

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MARLON FERREIRA PEREZ**

DIREITO E RELIGIÃO: uma análise do âmbito de incidência das liberdades de pensamento, de expressão e da liberdade religiosa

**Juiz de Fora
2018**

MARLON FERREIRA PEREZ

DIREITO E RELIGIÃO: uma análise do âmbito de incidência das liberdades de pensamento, de expressão e da liberdade religiosa

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do título de bacharel. Área de concentração Direito Constitucional, sob orientação da Profa. Joana de Souza Machado.

**Juiz de Fora
2018**

AGRADECIMENTOS

Esta dedicatória vai ao(s) meu(s) anjo(s) da guarda, xs mentorxs espirituais, pois também a elx(s) se deve o sucesso deste trabalho. Muito obrigado por estarem comigo em minha jornada!

Muita paz, muita luz, muito amor!

Resumo

O presente trabalho aprecia a relação entre Direito e religião, no tocante às liberdades. O propósito é analisar como o Direito brasileiro trata da questão do uso de elementos religiosos em um contexto blasfemo, perquirindo sobre o alcance do âmbito de incidência da atividade expressiva quando confrontada pela pretensão de defesa da ideia de sacralidade que esses mesmos elementos representam dentro de um contexto religioso. Da liberdade de pensamento derivam-se outras em torno das quais a discussão irá girar, com enfoque nas liberdades de expressão e religiosa. À luz da doutrina de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink será analisado como as violações a essas liberdades podem se configurar, utilizando para esse fim o critério de controle em três fases (Drei-Schritt-Prüfung). Durante o desenvolvimento da análise serão identificados exemplos concretos em que a atividade expressiva blasfema gerou efeitos na esfera judiciária que servirão de base para a análise das liberdades em geral. Assim, busca-se antever, com base nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, uma solução para o embate – cada vez mais frequente – entre as inúmeras formas de atividade expressiva e a ofensa religiosa, de forma a priorizar a pluralidade de ideias em detrimento da vedação ao sacrilégio.

Palavras-chave: Liberdade de pensamento. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Sentimento religioso. Religião.

Abstract:

The present work aims to apprise the relation between Law, with regard to freedoms. The purpose is to analyze how the Brazilian Law deals with the problem of the use of religious elements in a blasphemous context, asking about the scope of the incidence of expressive activity when confronted by the pretension to defend the idea of sacredness that these same elements represent within a religious context. From freedom of thought are derived others around which the discussion will revolve, focusing on freedom of speech and freedom of religion. In the light of the doctrine of Bodo Pieroth and Bernhard Schlink will be analyzed how the violations of these freedoms can be configured, using for that purpose the criterion of control in three phases (Drei-Schritt-Prüfung). During the development of the analysis concrete examples will be identified in which the expressive blasphemous activity has generated effects in the judicial sphere that will serve as the basis for the analysis of freedoms in general. In this context, we seek to foresee, on the basis of doctrinal and jurisprudential understandings, a solution to the clash - increasingly frequent - between the numerous forms of expressive activity and religious offense, in order to prioritize the plurality of ideas to the detriment of fence to sacrilege.

Keywords: Freedom of thought. Freedom of expression. Freedom of religion. Religious feelings. Religion.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	12
2.	DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1.	Âmbito de proteção, âmbito de ingerência e justificação jurídico-constitucional	15
2.2.	A resolução de casos de direitos fundamentais	17
3.	LIBERDADE DE PENSAMENTO	19
3.1.	Recorte de análise do tema	21
3.1.1.	Liberdade de opinião em seu aspecto interno: liberdade de crença e de consciência	21
3.1.2.	Liberdade de opinião em seu aspecto externo: liberdades de comunicação, religião, expressão intelectual, artística, científica e cultural e transmissão e recepção do conhecimento	22
3.2.	Liberdades artística e cultural	23
3.2.1.	Conteúdo da liberdade artística	24
3.2.2.	O controle em três fases	27
4.	LIBERDADE DE EXPRESSÃO	27
4.1.	Direitos de personalidade e liberdade de expressão: a quem a blasfêmia ofende?	32
4.1.1.	O controle em três fases	37
5.	LIBERDADE RELIGIOSA.....	41
5.1.	A relação entre Estado e religião	43
5.2.	O controle em três fases	45
5.3.	O RHC 134.682/BA e o sentimento religioso	47
6.	CONCLUSÃO	50
7.	REFERÊNCIAS.....	51

1. INTRODUÇÃO

Os temas atinentes a Direito e religião provavelmente atrairão para si holofotes do mundo jurídico brasileiro, pois observa-se uma movimentação em busca de poder de setores ligados a entidades religiosas. A influência que grupos religiosos exercem atualmente na cultura nacional não é certa, mas inegavelmente a capacidade de influenciar aumentou, haja vista que parcela da mídia já se encontra sob o controle de Igrejas. No cenário político, figuras religiosas têm ganhado destaque e, conseqüentemente, força para aprovar ou obstar pautas de acordo com interesses que defendem.

Segundo dados fornecidos pela Câmara dos Deputados¹, a Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional conta com 199 dos 514 deputados eleitos, dentre os mais variados partidos. Se se considerar a Frente Parlamentar Mista Apostólica Romana, o número sobe para 215, excetuada a contagem dos senadores. Nesse quadro, as discussões que envolvem religião tornam-se juridicamente relevantes, pois os Poderes podem se ver coagidos a operar em conformidade com determinada moral religiosa, gerando reflexos no Direito e, em função disso, afetando a vida de todos. O presente trabalho se propõe, justamente, a discutir um dos temas que se encaixam no contexto apresentado.

O legislador constitucional reconheceu a necessidade humana de desenvolvimento espiritual e a consagrou como um direito fundamental na forma de liberdade religiosa. Essa liberdade é a garantia de poder viver em sociedade segundo suas crenças ou sem crença alguma. As religiões variam em inúmeros aspectos, mas todas partilham a característica de configurar-se como sistemas de convicções em entes divinos.

Dessas convicções surge uma posição de profundo respeito, de veneração, daqueles que creem, os crentes, para com os objetos de crença, os elementos religiosos, entendendo-se aqui como elementos religiosos tudo aquilo que possui um aspecto sagrado na visão do crente, podendo ser um símbolo, como a cruz; uma

¹ O site da Câmara dos Deputados fornece listas de todas as Frentes Parlamentares no Congresso Nacional, com nomes e partidos dos integrantes. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>> Acesso em: 12 de junho de 2018

situação retratada num livro sagrado, como a Última Ceia; ou mesmo a figura dos próprios entes divinos.

Desrespeitar o que o crente considera sagrado causa, no mínimo, uma ofensa ao seu sentimento religioso, que não deve ser menosprezada, a exemplo das dimensões contextuais no caso envolvendo o jornal satírico francês, Charlie Hebdo. Entretanto, aquele que desrespeita o que é sagrado dentro de uma religião o faz mediante a manifestação de seu pensamento, trazendo à tona o amparo de outras liberdades igualmente asseguradas pela Constituição Federal de 1988, como a liberdade de expressão.

Dessa maneira, numa situação em que alguém, em seu exercício expressivo, retrata um elemento religioso sem o devido respeito imposto pela ideia de sacralidade que lhe é atribuída pela pertinente religião, vindo com isso a ofender o sentimento religioso dos crentes, observa-se que as pretensões de defesa dos direitos de ambos remetem às liberdades.

Isso posto, surgem duas perguntas: (I) seria o sentimento religioso tutelado pela liberdade religiosa e, em função disso, haveria uma ofensa a essa liberdade? Por outro lado, (II) a manifestação de pensamento que, inegavelmente, for blasfema por não respeitar a sacralidade de uma simbologia, estaria protegida pelo direito à liberdade de expressão contra determinadas medidas estatais?

Este trabalho tem por objetivo analisar como o Direito brasileiro responde a essas questões, valendo-se para tanto de análise legal, doutrinária e jurisprudencial como forma de vislumbrar o âmbito de incidência das liberdades em potencial conflito. Todavia, o tema não será analisado à luz da doutrina da colisão de direitos fundamentais, pois, caso fosse, estar-se-ia partindo do pressuposto de que tanto a manifestação de pensamento blasfema quanto o sentimento religioso se encontram dentro do âmbito de proteção de suas respectivas liberdades.

Não se valerá, portanto, do princípio da proporcionalidade como método resolutivo do problema, mas, antes, buscar-se-á entender o alcance da proteção conferida por tais direitos fundamentais, levando-se em conta, inclusive, aspectos histórico-sociais que fazem parte da gênese desses direitos. Para tanto, utiliza-se como referencial teórico a doutrina de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink para a identificação de violações aos direitos fundamentais, mediante esquemas de

perguntas que consideram a ingerência do Estado e suas justificações jurídico-constitucionais, voltadas, especialmente, para a solução de casos práticos.

Em todas as análises das liberdades tentar-se-á responder às perguntas elaboradas pelos autores mediante o critério lógico-dedutivo, apoiando-se as respostas nas doutrinas e jurisprudências nacionais. Serão mencionados casos concretos em que o problema aqui tratado é identificável, utilizando-os como exemplos específicos para o fim de responder aos esquemas.

Será visto que a manifestação de uma ideia blasfema além de tocar sempre na liberdade de expressão, também poderá se dar através do exercício da liberdade artística ou qualquer outra forma de manifestação cultural, como a música. Nesse contexto, será aferido como a atuação estatal em sede judicial poderá prejudicar o ambiente democrático na medida em que cerceia ideias que não respeitam a concepção do sagrado das religiões, além de explanar sobre o problema de conceitos abertos como o de “arte”.

Serão levantados os limites da liberdade de expressão de modo a verificar se há relação entre eles e a blasfêmia, considerando, inclusive, a análise da questão segundo princípios da hermenêutica constitucional. Será analisada a questão da ofensa aos direitos de personalidade, notadamente a honra, como limite à atividade expressiva, buscando-se entender se realmente essa situação configura-se dentro do tema, bem como uma possível preferência de um direito sobre outro.

Somado a isso, será visto como o a liberdade religiosa deve ser interpretada dentro da relação entre Estado e religião, percebendo também quais são os objetivos dessa liberdade, identificando o que ela protege para que se entenda como pode uma ideia blasfema lesar esse direito fundamental.

Ao fim espera-se confirmar a hipótese de que os âmbitos de incidência das liberdades de expressão e religiosa não se confundem quando a manifestação de pensamento é considerada uma blasfêmia, afastando-se, com isso, a pretensão de defesa de sentimentos religiosos segundo a alegação de ofensa à liberdade de religião.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Âmbito de proteção, âmbito de ingerência e justificação jurídico-constitucional

Os autores Bodo Pieroth e Bernhard Schlink² estabelecem uma distinção entre âmbito de proteção (ou âmbito normativo) e âmbito de regulação. O primeiro diz respeito ao recorte da vida que um direito fundamental faz e sobre o qual irá garantir direitos, enquanto o âmbito de regulação indica o domínio da vida a que se refere a norma, mas sem recortá-lo³.

