transfobia em debate no Twitter.

1. CASUÍSTICA

Trata-se, inicialmente, de uma ação de indenização por danos morais, que foi proposta pela jornalista Madeleine de Freitas Lacsco, em desfavor de Rebecca Perucio Gaia, influenciadora transexual de redes sociais. A autora foi chamada de racista e transfóbica porque, ao responder um comentário da ré, usou o termo “*cara*”. A situação partiu do seguinte diálogo:

MADELEINE LACSKO: macho chiliquento 1 dá chilique contra o macho chiliquento 2 do grupo oposto. Cada grupo toma partido do seu próprio macho chiliquento e aponta um defeito mortal no outro. Até aí, beleza. O direito à imbecilidade é de todos. Mas por que está virando notícia de jornal?

JEFF NASCIMENTO: Madeleine, pergunto sem qualquer ironia ou intenções veladas: você está igualando uma reação a ato racista (perpetrado por um agente público) a chilique?

MADELEINE: Não. Estou comparando o comportamento cotidiano dos dois, a permissividade das redes com isso e o resultado tóxico. Um prega abertamente assassinato de pessoas contrárias à sua ideologia e fim do jornalismo. O outro prega racismo e um outro sem número sem número de coisas. Com engajamento.

JEFF NASCIMENTO: mas você acha que não é digna de cobertura da imprensa uma fala racista por parte de um agente público, por meio de canal de amplo alcance, independentemente da concordância (ou não) com as ideias defendidas pela pessoa atacada?

MADELEINE: Da cobertura sim, mas ela não foi feita. Fez-se apenas jornalismo declaratório, um braço importante do mecanismo de desinformação. Faltou contextualizar, ouvir especialistas e cobrar autoridades, o que seria o mínimo numa cobertura. Foi só engajamento.



JEFF NASCIMENTO: Certo. Então, me corrija se estiver enganado, sua crítica se dirige à cobertura da imprensa que, ao invés de focar no significado de fala racista de agente público contra ativista social, tratou o fato como um bate boca trivial entre dois “chiliquentos”. É isso?

MADELEINE: Sim. Agora alguém me alertou que esse tweet está solto da thread. Tem uma thread longa, uma série de artigos e um vídeo falando sobre como as plataformas promovem perfis tóxicos e polarizantes e como a imprensa tem seguido isso. Mas enfim, não tem como impedir ataques.

REBECCA GAIA: vai responder o @LeviKaique ou nem?

MADELEINE: Olá, cara! Já respondi. E também agradei enormemente a solidariedade de vocês nos ataques misóginos e ameaças de morte a mim e ao meu filho nos últimos 5 anos.

REBECCA GAIA: não contente em ser racista com o Levi, acabou de ser transfóbica [sic] comigo me chamando de cara. [...]

Em vista dessas últimas palavras acima, em que foi acusada de racista e transfóbica, a jornalista entrou com uma ação de indenização por danos morais, sustentando que jamais cometeu qualquer crime de racismo e/ou transfobia. Na petição inicial, sustentou que não foi indicado qual foi o ato contra a coletividade resultante de discriminação ou preconceito que teria cometido, e, portanto, estaria a influenciadora digital enquadrando-se nos tipos penais de calúnia e difamação, crimes contra a honra identificados pelos artigos 138 e 139 do Código Penal, no momento em que faz acusação pública, sem qualquer comprovação, compartilhando tal informação para os seus quase 70.000 (setenta mil) seguidores. Salientou que a parte Ré é do sexo masculino, possuindo nome social feminino, sem modificação do seu nome perante os registros civis. Asseverou, ainda, na peça exordial, que não pretendia censurar opinião, mas apenas limitar as publicações feitas a seu respeito que contenham informações falsas e ofensivas, a fim de cessar os atos atentatórios à sua honra e dignidade. Diante disso, o pedido da jornalista foi julgado procedente, condenando a parte Ré ao pagamento de indenização por danos morais pela ofensa à sua honra.

Não satisfeita, a Ré interpôs recurso inominado, por entender que a publicação da Madeleine deveria ser removida, e que a jornalista é quem deveria pagar danos morais por ter lhe chamado de “cara”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



deu parcial provimento ao recurso, no sentido de: 1. Determinar que os posts sejam excluídos; 2. a recorrente (GAIA) pagar R\$ 1.500,00 para a recorrida (LACSKO), e 3. a recorrida (LACSKO), a pagar R\$ 3.000,00 em favor da recorrente (GAIA). A decisão partiu do pressuposto que, primeiro, a recorrente de fato se referiu à jornalista como se ela tivesse cometido crimes, fato este tipificado pela legislação brasileira como calúnia; segundo, ao chamar a recorrente de “cara”, a recorrida estaria cometendo transfobia.

Desse modo, em razão da relevância do caso e da observação da questão das liberdades fundamentais, o Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos do IBDR vem se manifestar por meio de PARECER, por não concordar com a segunda decisão.

I. DA CIDADANIA DIGITAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A questão que impulsiona o processo envolve o que se conhece como cidadania digital. Trata-se de um conjunto de habilidades necessárias para participar de forma equilibrada nas redes sociais, usando-as de forma responsável¹. É importante destacar isso de forma introdutória, já que ao ler o diálogo percebemos os contornos de um contexto em que há oportunidade de se exercer a cidadania digital – duas pessoas com visões de mundo opostas, estabelecendo um diálogo ou debate.

Nos distantes anos 90, quando a internet entrou nos lares do mundo todo, possibilitando a visibilidade pública de interação em tempo real de pessoas geograficamente distantes, já se enxergava as dificuldades que tal exposição traria. O jurista Fernando Barcellos de Almeida, em sua obra “Teoria Geral dos Direitos Humanos”, publicada em 1996, escreveu acerca da liberdade de expressão:

Nessa questão do direito à liberdade de manifestação, surgiu, nos últimos anos, algo novo, inesperado, que causa até perplexidade, e que é a rede internacional de informática denominada Internet, pela qual qualquer pessoa do planeta tem acesso, de maneira quase instantânea, a informações amplamente diversificadas.

¹ MOSSBERGER, Karen; TOLBERT, Caroline J.; MCNEAL, Ramona S. Digital Citizenship: The Internet, Society, and Participation. Cambridge: The MIT Press, 2007. p. 1. DOI: <<https://doi.org/10.7551/mitpress/7428.003.0002>>



Os poderes públicos ainda não sabem como proceder e nem mesmo se é possível a regulamentação da Internet.

Fato é que até hoje, após três décadas de sua popularização, não se sabe ainda com segurança como o Estado pode legislar para regular a rede mundial de computadores sem violar as liberdades individuais, haja vista ser a Internet uma extensão da vida real, amplificada por alcançar comunidades maiores, com todas as consequências positivas e negativas possíveis dentro do espectro de relações humanas.

O psicólogo e autor Jordan Peterson, em um episódio de seu *podcast*, trata do avanço da ferramenta de inteligência artificial e o alvorecer do super-inteligência computadorizada. Nesse episódio ele comenta sobre conversas recentes que teve com várias pessoas na *House of Lords* do Parlamento do Reino Unido. Conta o intelectual canadense ter percebido que a maioria deles não estava ciente da guerra cultural entre os chamados “*woke*” e a defesa da liberdade de expressão; e os mais avançados no assunto haviam enxergado essa batalha apenas dezoito meses atrás – algo que já está ocorrendo durante os últimos dez anos. Ele conclui dizendo que os “*legisladores estão muito atrás da cultura, a cultura bem atrás da engenharia; então a probabilidade que os legisladores vão acompanhar os engenheiros é igual a zero - não vai acontecer*”².

Compreende-se, assim, que há um longo hiato de tempo para que os legisladores e os que aplicam as leis assimilem os efeitos de novas tecnologias e seus impactos sócio-culturais, até que estejam maduros acerca de suas implicações a ponto de regulá-las com alguma propriedade, de forma consistente e equilibrada.

Na área da comunicação e propagação de dados e conhecimento, as novas tecnologias desencadeiam reações ainda mais complexa, pois ao tornar informações disponíveis, que outrora poucas pessoas tinham acesso, gera-se uma rede de relações que é, praticamente, imparável. Podemos citar, como exemplo, o ocorrido durante a Reforma Protestante, fortemente impulsionada pela invenção da imprensa de Gutemberg. Tornou-se impossível conter a circulação de pensamento, ainda que a Igreja Católica, instituição

² The Jordan B. Peterson Podcast. Disponível em: https://youtu.be/S_E4t7tWHUY?t=6411 - (1.46.50 em diante). Acesso em 09 de junho de 2023.



dominante da época, tenha tentado barrar a distribuição de livros e panfletos com as novas ideias que surgiam e começaram a circular. Por essa facilidade inédita de circulação de conteúdo, sem fazer aqui qualquer análise doutrinária ou juízo de valor histórico, o impacto da Reforma na sociedade europeia foi gigantesco e inegável.