Nessa visão pode-se dizer, por exemplo, que o âmbito de regulação da liberdade de reunião, assegurado pelo art. 5º, XIV da Constituição Federal de 1988, refere-se a todas as reuniões, sem distinção, mas o âmbito de proteção dessa liberdade só abarca as que forem “pacíficas e sem armas”.

A definição do âmbito de proteção de um direito fundamental é essencial para que se resolva um caso prático, na medida em que identifica como pode o particular se “prevenir ingerências do Estado numa conduta, ou quando também deseja a proteção do Estado”⁴. Essa tarefa de definição deve ser realizada segundo uma interpretação constitucional sistemática que considere outros preceitos constitucionais⁵, visando evitar que a Constituição entre em contradição consigo mesma.

De toda forma, é certo que os direitos fundamentais produzem efeitos na forma de “garantias jurídico-fundamentais”⁶, de modo que em seus conteúdos podem ser encontrados outros direitos. Por vezes, esses direitos podem entrar em conflito, em função de seu exercício fático, implicando na necessidade de limites, de ingerências por parte do Estado.

² O inteiro teor da obra pode ser encontrado, em português, na obra: PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos Fundamentais**. Trad: Antonio Franco e outros. São Paulo: Saraiva, 2012.

³ Cf. PIEROTH, B.; SCHLINK, B. cit., n.m. 214, p. 73.

⁴ Ibid., n.m. 221, p. 73.

⁵ Ibid., n.m. 246, p. 79.

⁶ Ibid., n.m. 218, p. 73.

Para os autores, os conceitos de ingerência, limite, limitação ou restrição, afetação, redução ou delimitação, são sinônimos⁷. No entanto, podem ser entendidos de forma diversa:

por vezes, os conceitos de limite e de limitação são entendidos em outro sentido, como designação da fronteira que separa a realidade da vida protegida jurídico-fundamentalmente da realidade da vida não protegida jurídico-fundamentalmente, que separa o âmbito de proteção do âmbito de regulação ou de outro âmbito de proteção colidente (PIEROTH, B.; SCHLINK, 2012, p.74)

As ingerências possuem um conceito clássico de quatro pressupostos⁸, a saber, (I) ser consequência final e não meramente involuntária de uma atuação do Estado dirigida a outros fins; (II) ser consequência imediata e não mera, ainda que intencional, consequência mediata da atuação do Estado; (III) ser ato jurídico com efeito jurídico e não com mero efeito material; (IV) ser ordenada ou imposta pela ordem e coação.

Todavia, o conceito moderno não estabelece essas distinções, bastando que haja uma “atuação do Estado que torne total ou parcialmente impossível ao particular uma conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental”⁹, independentemente dos pressupostos supracitados.

Nas palavras dos autores:

verifica-se uma ingerência, um limite, uma limitação ou restrição, uma afetação, uma redução ou uma delimitação por parte do Estado, sempre que o particular é por este impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental. (PIEROTH, B.; SCHLINK, 2012, p.75).

As ingerências podem ser individuais (ato administrativo, sentença judicial) ou gerais (lei, regulamento jurídico, regulamento autônomo)¹⁰. O dever de informar as autoridades é um exemplo de ingerência lícita no âmbito de proteção da liberdade de reunião¹¹. O problema das ingerências reside nas impossibilidades de justificação jurídico-constitucionais, o que significa ilicitude. A justificação jurídico-constitucional nada mais é do que a motivação do Estado para a interferência no exercício dos direitos fundamentais. É o respaldo jurídico que uma intervenção estatal deve ter para agir nesse sentido.

⁷ Ibid., n.m. 223, p. 74.

⁸ Ibid., n.m. 251, p. 79.

⁹ Ibid., n.m. 253, p. 79.

¹⁰ Ibid., n.m. 223, p. 74.

¹¹ Ibid., n.m. 234, p. 76.

Para que uma intervenção ou ingerência seja lícita, ela deve estar em conformação com o ordenamento jurídico, ou seja, deve haver uma expressa previsão constitucional de interferência legislativa. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink falam em reserva de lei ordinária, qualificada e dos direitos sem reserva (2012, p.81).

Embora sejam tipologias alemãs, seus significados são os mesmos das reservas legais simples, qualificadas e da inexistência de reserva no Direito brasileiro. Nas hipóteses em que a própria lei estabelece limites ao exercício dos direitos fundamentais ocorre uma exclusão da conduta no âmbito de proteção dos mesmos.

Essas três conceituações, a de âmbito de proteção, âmbito de ingerência e justificação jurídico-constitucional serão de vital importância para as análises das liberdades, como se verá a seguir.

2.2. A resolução de casos de direitos fundamentais

Na abordagem dos autores, quando um indivíduo pretende defender-se de uma medida estadual, o que se busca é saber se a medida está de acordo com um direito fundamental ou se viola esse direito. Dessa forma, deve-se proceder mediante o controle em três fases (Drei-Schritt-Prüfung)¹², que verificará o âmbito de proteção, a ingerência e sua justificação jurídico-constitucional.

Só haverá uma violação ao direito fundamental quando (1) o âmbito de proteção tenha sido afetado por (2) uma ingerência do Estado que (3) não pode ser justificada jurídico-constitucionalmente¹³. Dentro desse controle, a questão em torno do núcleo do direito fundamental pode sofrer duas modificações. A primeira ocorre nos casos em que se analisa a igualdade, o que faz com que as perguntas sejam feitas de outra maneira. A segunda modificação, que é pertinente a esse trabalho, ocorre quando o indivíduo “não pretende, ou em todo o caso não apenas pretende, prevenir uma ingerência num direito fundamental de liberdade ou de igualdade, mas também conseguir que o Estado adote determinada conduta”¹⁴.

¹² Ibid., n.m. 9, p. 27.

¹³ Ibid., ibidem.

¹⁴ Ibid., n.m. 11, p. 28.

Nessa segunda modificação o controle de três fases deverá responder (1) se uma conduta para a qual se pretende proteção cai no âmbito de proteção, (2) se existe uma obrigação do Estado de proteção da conduta e (3) se esta obrigação de proteção não é satisfeita pelo Estado¹⁵. Esses são, portanto, os critérios usados para averiguar violações. Contudo, apenas com o objetivo de orientar a interpretação¹⁶, os autores elaboraram um esquema organizacional que consta a seguir.

Para saber se um direito fundamental de liberdade é violado por uma medida do Poder Executivo ou do Poder Jurisdicional, procede-se às três perguntas chave já citadas, sendo que a última é respondida de forma mais elaborada, seguindo o raciocínio de outras perguntas. Seja chamado esse de “esquema 1”:

- I. Cairá a conduta a que a medida se aplica no âmbito de proteção do direito fundamental?
- II. Constituirá a medida uma ingerência no âmbito de proteção?
- III. Estará a ingerência justificada jurídico-constitucionalmente?
 1. Existirá uma base legal constitucional para a medida?
 2. Será a medida, por seu lado, constitucional?
 - a) Será que a medida aplica a lei numa interpretação conforme à Constituição e, em especial, aos direitos fundamentais?
 - b) Será a medida proporcional?
 - c) Dirigir-se-á a medida de uma forma clara e determinada ao atingido? (PIEROTH, B.; SCHLINK, 2012, n.m.360, p.97)

Já para identificar a pretensão de defesa de um direito fundamental mediante uma ação do Estado, as perguntas devem ser:

- I. Cairá a conduta, para a qual é solicitada a proteção, no âmbito de proteção do direito fundamental?
- II. Haverá uma obrigação dos poderes do Estado de proteção da conduta em face dos perigos?
 1. Exigirá o direito fundamental a proteção de uma maneira expressa?
 2. Estará a liberdade de conduta de fato ameaçada?
 3. Será que a ameaça é eliminada ou reduzida por via da proteção solicitada?
 4. Será de fato e legalmente possível a proteção solicitada dos poderes do Estado?
- III. Satisfará o poder do Estado a obrigação de uma maneira diferente da solicitada?
 1. Será que o poder do Estado atuará para proteger a conduta?
 2. Terá o poder do Estado um fundamento legítimo para não atuar da maneira solicitada? (PIEROTH, B.; SCHLINK, 2012, n.m.361, p.97)

Seja este último chamado de “esquema 2”. Voltando essa técnica de controle em três fases para a temática, observa-se que o esquema 1 será aplicado nos casos em que pretende-se entender se há afetação das liberdades que – pelo menos

¹⁵ Ibid., ibidem.

¹⁶ Ibid., n.m. 358, p. 96.

aparentemente – pesam a favor do indivíduo que manifestou seu pensamento de forma blasfema, como a artística ou a de expressão, visto que pode haver uma ingerência nessa conduta em favor da liberdade religiosa.

Já no caso da liberdade religiosa, o que se verifica é que o indivíduo que teve seu sentimento religioso lesado pode vir requerer uma ação do Estado para que lhe forneça uma proteção face ao exercício expressivo daquele que desrespeitou elementos sagrados de sua crença. Nesse caso, o questionário cabível para averiguar a violação é o esquema 2.

Em ambos os casos, somente uma resposta afirmativa leva à pergunta seguinte¹⁷. Uma negação aos algarismos romanos I e II demonstra que não há violação. Já nos algarismos arábicos e nas letras, a negação demonstra que há violação. De toda forma, esse é um esquema organizacional que apenas visa dar mais substância argumentativa ao controle de três fases, sendo que “o decisivo é saber se as perguntas posteriores, como se depreende da situação de fato, ainda são problemáticas”¹⁸.

3. LIBERDADE DE PENSAMENTO

Constitucionalmente a liberdade foi garantida sob diversas formas, dividindo-se em cinco grandes grupos¹⁹:

- (1) Liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação);
- 2) Liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- (3) Liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) Liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão);
- (5) Liberdade de conteúdo econômico e social;

¹⁷ Ibid., n.m.362, p. 98.

¹⁸ Ibid., ibidem.

¹⁹ Cf. SILVA, J. A. D. Cit., p.237.

O grupo cujas liberdade se pretende analisar, como pode-se aferir, é o abarcado pela liberdade de pensamento, pois diz respeito à manifestação de ideias.

É evidente que no âmbito subjetivo o pensamento é livre, irrestrito. Cada um pode pensar o que quiser, onde quiser e quando quiser, todavia, isso não basta. O ser humano precisa ter seguridade de que não será punido por expressar suas ideias, pois quem tem uma opinião tem o desejo de “conformar o mundo segundo sua visão, necessitando destarte de liberdade para exprimir suas crenças e opiniões” (BASTOS, 1999, p.187).

Nesse sentido se posiciona José Afonso da Silva, que entende a liberdade de pensamento como uma “exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente”²⁰. Na esteira da divisão proposta pelo autor, a liberdade de pensamento é basicamente constituída pela liberdade de opinião, que possui uma dimensão subjetiva, de pensamento íntimo ou aspecto interno, e outra de posicionamento público, de aspecto externo, caracterizada pela exteriorização das verdades íntimas²¹.

A Constituição Federal de 1988 reconhece esses dois aspectos, sendo o primeiro, constante no art. 5º, VI (liberdade de consciência e de crença) e VIII (liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política). Já no aspecto externo, a liberdade de opinião se concretiza através da exteriorização de todas as demais liberdades, como a de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento²².

Portanto, observa-se que a liberdade de pensamento e a de opinião guardam estreita relação, tendo o autor afirmado em relação a essa última que, de certo modo, ela “resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de ‘liberdade primária’ e ponto de partida das outras”²³. Isso implica dizer que, basicamente, a liberdade de pensamento é composta pelo aspecto interno da liberdade de opinião de um lado e pelo aspecto externo da mesma liberdade de opinião de outro, de onde derivam

²⁰ Cf. SILVA, J. A. D. cit., p.243.

²¹ Ibid., Ibidem.

²² Ibid., p.245.

²³ Ibid., p.243.

todas as liberdades que se exteriorizam no mundo. Resta delimitar quais dessas liberdades guardam relação com o tema.

3.1. Recorte de análise do tema

3.1.1. Liberdade de opinião em seu aspecto interno: liberdade de crença e de consciência

Inicialmente, cumpre salientar que a liberdade de crença e a de consciência são inconfundíveis, sendo que a liberdade de crença é um componente da liberdade religiosa²⁴, que será analisada no momento oportuno, haja vista a evidente relação que guarda com esta proposta. Paulo Gustavo Gonet Branco, esclarece melhor essa distinção, defendendo que a liberdade de consciência “não se esgota no aspecto religioso, mas nele encontra expressão concreta de marcado relevo”²⁵.

Segundo o autor, a liberdade de consciência tem a ver com a faculdade do indivíduo de formar suas próprias concepções acerca de si mesmo e do mundo que o cerca, não podendo o Estado intervir nas verdades dos indivíduos²⁶. Se essa liberdade obriga o Estado a reconhecer a consciência dos indivíduos como livre, não pode ele impedir que os mesmos indivíduos vivam de acordo com suas verdades²⁷. Isso significa dizer que não se pode obrigar alguém a viver conforme um sistema filosófico ou político, seja ele qual for, mas deve-se, por outro lado, “propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas”²⁸. Já a liberdade de crença está relacionada com a adesão de alguma religião²⁹.

Pode-se, à primeira vista, entender que haveria uma ingerência não justificável nesse direito fundamental, caso o Estado coibisse um exercício expressivo atentatório à sacralidade de elementos religiosos. É que, considerada em seu aspecto defensivo, existe a possibilidade de um indivíduo opor convicções quando o Estado lhe exigir uma conduta, a chamada objeção de consciência. A objeção de consciência é a pretensão de isenção de cumprimento de um dever

²⁴ Cf. SILVA, J. A. D. cit., p.251.

²⁵ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.312.

²⁶ Ibid., Ibidem.

²⁷ Ibid., Ibidem.

²⁸ Ibid., Ibidem.

²⁹ Ibid., p.316.

geral, que causaria um grave tormento moral e um indivíduo em função de suas convicções³⁰.

Dessa forma, observa-se que essa liberdade garante o direito à formação de consciência, sendo que é exercido contra o Estado, portanto, não cabe arguir ofensa à liberdade de consciência quando um particular manifesta uma ideia, pois é exatamente dessa forma que essa garantia é exercida. Em seu aspecto defensivo, opor consciência é algo que se faz contra um “dever geral”. Isso posto, resta claro que uma violação dessa liberdade não se configura quando a manifestação de pensamento for blasfema, não havendo sentido em proceder à sua análise. Uma ingerência nesse sentido estaria melhor relacionada com a liberdade de crença, dado o contexto religioso em que se insere.

3.1.2. Liberdade de opinião em seu aspecto externo: liberdades de comunicação, religião, expressão intelectual, artística, científica e cultural e transmissão e recepção do conhecimento

Visto o aspecto interno da liberdade de opinião, resta o externo, que como foi dito, caracteriza-se pelo exercício das demais liberdades de pensamento (comunicação, religião, expressão intelectual, artística, científica e cultural e transmissão e recepção do conhecimento).

Sobre essa última cumpre apenas dizer que está prevista no art. 206, II e III da Constituição Federal de 1988, garantindo a liberdade de ensino (aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, bem como ser pautada no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas). Quanto à liberdade de comunicação, o que se observa é um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação” (SILVA, 2013, p.245). Dela derivam outras liberdades, como a de informação em sentido geral e informação jornalística.

Embora guarde relação com o tema, a liberdade de comunicação, como apresentada por José Afonso da Silva, configura-se mais como garantia do ato de comunicar do que com o conteúdo do que é comunicado, razão pela qual não será analisada.

³⁰ Ibid., p.313.

Isso posto, das liberdades derivadas da “liberdade primária”, três guardam relação com a problemática, quais sejam, (1) a liberdade religiosa, pois está-se tratando do uso de elementos religioso; (2) a liberdade artística e a cultural, por ser a arte e tudo o mais que compõe a cultura (livros, filmes etc) uma das formas de mensagens que podem ser ofensivas à sentimentos religiosos; (3) e a liberdade de expressão, que permeia por todas as liberdades constantes da Constituição Federal de 1988, garantindo que as atividades intelectuais produzam resultados no mundo.

3.2. Liberdades artística e cultural

Remissões à religião podem compor o cenário cultural de uma sociedade de distintas maneiras, desde datas festivas até arquitetura. Entretanto, certas remissões são especialmente interessantes ao Direito, por exemplo:

- I. “O Evangelho segundo Jesus, Rainha do Céu’ havia sido proibido de ser encenado em Jundiáí.”³¹
- II. “O Cristo Redentor mendigo, em farrapos, tivera sua exibição pública proibida por liminar assinada pelo juiz Carlos Davidson de Meneses Ferrari, da 15ª Vara Cível do Rio, a pedido da Cúria Metropolitana.”³²
- III. “O juiz Abílio Wolney Aires Neto, da 9ª Vara Cível de Goiânia, proibiu a artista Ana Paula Dornelas Guimarães de Lima, conhecida como Ana Smile, de 32 anos, de fazer e vender esculturas de santos da Igreja Católica inspirados na cultura pop. Dentre os personagens retratados em seu trabalho estão Superman, Batman, Minnie, Malévola e Galinha Pintadinha.”³³

Esses são exemplos nacionais em que artistas enfrentaram obstáculos à realização de suas atividades por estarem elas em desacordo com alguma crença. No primeiro caso, Jesus é representado numa peça de teatro como uma mulher

³¹ Cf. DIAS, C. Atriz que interpreta Jesus trans comemora liberação de peça: 'Satisfação e alívio'. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiiai/noticia/atriz-que-interpreta-jesus-trans-comemora-liberacao-de-peca-satisfacao-e-alivio.ghtml>>. Acesso em: 05 maio 2018.

³² Cf. MOTTA, A. A. Há 25 anos, lixo revolucionário da Beija-Flor reinava no Sambódromo. **O Globo**, 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/ha-25-anos-lixo-revolucionario-da-beija-flor-reinava-no-sambodromo-11406236>>. Acesso em: 05 maio 2018.

³³ Cf. SÍLVIO, T. Juiz proíbe artista de fazer esculturas de santos inspiradas na cultura pop. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/06/juiz-proibe-artista-de-fazer-esculturas-de-santos-inspiradas-na-cultura-pop.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

transexual, retratando as dificuldades que ela encontraria caso viesse à Terra nesse momento. A apresentação foi alvo de uma ação judicial em Jundiáí-SP interposta no ano de 2017 em favor de Virginia Bossonaro Rampin Paiva contra o Serviço Social do Comércio – SESC, objetivando a retirada em cartaz da peça com consequente abstenção de realizá-la. Deferida a tutela provisória nesse sentido, o SESC recorreu e a decisão de primeira instância foi cassada em fevereiro desse ano³⁴.

O segundo exemplo é sobre o caso no qual a escola de samba Beija-flor de Nilópolis foi proibida pela Justiça em 1989, a pedido da cúria católica, de utilizar a imagem do Cristo Redentor, que estava retratado como um mendigo, dado que o tema do desfile da Beija-flor envolvia a questão da miséria na capital carioca. Ainda assim a escola de samba desfilou com o carro alegórico, mas o cobriu num manto preto com a frase “mesmo proibido, olhai por nós”³⁵.

O terceiro exemplo, que será melhor explanado nas discussões mais à frente, diz respeito a artista plástica “Ana Smile” que confecciona personagens da cultura pop nos moldes das estátuas de santos católicos. A atividade da artista foi interpretada como atentatória à honra e imagem da Igreja Católica, também tendo sido levada a questão a juízo³⁶.

Esses exemplos demonstram como elementos religiosos podem servir de inspiração para uma atividade expressiva que pode, ao mesmo tempo, ser interpretada como arte e como ofensa. O desafio então se torna como entender a arte, bem como a postura estatal nos casos em que essa liberdade entre em conflito com outros direitos fundamentais.

3.2.1. Conteúdo da liberdade artística

O art. 5º, IX, CRFB/1988, diz que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, mas não define o que é arte. Ao se perguntar o que é que a liberdade artística

³⁴ Cf. DIAS, C. Atriz que interpreta Jesus trans comemora liberação de peça: 'Satisfação e alívio'. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/atriz-que-interpreta-jesus-trans-comemora-liberacao-de-peca-satisfacao-e-alivio.ghtml>>. Acesso em: 05 maio 2018.

³⁵ Cf. MOTTA, A. A. Há 25 anos, lixo revolucionário da Beija-Flor reinava no Sambódromo. **O Globo**, 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/ha-25-anos-lixo-revolucionario-da-beija-flor-reinava-no-sambodromo-11406236>>. Acesso em: 05 maio 2018.

³⁶ Cf. SÍLVIO, T. Juiz proíbe artista de fazer esculturas de santos inspiradas na cultura pop. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/06/juiz-proibe-artista-de-fazer-esculturas-de-santos-inspiradas-na-cultura-pop.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

protege, logicamente se obtém como resposta a “arte”. Todavia, isso leva a outra pergunta: o que é arte?

Se um conceito amplo e aberto de arte gera uma dificuldade de se precisar o alcance do âmbito de proteção dessa liberdade, também gera uma maior possibilidade de qualificar como ingerência a atuação estatal. Quanto menor for o âmbito de proteção de uma liberdade, menor será a possibilidade do Estado entrar em conflito com os direitos fundamentais³⁷.

A questão de saber se a polícia, ao impedir um “happening”³⁸ em um cruzamento movimentado, está cometendo uma ingerência na liberdade artística dos indivíduos é uma questão que gravita o âmbito de proteção desse direito, conforme argumentam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink³⁹. “O entendimento restrito de arte e de liberdade artística confere à polícia maior margem de atuação do que o entendimento lato”⁴⁰.