Há um ditado que diz que a história não se repete, mas rima. Com o advento da internet e das redes sociais, a tendência é que quaisquer restrições desses novos meios de comunicação não tenham vida longa, pois a mente do ser humano não pode ser colocada em cativeiro. Se a censura já era difícil na época dos meios de comunicação impressos, que poucos e seletos autores poderiam divulgar suas ideias, quanto mais na era da informática, em que qualquer cidadão pode falar para o mundo através de um celular que carrega em suas mãos. O que, com efeito, pode e deve ser feito, é punir os excessos.

Assim, ainda em fase de alcançar maturidade no uso da internet, a sociedade atual e os indivíduos devem ser educados através da cidadania digital, o que inclui a capacidade de avaliar criticamente informações encontradas na Internet, reconhecer notícias falsas, discernir o que é liberdade de expressão e o que é ofensa à dignidade da pessoa humana, além de compreender os princípios de privacidade e segurança online.

Contudo, nem todos os usuários estão dispostos a assumir esse compromisso, e é aqui que o caso de Rebecca Gaia e Madeleine Laksco ganha em importância, no momento em que aquela se dirige a esta com palavras que lhe ferem a honra objetiva, imputando-lhe crime, a influenciadora acaba por violar a dignidade da jornalista. Importa destacar o peso que tal princípio tem na aplicação do direito brasileiro, conforme dispõem os doutrinadores Thiago Rafael Vieira e Jean Regina³:

A dignidade da pessoa humana deve ser o norte da aplicação do Direito em nossa Nação, sendo ele um dos fundamentos do Estado Democrático e da República Brasileira (art. 1.º, III, da CRFB/1988). Assim, todos os princípios constitucionais devem se confrontar com a dignidade da pessoa humana, para, então, conformarem-se com ela.
[...]

³ VIEIRA, Thiago Rafael. REGINA, Jean Marques. **Direito Religioso: questões práticas e teóricas**. 3ª Ed. São Paulo: Edições Vida Nova, 2020, p. 95, 98 e 100.



A liberdade de expressão encontra um limite: a dignidade da pessoa humana. Todas as liberdades emanam da Dignidade da Pessoa Humana, inclusive a de expressão. Em outras palavras, todas as liberdades são servas da dignidade e trabalham para seu crescimento⁴.

[...]

Não há liberdade que, ao colidir com a dignidade humana, resista, porque é a dignidade da pessoa humana que possuiu o condão de tornar um axioma em liberdade.

Assim, a influenciadora não pode utilizar a liberdade de expressão como justificativa, quando pode estar cometendo um crime ao violar a honra e a dignidade da pessoa humana, ainda mais se levarmos em conta a quantidade de seguidores que possui. Se o desfecho da situação processual for no sentido de tornar equivalentes uma expressão do dia a dia com uma expressão que desqualifica o outro, o Judiciário sinaliza uma mensagem de relativização da dignidade da pessoa humana e torna igual duas posturas de importância muito diferentes.

Destarte, a liberdade de expressão encontra limites, como já apontado acima, pela dignidade da pessoa humana, ou, quando colide com outros direitos humanos que podem vir a prevalecer no caso concreto a ser analisado um por um, tais como direito à privacidade, à dignidade, à honra e à segurança, isso com o devido sopesamento.

Assim, pode ser restringida tal liberdade a fim de que não seja exercida de maneira abusiva, tal como quando usada para difamar, ou injuriar, ou caluniar terceiros. Nesse sentido, “a Carta Magna Brasileira coloca em roga algumas restrições, além de algumas qualificações, à liberdade de expressão, que podem ser exemplificadas [...] pelo dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X)”⁵.

Ao arbitrar que a jornalista pague danos morais a uma pessoa que, comprovadamente, manchou a sua reputação, não se equilibra direitos com interesses, o que foge da lógica básica constitucional. No caso em tela, quem cometeu o ato contra a honra deveria pagar um valor a título de indenização, e não quem estava se expressando

⁴ Ibidem, p. 98.

⁵ LabDH. **Liberdade de Expressão no Brasil – Relatório Temático**. Uberlândia-MG / Brasília-DF: LabDH/UFU e SNPG/MMFDH, 2022. 93p.



com uma palavra do vocabulário da língua portuguesa (“cara”) ser condenada a pagar valor dobrado, tendo de compensar a diferença.

II. DA NÃO OCORRÊNCIA DE TRANSFOBIA POR PARTE DA JORNALISTA

Registre-se, que as questões referentes a temas como orientação sexual e identidade de gênero são ainda muito voláteis, inexistindo acerca deles unanimidade ou amplo consenso. O que se busca é a **adoção da cautela**, evitando qualquer atuação jurídica que engesse ou inviabilize futuras discussões de tema ainda em construção.