Posicionamento pertinente pode ser encontrado no Direito Comparado, que, segundo os autores:

foram até o presente em vão os esforços da jurisprudência e da doutrina para desenvolver uma definição de arte universalmente válida. Cada vez mais se impõe o entendimento de que tal definição não é de modo algum possível. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, n.m.659, p. 170)

A jurisprudência alemã chegou a fazer três classificações sobre a arte⁴¹, tendo entendido seu conceito como material, ou formal, ou como um conceito aberto. Todavia, por vezes, essas classificações chegavam a se fundir, o que levou o Tribunal Constitucional Federal alemão a tender à preferência de um conceito aberto:

A preferência por este conceito aberto de arte reside muito especialmente no fato de ele permitir reconhecer também a justificação interna da garantia, sem reservas, da liberdade artística: porque a arte é suscetível de múltiplas interpretações, carece, em larga medida, de uma direção inequívoca da mensagem e do alvo, que a poria em conflito com outros direitos, bens e interesses e que a obrigaria a restrições. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, n.m.661, p.170)

³⁷ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p. 193.

³⁸ O “happening” é uma performance artística improvisada. Segundo o site do Dicionário inFormal, um site que permite que seus usuários definam os conceitos das palavras, “happening” é um “estilo de arte de performance que inclui espontaneidade das artes e criatividade utilizando um modo de saber comunicar com os espectadores”. Disponível em: <<https://www.dicionarioinformal.com.br/happening/>>

³⁹ Cf. PIEROTH, B.; SCHLINK, B. cit., n.m. 240, p. 78.

⁴⁰ Ibid., Ibidem.

⁴¹ Ibid., n.m. 662, p. 171.

Dando continuidade à reflexão, demonstram o posicionamento doutrinário alemão:

Em face da diversidade dos conceitos de arte, há também na doutrina um amplo consenso sobre o fato de a garantia da liberdade artística ter de ser entendida de maneira aberta e de também poder abranger formas expressivas fora do comum e surpreendentes (happening, autocolante satírico, provocação pornográfica, prova de cheiros em que os participantes estão de olhos vendados, graffiti etc). (PIEROTH; SCLINK, 2012, n.m. 662, p.171)

Esse posicionamento de que o conceito de arte não só é aberto, como é bom que assim continue sendo, ganha especial relevo quando se considera o papel do Estado na construção democrática. A Constituição Federal de 1988, especialmente na Seção II, estabeleceu diretrizes de promoção da cultura no país. O art. 215, por exemplo, diz que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, mas não dá ao Poder Público a faculdade de conduzir os rumos culturais do país.

A função do Estado é, numa analogia própria, a função de um veículo, cujos condutores são a população, numa estrada, a cultura. Os condutores escolhem quais estradas vão percorrer, ou seja, constroem a cultura como desejam, e o carro tem a função de garantir que se chegue ao destino! Quando se dá ao Estado o poder de definir o que é arte, mesmo que seja (ou principalmente) em sede judicial, o que se estará fazendo é dar ao veículo o poder de decidir quais estradas percorrer. Estar-se-ia legitimando o Poder Público para ditar, por vias transversas, a própria cultura.

Por outro lado, há que se considerar que a liberdade artística não pode se revestir de caráter absoluto, justamente para não se configurar como um mecanismo de blindagem jurídica de condutas lesivas à construção democrática. Seria muito doloroso ver a arte sendo usada para promoção de injustiças sociais ou para os fins mais funestos e sequer poder ir a juízo pleitear a defesa de direitos lesados.

Uma interpretação sistemática da liberdade artística por certo afastaria seu uso para esses fins, atingindo a conduta do particular que é lesiva ao Estado Democrático de Direito. Contudo, ainda subsiste a questão em que o Poder Público dita a cultura, operando com uma postura autocrática e potencialmente legitimadora

de marginalização de novas artes, como o grafite, na medida em que define um âmbito de proteção que, conseqüentemente, definirá o que é arte.

Dessa forma, a arte deve ter um limite, comportar ingerências, mas esse limite não pode ser traçado pelo Estado. O Direito alemão apresenta uma solução para essa questão, o “reconhecimento por terceiros”⁴². Nos casos em que a liberdade artística é questionada, caberá a uma “terceira pessoa competente em questões de arte considerar sustentável tomar o objeto como obra de arte”⁴³, porém sem um juízo sobre qualidade (boa, ruim) ou autenticidade (ou genuína etc). Dessa forma, evita-se o problema, tendo em vista que caberá àqueles que são “os condutores” sustentar o alcance da proteção desse direito fundamental.

3.2.2. O controle em três fases

Posto que o âmbito de incidência da liberdade artística pode assumir um aspecto muito variável, é certo que qualquer suposição generalizada acerca de seu alcance deve ser descartada. Da mesma forma, não é seguro partir de um caso específico e projetar as conclusões em casos mais gerais. Apenas o caso concreto vai permitir traçar os contornos de proteção.

Essas constatações prejudicam a análise de violação aos direitos fundamentais mediante o critério de reconhecimento de três fases, significativamente nas duas primeiras, (I) a de identificação do âmbito de incidência e (II) a de constatação de ingerências. Todavia, como demonstrado, é desaconselhado e até mesmo potencialmente perigoso ter, *a priori*, a resposta a essas duas fases. Saber se o exercício da liberdade artística pode ferir a liberdade religiosa dependerá da certeza de que o sentimento religioso é protegido por esta última, pois seus limites só podem ser traçados quando confrontados por outros direitos.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão se encontra prevista na Constituição nos artigos 5º, IV e XIV, respectivamente, ao dizer “é livre a manifestação do pensamento, sendo

⁴² Ibid., Ibidem.

⁴³ Ibid., Ibidem.

vedado o anonimato” e “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; e também no art. 220:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

Essa liberdade tem como principal característica o impedimento do Estado de interferir no âmbito de liberdade dos indivíduos, sendo, portanto, um direito de índole defensiva, exercido contra o Poder Público⁴⁴.

A tarefa de analisar essa liberdade começa com a identificação de seus limites, que podem ser encontrados no próprio texto constitucional de forma expressa ao (1) vedar o anonimato (art. 5º, XIV); (2) ao assegurar o direito de resposta (art. 5º, V); (3) ao preservar os bens jurídicos decorrentes dos direitos de personalidade (art. 5º, X); (4) e ao vedar óbices ao acesso à informação (art. 5º, XIII e XIV). Além dessas restrições constantes no art. 220, §1º, outras também são previstas pelo mesmo artigo, como a admissão de que o Poder Público indique faixa etária, locais e horários adequados a uma exibição pública.

Dentre os limites jurídicos impostos à liberdade de expressão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firma entendimento quanto às atividades expressivas que surtam efeitos na esfera penal, como pode-se observar na ementa dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647/SP⁴⁵:

- A Constituição da República **não protege nem ampara** opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure **hipótese de ilicitude penal**, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e /ou injúria), pois a **liberdade de expressão** não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. Doutrina. Precedentes. (BRASIL, 2015a, **grifo nosso**)

⁴⁴ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.265.

⁴⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647/SP –São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 setembro 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>>. Acesso em: 09 maio 2018.

Os embargos em questão foram interpostos em discordância com a decisão monocrática que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso extraordinário impetrado em favor de Paulo Henrique dos Santos Amorim, pois o mesmo, que é jornalista, fora condenado pelo crime de injúria, tendo invocado no recurso a proteção da liberdade de expressão e informação⁴⁶. Em seu voto, o relator, Ministro Celso de Mello, assevera⁴⁷:

É por essa razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em memorável julgamento a propósito da abrangência da liberdade de expressão, concluiu que essa prerrogativa fundamental não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra ou delitos de apologia e de incitação ao crime, uma vez que a liberdade de palavra – insista-se – não traduz franquia constitucional ilimitada ou absoluta: (BRASIL, 2015a)

O “memorável julgamento” a que se refere o ministro, cuja ementa foi transcrita logo em seguida, é o HC 82.424/RS⁴⁸, que ficou conhecido como o “caso Ellwanger”⁴⁹. Desse caso extrai-se outro limite à liberdade de expressão: o discurso de ódio.

Tal *Habeas Corpus* fora impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, condenado pela prática de crime de racismo, sob tipificação do art. 20 da Lei 7.716/1989⁵⁰, por escrever, editar, distribuir e vender ao público obras antissemitas de sua autoria e de autoria de outros. A Defesa de Ellwanger alegou que suas ações não configuravam o crime de racismo, pois os judeus não constituem uma raça. Esse argumento afastaria a imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII, CRFB/1988), pois, não fosse pelo estabelecido na Constituição, o crime estaria prescrito conforme o Direito Penal.

A discussão, que originalmente se pautava na problemática da definição do termo “racismo”, desdobrou-se numa análise do exercício da liberdade de expressão de Ellwanger. O STF acabou por denegar o *Habeas Corpus*, restando a questão assim ementada no que é pertinente:

⁴⁶ Ibid., Ibidem.

⁴⁷ Ibid., Ibidem.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus –Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 setembro 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁴⁹ Expressão dada por Celso Lafer, que atuou no processo como *amicus curiae*.

⁵⁰ Diz o artigo:

“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.”

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, **aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo**, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (BRASIL, 2003, **grifo nosso**)

Dos tratados e acordos multilaterais é relevante mencionar o art. 13, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, 1969, recepcionada pelo Decreto 678/1992⁵¹, que diz:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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 (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969).

No mesmo sentido estabelece o art. 20, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/1992) ao dizer que “será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”⁵².

A doutrina de Paulo Gustavo Gonet Branco⁵³ ainda cita outros exemplos em que se justifica uma limitação ao exercício da liberdade de expressão com base no princípio da unidade constitucional, tais como a proteção à infância e adolescência, o “buzinaço” em frente à hospitais ou o uso de palavras de violenta quebra de ordem, como gritar FOGO!, apenas para produzir confusão desnecessária.

Um último apontamento merece ser feito em relação aos limites que estamos evidenciando. Trata-se da ofensa à honra e à imagem. Embora esse seja um limite

⁵¹ Cf. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da Legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵² Cf. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Portal da Legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵³ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.271-273.

expresso no art. 5º, X, da CRFB/1988, a jurisprudência do STF é farta em relação ao seu reconhecimento, sendo interessante nesse ponto retomar outra parte da ementa do ARE 891.647 ED/SP, já mencionado no tópico anterior:

- O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às **restrições que emergem do próprio texto da Constituição**, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a **intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal**. (BRASIL, 2015a, grifo nosso):

No AC 2.695-MC/RS⁵⁴, um caso sobre a tutela do direito de resposta após o julgamento da incompatibilidade da Lei de Imprensa de 1967 com a Constituição Federal de 1988, o Ministro Celso de Mello teceu comentários acerca do assunto:

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, “verdadeiros contrapesos à liberdade de informação” (L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, “Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira”, p. 137, 2ª ed., 2003, Renovar), que não pode - e não deve - ser exercida de modo abusivo (GILBERTO HADDAD JABUR, “Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada”, 2000, RT), mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de informação não afasta, por efeito do que determina a própria Constituição da República, o direito do lesado à resposta e à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CF, art. 5º, incisos V e X, c/c o art. 220, § 1º). (BRASIL, 2010)

Em contrapartida, na ADI 4815/DF de 2015⁵⁵, caso sobre a exigência de autorização prévia na publicação de biografias, o STF entendeu que a liberdade de expressão deveria prevalecer sobre os direitos de personalidade, pois, caso houvesse necessidade de autorização, não só haveria a configuração de censura prévia, como também tal medida ensejaria um enorme dano histórico⁵⁶ e um impedimento absoluto do exercício da expressão. Parte da ementa vale ser transcrita:

⁵⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.965 –Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 25 novembro 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AC2695.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815-Distrito Federal. Relator: Ministra Carmen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 junho 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁵⁶ “Pois a história humana faz-se de histórias dos humanos, ou seja, de todos nós.” (Cf. ADI 4815/DF, 2015, p.24).

5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa.

6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.

7. A liberdade é constitucionalmente garantida, **não se podendo anular** por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias (BRASIL, 2015b, **grifo nosso**).

A questão em torno dos direitos de personalidade como limites à atividade expressiva, como se pode ver, é complexa e, também por guardar relação com o tema, dever ser analisada mais atentamente.

4.1. Direitos de personalidade e liberdade de expressão: a quem a blasfêmia ofende?

Para entender como os direitos de personalidade podem ser opostos à liberdade de expressão, deve-se partir de 2 constatações. Em primeiro lugar, as igrejas no Brasil são dotadas de personalidade jurídica por força tanto do Decreto 119/A de 1890 quanto por força do art. 40 do Código Civil de 2002 e, como é cediço, pessoas jurídicas podem sofrer danos à honra e à imagem⁵⁷.

Em segundo lugar, deve-se compreender o conceito de honra. Segundo José Afonso da Silva, é o “conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”⁵⁸.

Sendo as igrejas (e demais organizações religiosas) entes dotados de personalidade jurídica e, por esse motivo, suscetíveis de terem a honra violada, poderiam elas alegar que a atividade expressiva que for blasfema lesiona sua honra enquanto pessoa jurídica? Por exemplo, a “Ave-maria” é uma oração professada comumente por católicos, compõe a religião católica e pode ser um fator de

⁵⁷ Cf. Súmula 227/STJ.

⁵⁸ Cf. SILVA, J. A. D. cit., p.211.

distinção em relação às demais Igrejas. Se um indivíduo fizer uma paródia da “Ave-maria”, poderia a Igreja Católica alegar que rezar a Ave-maria é uma característica exclusiva dela e que, portanto, houve um ataque à sua dignidade ou reputação?

Apesar de hipotético, é um exemplo palpável, haja vista um caso semelhante, já mencionado no tópico pertinente à liberdade artística, o da artista plástica que confecciona santos católicos estilizados. A Igreja Católica requereu tutela provisória para retirar as obras do mercado, tendo sido deferida pelo juízo de 1ª instância, porém reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no julgamento do Agravo de Instrumento nº 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336)⁵⁹.

No voto do relator, Desembargador Norival Santomé, há a transcrição de parte da sentença do juiz de primeiro grau que deferiu a tutela por entender, dentre outros motivos, que “in casu, a Requerida, ao confeccionar imagens satirizadas dos santos representantes da igreja católica, está deliberadamente extrapolando ao seu direito Constitucional e obstando o direito da imagem da Requerente”⁶⁰.

Discordando do juízo de primeiro grau, o desembargador pondera:

Isso porque, a bem da verdade, as imagens fabricadas, confeccionadas, divulgadas e comercializadas pela Agravante, a meu ver, não possuem o condão de, por si só, ferir a imagem ou honra da Igreja Católica, até mesmo em razão da comparação do porte desta frente a capacidade produtiva daquela.

Ademais a isso, não há como olvidar o periculum in mora in reverso, sobretudo em razão de que a decisão, da forma como proferida, acaba por impedir que a Agravante desenvolva seu labor, sua arte, seu intelecto, sua livre manifestação de pensamento e, principalmente, aufera renda capaz de garantir seu próprio sustento, sem o qual não há dignidade. (GOIÁS, 2018)

Outro exemplo é o caso do canal humorístico “Porta dos Fundos”, do site de compartilhamento de vídeos “YouTube”. O Porta dos Fundos publicou no fim do ano de 2015 um vídeo intitulado “Especial de Natal – Jesus Cristo”⁶¹. No vídeo, Jesus Cristo, representado pelo humorista Fábio Porchat, é retratado em situações pitorescas, completamente descontextualizadas da época e das referências históricas que se tem sobre Cristo. Em uma das cenas o personagem em questão se

⁵⁹ Cf. GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento nº 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336)-Goiânia. Relator: Desembargador Norival Santomé. **Pesquisa de Jurisprudência**, 06 fev. 2018. Disponível em:

<2018.http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_2583337620168090000%20_2018020620180220_844.PDF>. Acesso em: 13 maio 2018.

⁶⁰ Ibid., p.04.

⁶¹ PORTA DOS FUNDOS. **Youtube**, 2015. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=Dhjq7xSfS28&t=2s>. Acesso em: 11 maio 2018.

encontra em um programa de auditório, juntamente com Maria e José, quando Ihe é revelada sua verdadeira paternidade, até então um segredo de família!

O interessante sobre esse caso é que um indivíduo, e não uma organização religiosa, se sentiram ofendidos com as atitudes do canal de humor e, por sua vez, também pleitearam em juízo a defesa dos direitos de personalidade que entenderam lesados, como demonstra uma notícia publicada em 2016 no jornal Folha de São Paulo⁶²:

O Porta dos Fundos ganhou em primeira instância um processo de **indenização por danos morais** movido por um **morador da Paraíba**. Ele pedia R\$ 50 mil e que fosse retirado do ar o especial de Natal de 2013 do grupo, com sátiras de Jesus Cristo. A Justiça rejeitou a tese do autor, **que se declarou cristão, de que o vídeo era "ofensivo" e "extrapolou os limites da liberdade de expressão"**.

EM NOME DE JESUS

Para a juíza da cidade de Remígio, as cenas "se limitaram a construir histórias com caráter humorístico". Uma ação semelhante, iniciada pelo deputado federal Marco Feliciano (PSC-SP), também foi arquivada pelo Ministério Público Federal em 2015. (BERGAMO, 2016, **grifo nosso**)

Os membros de uma organização religiosa podem ser distinguidos de todo o resto da sociedade em razão da religião que professam, de modo que fazer piada com Cristo, provável e especificamente, ofenderá cristãos. Sob essa ótica, um ataque à religião se torna um ataque pessoal, afinal, ninguém fora daquela entidade religiosa professa aquela crença.

Uma análise mais apurada do instituto da honra permite dizer que há na doutrina⁶³ uma divisão que estabelece um aspecto objetivo e subjetivo da honra. Este último estaria relacionado com o conceito que a pessoa tem de si mesmo, sua autoestima. Já o outro teria a ver com as concepções que o mundo tem acerca de sua imagem, reputação e nome.

Disso é possível extrair que uma pessoa jurídica não poderá ter sua autoestima abalada, o que significa que a ofensa à honra se resume num aspecto objetivo, ensejando pretensão pecuniária⁶⁴. Sendo um aspecto objetivo de um direito

⁶² Cf. BERGAMO, M. Porta dos Fundos ganha processo sobre vídeo especial de Natal. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/02/1742897-porta-dos-fundos-ganha-processo-sobre-video-especial-de-natal.shtml>>. Acesso em: 05 maio 2018.

⁶³ Cf. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Especial: Vol. II. Niterói: Editora Impertus. 8ª edição, p.396.

⁶⁴ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. cit., p.172.

de personalidade, é necessário que haja uma relação entre a conduta de fazer santos pop e um decaimento do prestígio da imagem da Igreja Católica enquanto pessoa jurídica, o que não ficou claro se ocorreu, embora o juízo do desembargador citado tenha sido no sentido de que essa relação não se configurou.

Nos casos evidenciados, a manifestação do pensamento se deu com base em elementos que constituem a crença (santos, passagens bíblicas etc) e não com base em elementos que constituem a organização religiosa. Nesse sentido, os únicos legitimados para pleitear a defesa dos direitos de personalidade são aqueles a quem a atividade expressiva se referiu, ou seja, estaríamos falando da honra e imagem dos próprios entes divinos, os santos ou Jesus Cristo.

Tampouco é razoável analisar os limites de tal liberdade com base no impacto que ela pode gerar. A capacidade que uma mensagem tem de abalar ou modificar as convicções pessoais não pode constituir um critério de aferição de seus limites, pois lhe é essencial o condão de persuadir, de apresentar um ponto de vista. Por essas razões, não parece que os direitos de personalidade podem ser opostos quando se pretende limitar a atividade expressiva que for blasfema.

Machado e Negri⁶⁵ argumentam que:

Sob a compreensão do STJ, a própria Constituição brasileira de 1988 teria sinalizado para uma posição preferencial, sujeita a teste em concreto (*prima facie*), dos direitos de personalidade, em relação às liberdades de expressão e de imprensa. Por todo o contexto de ruptura democrática que precedeu e inspirou a elaboração do texto constitucional de 1988, pela expressa vedação à censura, não há qualquer elemento que possa sustentar a inclinação sugerida. O Supremo Tribunal Federal e diversos pesquisadores do tema da liberdade de expressão esboçam, inclusive, compreensão oposta, isto é, a de que a Constituição brasileira de 1988 teria, em verdade, estabelecido posição preferencial às liberdades de expressão e de imprensa (MACHADO; NEGRI, 2018).

Em linha semelhante, Fábio Carvalho Leite⁶⁶ defende quatro diretrizes para tratar a discussão entre liberdade de expressão e direito à honra e imagem:

1. compreender que a censura judicial é ou pode ser semelhante à censura governamental em seus efeitos;

⁶⁵ Cf. MACHADO, J. S.; NEGRI, S. M. C. A.. Ensaio sobre a promessa jurídica ao esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 368-383, 2018.

⁶⁶ Cf. LEITE, F. C., Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v., p. 395- 408.

2. reconhecer uma posição preferencial da Liberdade de expressão em conflito com o direito à honra;
3. decidir estes conflitos com eficácia “inter partes”, mas com uma perspectiva “erga omnes”;
4. considerar o direito de resposta como sanção preferencial (LEITE, 2014).

O primeiro ponto consiste em uma crítica à concepção formalista da liberdade de expressão, que veda veementemente a censura prévia, mas tolera a possibilidade de responsabilização posterior. Essa concepção gera os efeitos de compartilhar o bônus da liberdade de expressão com todos, mas atribuir todo o ônus para aquele que a exerce⁶⁷. Não bastasse isso, abre-se as portas para a autocensura, na medida em que gera receio de manifestação de ideia, prejudicando o debate público livre e aberto⁶⁸.