O que não se pode admitir é que o ativismo político deste ou daquele grupo seja imposto a toda uma sociedade pelo seu exclusivo ponto de vista, lastreado em considerações pessoais uma postura desproporcionalmente combativa. A imposição de multa para a jornalista, SMJ, cria uma permissão jurídica para o uso de uma linguagem que torna a comunicação complexa, confusa, que dificulta a compreensão e gera ambiguidade. “Cara”, como um vocativo, é de gênero neutro, e não diz respeito apenas ao sexo masculino. Punir alguém por chamar outra pessoa de “cara”, seja qual seja seu sexo biológico ou identidade sexual, ultrapassa o limite do razoável. O professor Sérgio Rodrigues, pesquisador e autor do livro “Viva a Língua Brasileira”, alerta sobre essa situação:

No limite, isso [o exagero no politicamente correto] vai nos levar a uma sociedade de censura, de medo, de falta de circulação de ideias. Se entramos nisso, não vai ter fim. Vai ter sempre uma camada por trás que vai poder ser remexida e eu não vejo o que vamos ganhar com isso⁶.

Esse alerta se aplica no caso em comento, tendo em vista que a inclusão de identidades de gênero não binárias desafia as estruturas gramaticais tradicionais da língua – e o curso do processo corrobora isso, ao trazer uma “punição” para quem usou uma

⁶ DRESCHSEL, Denise. Presidenta e alunxs? O desafio da ideologia de gênero na sala de aula. Gazeta do Povo. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/presidenta-e-alunxs-o-desafio-da-ideologia-de-genero-na-sala-de-aula-6xqk0khf4y00zxfm4ckjexag4/> >



palavra que é substantivo feminino, genérica, e comumente usada. Liberdade e igualdade são princípios e valores de qualquer democracia. Como pode o direito deste ou daquele grupo se sobressair em relação aos demais, ainda mais no uso da língua cotidiana? Como se enfatiza determinado aspecto em detrimento a outros?

A doutrina afirma que a democracia repousa sobre três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade. Aristóteles já dizia que a democracia é o governo onde domina o número, isto é, a maioria; mas também disse que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais, ratificado por Alexis de Tocqueville no grande clássico: *A Democracia na América*. A igualdade – diz – é o primeiro atributo que os democratas põem como fundamento e finalidade da democracia. Não se pode privilegiar a proteção. Nessa linha, o Prof. José Afonso da Silva, ao discorrer sobre *Discriminações e Inconstitucionalidade*, leciona:

São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso não se estendeu à pessoa ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia⁷.

Importante salientar que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (STF), que equipara homofobia e transfobia ao crime de racismo, a Suprema Corte estabeleceu alguns parâmetros normativos que conferem maior nitidez à questão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

⁷ Silva, J. A. *Teoria do Conhecimento Constitucional*, Ed. Malheiros, 2014, pp. 447; 453; 479; 480.



- b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99;
- d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para **enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão;** e
- e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, **por maioria**, fixou-se a seguinte tese:
1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem **aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém**, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas



convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Plenário, 13.06.2019.

Verifica-se, que o STF, seguiu a tendência estabelecida no caso Ellwanger, que equiparou a racismo qualquer discriminação fundamentada em raça, cor etnia, religião ou procedência nacional, tendo acrescentado, após o julgamento da ADO, o critério orientação sexual e identidade de gênero, incluindo praticas homofóbicas ou transfóbicas, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, pois se qualificam como espécies do gênero racismo, na dimensão de “racismo social”.

Malgrado o importante entendimento do STF na ADO26, este não se aplica ao caso em análise, pois, ressalta-se, que **em nenhum momento Madeleine praticou conduta homofóbica e transfóbica, que configurasse aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero para se dirigir a Rebecca na rede social, vez que ela apenas utilizou o termo “cara”,** que é utilizado com frequência pelos brasileiros para dirigir-se a outras pessoas, independente do gênero sexual, portanto não há qualquer



possibilidade da expressão “cara” ser caracteriza com o fim transfóbico e racista, independente do contexto ou da situação prática.

Nesse sentido, smj, resta equivocado o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao condenar a jornalista Madeleine Lacsco por transfobia pelo simples uso do termo vocativo “cara” durante conversa com uma mulher transexual. Questiona-se se uma mulher biológica poderia ser indenizada sempre que alguém lhe chamasse de “cara”, o que é comumente ouvido. Fosse assim, os tribunais estariam congestionados com processos semelhantes ao caso em análise.