No segundo ponto, a segurança jurídica (em relação ao conteúdo da mensagem) de quem se manifesta deve ser privilegiada face a harmonização com os direitos de personalidade. O pesquisador argumenta que a importância da proteção da mensagem que se transmite pelo exercício da liberdade fundamental é diretamente proporcional ao tom crítico daquilo que é divulgado⁶⁹:

Quanto mais contundente e forte for o comentário, a opinião, a crítica, podendo inclusive ser ofensivos (Dimoulis e Christopoulos, 2009), maior será a importância da garantia da liberdade de expressão. Entender de outra forma significaria reconhecer que a liberdade de expressão protege apenas o conteúdo que a ninguém interessaria censurar. Portanto, a liberdade de expressão, nas situações em que se revela importante, necessariamente ou provavelmente afeta a honra de alguém. (LEITE, 2014)

Pontua-se que a honra só pode ser limitada pela liberdade de expressão, enquanto essa última pode ser limitada por vários outros direitos⁷⁰. Isso significa dizer que se toda ofensa à honra for um motivo para pleitear cerceamentos ou indenizações em juízo ter-se-ia um direito absoluto.

No terceiro ponto, defende-se que o julgador deve analisar os casos que lhe são apresentados tendo em vista não apenas as partes, mas toda a sociedade. Já no quarto ponto, Fábio Carvalho Leite sustenta que o direito de resposta é um meio preferencial de reparação de danos, não só pela forma como foi previsto

⁶⁷ Ibid., p.5.

⁶⁸ Ibid., Ibidem.

⁶⁹ Ibid., p.9.

⁷⁰ Ibid., Ibidem.

constitucionalmente, mas também por evitar que o debate de ideias perca sua importância ante as demais formas de reparação de danos possíveis⁷¹.

Por fim, cumpre ressaltar um peso maior que, em relação às outras liberdades, a liberdade de expressão representou num contexto de quebra de paradigma com o autoritarismo na Constituição Federal de 1988.

Quando, após tantos anos de luta e sacrifícios, promulgamos o Estatuto do homem, da Liberdade e da Democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina (GUIMARÃES, 1988⁷²).

Essas constatações permitem sustentar, portanto, que a ofensa à honra e imagem não constitui previamente um limite da atividade expressiva nos termos deste trabalho.

4.1.1. O controle em três fases

Neste tópico o que se tentará é por à prova a violação desse direito fundamental nos casos em que se percebe uma ofensa ao sentimento religioso. Haja vista que este é um direito de índole marcadamente defensiva⁷³, sua possível violação teria que decorrer de uma medida estatal.

Nesse caso, deverá a análise de violação se guiar mediante o esquema 1, que indaga na primeira fase: cairá a conduta a que a medida se aplica no âmbito de proteção do direito fundamental?

Tomemos o caso do vídeo humorístico do Porta dos Fundos⁷⁴ para analisar se uma ingerência estatal nesse direito fundamental seria justificável jurídico-constitucionalmente.

Considerando os levantamentos doutrinários, jurisprudenciais e legais acerca dessa liberdade no Direito brasileiro, podemos delimitar o alcance do âmbito de proteção aplicável ao caso concreto. A liberdade de expressão produz efeitos na

⁷¹ Ibid., p.15.

⁷² Cf. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>

⁷³ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. cit., p.265.

⁷⁴ Cf. PORTA DOS FUNDOS. **Youtube**, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dhjq7xSfS28&t=2s>. Acesso em: 11 maio 2018.

forma de garantias de que a manifestação de um pensamento não sofrerá qualquer tipo de censura (art. 5º, IX, CRFB/1988), o que é reforçado pelo art. 220, §1º, CRFB/1988. Todavia, o próprio texto constitucional exclui do âmbito de proteção o anonimato (art. 5º, IV, CRFB/1988), e a doutrina e jurisprudência identificaram outras restrições, de modo que pode ser feita a uma delimitação. “É livre a manifestação do pensamento”, desde que:

- 1) Não seja anônima (art. 5º, IV, CRFB/1988)
- 2) Não esteja a conduta tipificada penalmente⁷⁵
- 3) Não seja um discurso de ódio⁷⁶ (por interpretação acordada com os tratados de direito internacional, bem como por menção no preâmbulo constitucional, pode-se entender que um discurso preconceituoso também não será protegido por esse direito fundamental, pois o preconceito, enquanto discurso discriminatório, é completamente contrário à lógica e essência desses direitos)
- 4) Palavras de quebra de ordem⁷⁷

Essas condutas estão fora do âmbito normativo da liberdade de expressão. No caso Porta dos Fundos, não cumpre julgar o tipo de humor do vídeo, apenas constatar se incorre em uma das condutas acima. A primeira e a quarta, por óbvio, não. Para a segunda e terceira, observou-se no vídeo que não houve menção a um cristão em específico ou mesmo a uma entidade religiosa. O contexto é unicamente bíblico e dialoga com contextos atuais que não são religiosos.

A remissão à religião se dá de forma geral e não incita o espectador a tomar uma atitude para com as religiões. É um vídeo que, no máximo, utiliza a religião para fazer uma crítica a situações do cotidiano da sociedade brasileira. Portanto, trata-se de uma conduta contida no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

⁷⁵ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647/SP –São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 setembro 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>>. Acesso em: 09 maio 2018.

⁷⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus –Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Moreira Alves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 setembro 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁷⁷ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.273.

Como a resposta é afirmativa, passa-se à segunda fase, que é saber se a medida estatal constitui uma ingerência. Novamente os levantamentos permitem delimitar o âmbito de ingerência. Ela ocorrerá para:

- 1) Assegurar o direito de resposta (art. 5º, V, CRFB/1988)
- 2) Assegurar indenização por dano moral, material ou à imagem (art. 5º, V, CRFB/1988)
- 3) Assegurar a preservação da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, CRFB/1988)
- 4) Assegurar o acesso à informação (art. 5º, XIV, CRFB/1988)
- 5) Informar ao público em geral sobre a natureza das diversões, faixas etárias não recomendadas, locais e horários inadequados (art. 220, §3º, I, CRFB/1988)
- 6) Restringir propagandas de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, §3º, II e §4º, CRFB/1988)
- 7) Dar à população meios de se defender de programas de rádio e televisão nocivos a “valores éticos e sociais” (art. 220, §3º, II, CRFB/1988)

As ingerências que se podem cogitar no contexto do caso e, conseqüentemente, no contexto em que este trabalho se propõe a analisar, seriam no sentido de (1) assegurar o direito de resposta; (2) requerer indenização pela ofensa; (3) preservar a honra e a imagem; (5) prestação de informação sobre conteúdo e faixa etária; e (7) dar à população meios de se defender da mídia segundo valores éticos e sociais. A possibilidade 4 deve ser descartada, pois a conduta do Porta dos Fundos não está a evitar o acesso do público à informação, pelo contrário – é interesse do canal ser assistido. A possibilidade de ingerência no sentido de 6 também deve ser descartada por motivos evidentes.

Resta saber, portanto, se as possibilidades de ingerência seriam justificáveis jurídico-constitucionalmente. Das hipóteses possíveis 1, 2 e 3, observa-se que não há possibilidade de se sustentar uma justificação que dê caráter de licitude às medidas dos Poderes Executivo e Judiciário. Caso essas possíveis hipóteses se concretizassem, haveria violação à liberdade de expressão, pois se houve um ataque à religião, ele foi dirigido de modo geral e à personagens bíblicos. O direito de resposta, nesse caso, deve ser exercido por quem sofreu com o agravo. O mesmo se aplica à indenização por danos morais.

Não cabe ainda, como visto no tópico anterior, falar em violação da honra, seja do crente ou da entidade religiosa, por vários motivos, dentre eles a falta de relação entre a mensagem do vídeo e a diminuição de respeito para com as igrejas ou os crentes, além de uma posição preferencial da liberdade de expressão quando envolver honra, pois essa só pode ser restringida pela outra e, se nem assim puder ser limitada, o direito a honra estaria revestido de caráter absoluto.

Ademais, como pontuou Fábio Carvalho Leite⁷⁸, é justamente nos casos em que a liberdade de expressão causar desconforto que deve ser protegida, pois não haveria necessidade de se proteger um discurso que nunca será ofensivo.

A possibilidade 7 deve, em primeiro lugar, depender de atividade legislativa para que se cogite justificar uma ingerência nesse sentido, pois trata-se de uma hipótese de reserva legal qualificada⁷⁹. Em segundo lugar, mesmo com uma lei que regule as possibilidades de defesa, elas não são necessárias, pois diferentemente da transmissão em TV aberta em que não se tem um controle sobre as programações, o YouTube é uma plataforma de vídeos em que é necessário que o internauta acesse o conteúdo do que quer assistir, havendo, com isso, controle sobre o que se verá.

A única possibilidade de ingerência que pode ser justificável jurídico-constitucionalmente, é a indicação de conteúdo e faixa etária, ou seja, verifica-se violação ao direito à liberdade de expressão em todos os demais casos, exceto nesse. Isso demonstra que a possibilidade jurídica de que a conduta que for blasfema estar amparada pela liberdade de expressão é grande. Frise-se que a blasfêmia deve, antes, passar pelo crivo do âmbito de proteção, excluindo-se dessa maneira as incitações ao ódio, violência ou propagação de discriminação religiosa.

Por fim, cumpre ressaltar que o critério de reconhecimento por três fases é um método mais voltado para solução de casos práticos⁸⁰, razão pela qual é útil que se utilize um exemplo para orientar a análise de violação de direitos fundamentais. Utilizou-se o exemplo do vídeo do Porta dos Fundos por ser mais fácil que as

⁷⁸ Cf. LEITE, F. C., Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v., p. 395- 408.

⁷⁹ Cf. art. 220, §3º, CRFB/1988.

⁸⁰ Cf. PIEROTH, B.; SCHLINK, B. cit., n.m. 358, p. 96.

informações aqui prestadas sejam aferidas, além de poder se divertir/zangar com o humor/desrespeito do elenco. Contudo, uma rápida comparação com os outros exemplos que foram mencionados até agora permite estabelecer uma relação com esse caso.

A artista plástica, a atriz transexual ou o “Cristo mendigo” da Beija-flor de Nilópolis, causaram incômodo sem ter, pelo menos numa análise superficial, o intuito de ofender a religião, a religiosidade, as organizações religiosas ou os crentes. Isso reforça a ideia apresentada por Fábio Carvalho Leite de que é necessário proteger a liberdade de expressão com vistas a garantir a construção de um ambiente democrático em que o debate aberto seja valorizado. Esses artistas usaram elementos religiosos para transmitir uma ideia e essa ideia é digna de ser exposta, de ser debatida e aceita ou refutada. Estabelecer uma posição preferencial de outro direito fundamental dentro desse contexto é menosprezar, *a priori*, a relevância da ideia que o particular deseja acrescentar ao ambiente democrático.

5. LIBERDADE RELIGIOSA

O art. 5º, VI, CRFB/1988 garante a inviolabilidade da “liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988). Também versam sobre esse direito fundamental os incisos VII (prestação de assistência religiosa) e VIII (privação de direitos por motivo de crença religiosa) do mesmo artigo, bem como o art. 19, I, CRFB/1988. Numa síntese, trata-se da garantia de que se poderá profetizar qualquer crença e viver em sociedade sem ser molestado em função dela, seja por parte do Estado, seja por parte de particulares⁸¹.

De certa forma a liberdade religiosa pode ser vista como um guarda-chuva de todas as garantias inerentes à religião. Sob ela estão a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa⁸². Sobre essa última, cumpre dizer que é vedado ao Estado a interferência ou mesmo o conhecimento em sede judicial dos assuntos internos de uma entidade religiosa⁸³.

⁸¹ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.316.

⁸² Ibid., Ibidem.

⁸³ Ibid., Ibidem.

A liberdade de culto configura-se como a exteriorização da religião na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições etc⁸⁴. Já a liberdade de crença é a

liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu, de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (SILVA, p.251).

Desse modo, extrai-se já aqui uma primeira premissa acerca do assunto tratado: não se pode impor a um indivíduo a crença alheia como limite às suas ações. Essa ideia é contrária à própria lógica da liberdade de crença, pois se a crença alheia tem o condão de forçar indivíduos a viverem de determinada forma não há como se falar em liberdade nesse direito fundamental.

Como todas as demais liberdades, a de religião está estruturada sobre o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o que implica dizer que não se admite o exercício de uma crença que contrarie os preceitos fundamentais da Constituição⁸⁵. Da mesma forma também implica dizer que os indivíduos devem ser respeitados em suas maneiras de portar segundo sua religião.

Situando a liberdade religiosa dentro da temática, o que se tem é o contrapeso que esta liberdade pode representar às demais. Uma vez que se lança mão de um símbolo religioso para manifestar o pensamento de forma distinta da posição de sacralidade que lhe é comumente atribuída pelos seguidores de uma religião, pode ser que se suscite uma pretensão à defesa da liberdade religiosa que se entende violada por uma atividade expressiva (arte, literatura, música, teatro etc).

Essa situação de ofensa ao sentimento religioso configurou-se no caso da música “Passinho do Romano”, do Mc Dadinho⁸⁶. O funk contém trechos do Alcorão e foi alvo de uma ação judicial impetrada pela Sociedade Beneficente Muçulmana objetivando a retirada da música do ar. A justificativa é que a música “desrespeita os

⁸⁴ Cf. SILVA, J. A. D. cit., p.251.

⁸⁵ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.316.

⁸⁶ A música, que começa com trechos do Alcorão, pode ser ouvida no site YouTube. Cf. FEZINHO PATATYY. Youtube, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kpJApAfODSE>>. Acesso em: 11 maio 2018.

preceitos muçulmanos”, uma vez que o Alcorão “somente pode ser recitado em estado de pureza, no momento da reza”, conforme noticiou o jornal O Globo⁸⁷.

Para entender a questão, faz-se necessário entender a religião dentro do contexto da organização estatal, bem como identificar os bens jurídicos tutelados pela liberdade religiosa, possibilitando, com isso, estabelecer o alcance dessa garantia constitucional.

5.1. A relação entre Estado e religião

Com relação ao modo como os ordenamentos jurídicos podem estabelecer a relação entre Estado e religião, pode-se perceber, segundo Eduardo André Folque Ferreira⁸⁸, 5 formas:

- 1) Estado proselitista, em que há uma identificação entre o Poder Público e uma religião, geralmente a profetizada pela maioria, sem que haja liberdade à outras crenças;
- 2) Estado confessional, havendo uma ligação entre o Estado e uma crença em especial, porém com a garantia de liberdade às demais crenças;
- 3) Estado laico, com a neutralidade e não confessionalidade, reconhecendo-se a liberdade religiosa e buscando-se meios de garantir a tolerância e o pluralismo religioso, mas sem ingerência de dogmas religiosos na esfera pública;
- 4) Estado laicista, em que há uma indiferença por parte do Poder Público em relação à profetização de crenças;
- 5) Estado ateísta, onde há hostilidade e perseguição às religiões (FERREIRA, 2001).

No Estado confessional, embora seja reconhecida a liberdade religiosa, há uma aproximação entre Estado e religião, de modo que decisões de ordem pública

⁸⁷ Cf. O GLOBO. Funk com trechos do Alcorão gera briga na Justiça: ‘Não quis ofender’, diz MC Dadinho. **O Globo**, 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/religiao/funk-com-trechos-do-alcorao-gera-briga-na-justica-nao-quis-ofender-diz-mc-dadinho-15885643>>. Acesso em: 05 maio 2018.

⁸⁸ Cf. FERREIRA, E. A. F., Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ISSN-e 0870-3116, Vol. 42, Nº. 1, 2001, páginas 229-285.

sejam tomadas segundo dogmas religiosos. É o caso do Reino Unido, por exemplo, em que a rainha é ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe da Igreja Anglicana⁸⁹.

O Brasil, por força do que dispõe a Constituição Federal, não se enquadra nesse tipo de Estado, tampouco é indiferente à religião, a persegue ou a proíbe⁹⁰. Há um reconhecimento da liberdade religiosa no país, mas não da forma como acontece nos Estados confessionais, pois vai mais além do que a mera permissão e impele o Estado a tomar providências que garantam o exercício de culto caso estejam ameaçados⁹¹.

O Brasil é um Estado laico, o que significa dizer que não se admite que o Poder Público aja segundo os ditames de qualquer crença. Lado outro, a liberdade religiosa, ao consagrar a laicidade, também evita que o Estado interfira nas organizações religiosas, conforme demonstra José Afonso da Silva:

Realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as consequências derivantes dessa qualidade de Estado confessional (...) a de que competia ao Poder Executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé (art. 102, XIV), quer dizer, tais atos só teriam vigor e eficácia no Brasil se obtivessem aprovação do governo brasileiro. Em verdade, não houve no Império liberdade religiosa, pois, se o culto católico gozava de certo privilégio e podia realizar-se livremente, muitas restrições existiam quanto à organização e funcionamento da religião oficial, a ponto de se reconhecer, hoje, que ela era uma religião "manietada e escravizada pelo Estado, através da sua intervenção abusiva na esfera da Igreja".

Entender essa relação é crucial numa análise da liberdade religiosa, pois também aqueles que julgam os casos envolvendo esse direito fundamental podem possuir alguma religião, de modo que uma medida estatal pode ter uma motivação religiosa de fundo. Sobre essa situação o Ministro Edson Fachin teceu comentários no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA⁹², que será oportunamente analisado:

É nessa ambiência que proponho a avaliação da observância dos limites do exercício das liberdades constitucionais, enfatizando que, nesta ocasião, não se está aqui a implementar juízo moral frente ao conteúdo das

⁸⁹ Ibid., *Ibidem*.

⁹⁰ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., *cit.*, p.318.

⁹¹ Ibid., *Ibidem*.

⁹² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA – Bahia. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

publicações imputadas ao paciente. Descabe ao Poder Judiciário, na minha ótica, censurar, por razões estritamente metajurídicas, manifestações de pensamento. Como bem observado pelo então Chefe do Poder Judiciário da Inglaterra, Karry K. Woolf, os juízes “não devem agir como censores ou árbitros do bom gosto” (LEWIS, Antony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati. 2011, p. 99) (BRASIL, 2016).

Como demonstrado, a laicidade é a garantia da liberdade religiosa, evitando que o Estado se valha da religião para operar e vice-versa, assim como é a posição de neutralidade estatal que permitirá que o Poder Público opere em defesa dos direitos fundamentais sem privilegiar religiões específicas.

5.2. O controle em três fases

Inicialmente, compete dizer que a liberdade religiosa foi consagrada na Constituição Federal de 1988 como um direito sem reservas⁹³. Por não ter restrições, é uma tarefa difícil enquadrar uma conduta no âmbito de proteção desse direito, pois nem mesmo o legislador previu possibilidades de conflito com outros dispositivos, podendo, inclusive, ser essa uma razão pela qual não estabeleceu reservas.

O objetivo do reconhecimento em três fases aqui é aferir se a pretensão de defesa do direito fundamental é justificável jurídico-constitucionalmente, ou seja, se a há justificativa para proteger a liberdade religiosa. A primeira pergunta que Bodo Pieroth e Bernhard Schlink propõem é: cairá a conduta, para a qual é solicitada a proteção, no âmbito de proteção do direito fundamental?⁹⁴

Tomando o caso do funk “Passinho do Romano” para análise da questão, observa-se que a “conduta, para qual é solicitada proteção,” é a da Sociedade Beneficente Muçulmana, que objetivava a retirada da música do ar, pois desrespeitava os preceitos muçulmanos e o contexto em que o Alcorão deve ser recitado.

Analisando a pretensão da referida sociedade, vê-se que o que se busca não é a proteção do Estado para que o direito à liberdade religiosa seja exercido, mas, sim, que o Estado adote uma medida que produzirá efeitos em um terceiro. Pede-se uma prestação com o fim de defesa de um direito, mas que deve ser exercida contra

⁹³ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.210.

⁹⁴ Cf. PIEROTH, B.; SCHLINK, B. cit., n.m. 361, p. 98.

um particular. Ora, os direitos de defesa são exercidos *contra o Estado*⁹⁵, e os de prestação obrigam-no a tomar medidas que garantam “*condições materiais indispensáveis ao efetivo desfrute dessas liberdades*”⁹⁶.

A pretensão da Sociedade Beneficente Muçulmana não encontra lógica nem no caráter de prestação, nem no de defesa dos direitos fundamentais, razão pela qual a primeira fase já demonstra uma impossibilidade de justificação jurídico-constitucional da defesa da liberdade religiosa no caso tomado.

Contudo, avançando para a segunda, pergunta-se⁹⁷:

II. Haverá uma obrigação dos poderes do Estado de proteção da conduta em face dos perigos?

1. Exigirá o direito fundamental a proteção de uma maneira expressa?

2. Estará a liberdade de conduta de fato ameaçada?

3. Será que a ameaça é eliminada ou reduzida por via da proteção solicitada?

4. Será de fato e legalmente possível a proteção solicitada dos poderes do Estado?

A liberdade religiosa, tal qual está disposta na Constituição Federal de 1988, não exige de maneira expressa uma proteção ao sentimento religioso, sequer o menciona. Uma necessidade de proteção decorreria de interpretação jurisprudencial.