III. DA NÃO EXISTÊNCIA DE RACISMO

No julgamento da ADO 26, o Supremo Tribunal Federal acrescentou o critério orientação sexual e identidade de gênero, incluindo práticas homofóbicas ou transfóbicas, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89. Colhe-se do acórdão:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem **aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989**, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

No entanto, percebe-se que **para a configuração das condutas homofóbicas e transfóbicas é necessária a presença de aversão odiosa à orientação sexual** ou à identidade de gênero de alguém, ou seja, é fundamental a presença do **discurso de ódio**.

A Corte estabelece neste julgamento um conceito normativo para a definição de discurso de ódio no direito brasileiro, o qual se fundamentou em elementos do art. 20



do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁸, positivado em território nacional por meio do Decreto nº 592/92. Isso significa que, ao menos nesse momento, **a Suprema Corte vem entendendo que não é toda manifestação ofensiva ou odiosa que constitui discurso de ódio, mas apenas aquelas que incitam à discriminação, hostilidade ou violência.**

Importante citar a decisão do STF no julgamento do Inquérito 4694/DF, acerca de eventual crime de racismo em discurso contra minorias (negros, homossexuais e índios). Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que:

Declarações desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação não se investem de caráter discriminatório, sendo insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989⁹.

Portanto, tendo em vista o conceito normativo do discurso de ódio estabelecido pelo STF no julgamento da ADO 26, **não há a configuração de transfobia ou racismo** na conduta da jornalista Madeleine, **ao utilizar a expressão “cara”** quando se dirigiu a outra parte, vez que tal expressão não é utilizada para incitar a discriminação, hostilidade ou a violência.

Embora, até o momento, não se tenha uma definição conceitual razoável para os termos “incitação”, “discriminação”, “hostilidade” e “violência”, bem como para os termos “homofobia” e “transfobia”, pois o STF não concluiu o julgamento da ADO26 e, de acordo com o acordão: [...] os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento [...], conclui-se que não é possível enquadrar a homofobia e a transfobia qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei

⁸ Art. 20: 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

⁹ Inq 4694, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019.



nº 7.716/89 (racismo), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Por fim, para evitar que qualquer manifestação de opinião, debate de idéias, ou mesmo expressões neutras, como no presente caso, sejam enquadradas como racismo, transfobia ou homofobia, conceitos indeterminados e facilmente manipuláveis pelas minorias que se sentem ofendidas, deve-se atentar que discursos divergentes são inerentes à democracia e, na maioria dos casos, gravitam no direito da liberdade de expressão.

IV. CONCLUSÃO

Isto posto, o Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito e Religião, entende que a utilização do termo “cara” pela jornalista Madeleine não configura transfobia ou racismo, vez que para sua configuração é necessária a presença de aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, ou seja, é fundamental a presença do discurso de ódio. E, o termo “cara” não tem essa configuração, pois é comumente utilizado pelos brasileiros para se dirigir ao outro, independente da orientação sexual.

Percebe-se que a decisão em condenar a jornalista por danos morais, ao entender que a utilização do termo “cara” configura transfobia, acaba por gerar ainda maior tensão, pois acirra o preconceito e perseguição, sob a justificativa de estar ampliando a proteção de grupos minoritários, enquanto o que deve se buscar por meio das decisões judiciais é a pacificação social e não o contrário.

Saliente-se, por fim, que os impactos da permissão seletiva são preocupantes em um mundo onde a cidadania digital é uma realidade. Definitivamente, não é por meio da imposição do politicamente correto que a Internet se tornará um ambiente mais polido, saudável e seguro. Isso se tornará uma realidade através do respeito às diferenças de opinião e tolerância entre as diversas visões de mundo existentes em uma nação pluralista, tal qual o nosso Brasil.



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO E RELIGIÃO
ibdr@ibdr.org.br | www.ibdr.org.br

Grupo de Estudos Constitucionais e Legislativos do IBDR - GECL



É o parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 10 de junho de 2023.

Dra. Bárbara Barbosa

Membro do IBDR e do GECL

Relator da Temática bioética, filosofia e questões controversas.

Dr. Warton Hertz de Oliveira

Diretor Técnico do IBDR

Dra. Silvana Neckel

Líder do GECL

Dra. Andressa Patto

Vice-Líder do GECL

Dr. Gabriel Almeida

Vice-Diretor Técnico do IBDR

Revisão e de acordo:

Prof. Dr. Thiago Rafael Vieira
Presidente do IBDR