A ameaça de não poder exercer a liberdade religiosa em plenitude não parece se justificar, pois não fica evidente uma relação obstrutiva entre a blasfêmia e a expressão religiosa. Fazer origami com páginas d'A Torá pode parecer de extremo mau gosto, mas não tem a faculdade de impedir um judeu de ir à sinagoga, por exemplo. Se um indivíduo, ao tentar exercer sua liberdade de crença, for impedido, aí sim pode-se falar em violação desse direito fundamental. Logicamente uma ideia contrária à sua crença não constitui obstáculo ao seu direito de crer ou deixar de crer.

“A liberdade religiosa consiste na liberdade para professar a fé em Deus. Por isso, não cabe arguir a liberdade religiosa para impedir a demonstração de fé de outrem ou em certos lugares, ainda que públicos”⁹⁸. Levando-se em conta que a

⁹⁵ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.160.

⁹⁶ Ibid., *Ibidem*.

⁹⁷ Cf. PIEROTH, B.; SCHLINK, B. cit., n.m. 361, p. 98.

⁹⁸ Cf. MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., cit., p.320.

liberdade de crença também protege o descrente, a conduta da Sociedade Beneficente Muçulmana se enquadra, justamente, nessa situação descrita pela doutrina. Isso significa que ameaça representa o exercício expressivo que for blasfemo, será dificilmente eliminada por uma ação do Poder Público, pois não cabe ao Estado impor concepções religiosas aos particulares.

Ademais, o reconhecimento jurídico de pretensões de defesa desse direito fundamental em função do desrespeito a elementos religiosos levaria a uma situação em que se reconheceria a impossibilidade de expressão em função de conteúdo, uma censura prévia, ou autocensura⁹⁹ – “com Deus não se brinca” – o que prejudicaria sobremaneira o ambiente democrático. Essas constatações levam a conclusão de que não é jurídico-fundamentada a pretensão de defesa da liberdade religiosa em atividades expressivas que não tenham na mira de suas polêmicas a dignidade de crentes ou organizações religiosas.

Todavia, ainda subsiste a questão de saber se o sentimento religioso é tutelado pela liberdade religiosa de um modo geral. Não se pode presumir que ele não o seja, até porque a ideia de direito fundamental garantido sem reservas pode corroborar o entendimento de que não se pode interpretar o alcance do âmbito de proteção de forma restritiva.

5.3. O RHC 134.682/BA e o sentimento religioso

O Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA¹⁰⁰, é desdobramento de uma ação que fora proposta pelo Ministério Público Federal contra o sacerdote católico Jonas Abib sob a acusação de que este teria incorrido na prática do crime de racismo, tipificado pelo art. 20 da Lei 7.716/1989¹⁰¹. Segundo o Ministério Público Federal, o sacerdote, autor do livro “Sim, Sim, Não, Não Reflexões de cura e libertação”, veiculara em sua obra conteúdo discriminatório à doutrina espírita.

Do livro, citado nos votos dos ministros, consta trechos como esses:

⁹⁹ Cf. LEITE. F. C., cit.

¹⁰⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA – Bahia. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 novembro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

¹⁰¹ Cf. BRASIL. LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989. Brasília, DF, jan 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

"O demônio, dizem muitos, 'não é nada criativo'. Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo."

(...) "Os próprios pais de santo são instrumentalizados por Satanás."

(...) "A doutrina espírita é maligna, vem do maligno."

No recurso, o Supremo Tribunal Federal analisou a liberdade religiosa, tendo firmado entendimento que discursos prosélicos constituem característica essencial das religiões que se pretendem universais. Do voto do relator, Ministro Edson Fachin, extrai-se:

Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa.

(...)

O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Referida ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais.

(...)

Ou seja, o discurso proselitista associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras fés, não se qualifica intrinsecamente como discriminatório. Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância (BRASIL, 2016).

Acompanhando o voto do relator, a Ministra Rosa Weber pondera:

O tema é de uma delicadeza ímpar. Tinha pensado até, Senhor Presidente - com essa quantidade de processos e de temas variados que temos a enfrentar nessas sessões todas, ainda mais com o nosso acréscimo, agora, de sessões no Eleitoral -, em pedir vista deste processo, porque lá estou a refletir sobre uma figura que está surgindo com bastante força no campo eleitoral, que é o abuso do poder religioso e os seus reflexos no campo eleitoral. Entretanto, ouvindo agora toda essa fundamentação magnífica do Ministro Fachin, e tendo como norte que a tolerância é o valor maior a ser lapidado no atual momento em que vivemos, e exercendo a minha tolerância com tamanha falta de tolerância com a religião dos outros, numa perspectiva de uma sociedade plural, como a nossa, e de um Estado Democrático de Direito, eu voto, Senhor Presidente, na mesma linha do Ministro Fachin, no sentido do trancamento da ação penal, convencida da atipicidade da conduta; ou seja, tamanha intolerância a ser, sem a menor dúvida, repudiada, não chega contudo às raias de atrair a aplicação do Direito Penal, como eu o compreendo, como um direito mínimo.

considerado sobretudo o valor maior da nossa Constituição, que é a liberdade de expressão, e sobretudo compreendendo, na linha da também competente sustentação oral, que essas expressões todas, que causam inclusive - em mim causaram, registro-, repúdio, devem ser vistas num contexto mais amplo, e não de maneira isolada, em que, de fato, assumem gravidade, a meu juízo, muito maior (BRASIL, 2016, grifei).

Não cumpre fazer juízo de valor sobre a postura dos ministros, mas há que se reconhecer que uma decisão que tranca uma ação penal, decide um conflito “inter partes” com eficácia “erga omnes”, evita uma censura judicial, observa o dever de neutralidade do Estado laico, menciona abuso de poder religioso e ainda exorta à tolerância merece um parágrafo de reconhecimento (para a posterioridade) num trabalho de conclusão de curso tão suado (mas prazeroso)! Sorry, Joana! (vou retirar esse parágrafo! Kkk) (retirei nada, subversivo eu!)

O STF reconheceu que discursos prosélitos fazem parte de algumas religiões e que são amparados pela liberdade religiosa. Um discurso prosélito nada mais é do que a afirmação que divide entre certos e errados, salvos e condenados, santos e pecadores. Uma vez reconhecido que o âmbito de proteção alcança esses discursos, fica insustentável a proteção de sentimentos religiosos.

O caso é realmente emblemático, pois encaminha a conclusão de uma forma que a hipótese deste trabalho não tratou. É que aquele que ofende sentimentos religiosos pode ter a sua conduta acobertada não só pela liberdade de expressão, mas pela própria liberdade religiosa. O julgado firma um precedente que afasta a possibilidade de que sentimentos religiosos sejam tomados como um bem jurídico, pois se a liberdade religiosa é a garantia de um discurso proselitista que pode vir a ofender, não há direito fundamental que ampare uma pretensão de defesa contra a atividade expressiva que venha a ser uma blasfêmia.

Dessa forma, fecha-se um ponto que havia ficado em aberto quando da análise da possibilidade de violação à liberdade artística nos contextos traçados. Foi constatado que a aferição dessa violação só seria possível no caso de certeza de que a liberdade religiosa tutelasse o sentimento religioso. É possível agora afirmar que apenas os limites identificáveis à liberdade de expressão configurarão limites ao exercício da arte.

6. CONCLUSÃO

Os levantamentos realizados levaram à percepção de que a importância da liberdade de expressão não se esgota no seu papel histórico de 30 anos atrás. É, antes e ainda, o instrumento que, sob forma jurídica, dá voz, possibilita o diálogo, o entendimento, constrói os caminhos de uma democracia sólida. Longe de ser vista entre incisos e parágrafos, limitada por entendimentos dos mais diversos, é viva em cada um de nós, na arte e na religião.

Por essa razão, essa liberdade não raramente irá entrar em potencial conflito com outros direitos fundamentais. Contudo, foi demonstrado não só que uma ingerência nesse direito seria injustificável jurídico-constitucionalmente, mas que é justamente quando for suscitada para a defesa dos casos mais polêmicos é que ela deverá ser reforçada, jamais abrandada. Como garantia que é, deve funcionar na consolidação de um ambiente favorável ao debate, buscando-se meios de possibilitar que seja usada a favor da Democracia. Por outro lado, foi observado que também poderá ser utilizada de forma abusiva, como instrumento de blindagem para discursos que objetivam atacar a dignidade humana e propagar injustiças.

Por essa razão, é restringida. Com isso, ergueu-se que as atividades expressivas que versarem sobre elementos religiosos podem até não respeitar concepções de sacralidade, mas é imperioso que respeitem os limites do discurso de ódio, da discriminação religiosa, preconceito ou incitação à violência. Viu-se que, por ser uma liberdade que permeia todas as demais liberdades de pensamento, todas as mensagens que forem transmitidas, na arte ou nos cultos, deverão observar os mesmos limites.

Aferiu-se que o exercício expressivo tomado como blasfêmia não se resume em ofensa à honra, sendo que para que se configure essa hipótese a mensagem deverá se referir (e configurar uma concreta ofensa) a uma organização religiosa ou a um crente, não sendo suficiente a referência aos elementos constitutivos da crença, ainda que únicos de dada religião.

Constatou-se que o âmbito de proteção da liberdade artística não só é muito amplo, como também é indefinível, *a priori*, revelando suas fronteiras apenas quando confrontado com os limites de outro preceito constitucional. Foi visto que isso se deve ao fato do conceito de arte ser um conceito aberto, o que não só é

positivo, dada a constante reinvenção nesse campo de conhecimento, como é aconselhável, pois a definição de arte poderia ser utilizada, intencionalmente ou não, para legitimar injustiças mediante a marginalização de novas artes ou através da negação de proteção jurídica a artistas que não seriam vistos como tais. Assim como na liberdade de expressão, a ingerência do Estado nesse direito em decorrência de uma arte que for blasfema é ilegal.

Edificou-se, por fim, que nos casos em que se faz uso de elementos religiosos descontextualizados de caráter sacro, a pretensão de defesa da liberdade religiosa não é jurídico-fundamentável, pois não tem a mensagem blasfema o condão de obstar o exercício do direito à liberdade religiosa, além de que não cabe ao Estado impor a terceiros descrentes o respeito típico de um crente para com uma simbologia religiosa. Constatou-se ainda, que o sentimento religioso não é tutelado pelo Direito nacional por decorrência do próprio núcleo essencial da liberdade religiosa, identificado pela jurisprudência, que alberga o discurso proselitista, incompatível com a sensibilidade que demandaria a tutela de um sentimento.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERGAMO, M. Porta dos Fundos ganha processo sobre vídeo especial de Natal. **Folha de São Paulo**, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2016/02/1742897-porta-dos-fundos-ganha-processo-sobre-video-especial-de-natal.shtml>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **LEI Nº 2.083, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1953**. Lei de Imprensa, Brasília, DF, nov 1953. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-2083-12-novembro-1953-366187-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989**. Brasília, DF, jan 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992.

Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Portal da Legislação**, Brasília, jul. 1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da Legislação**, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815-Distrito Federal. Relator: Ministra Carmen Lúcia. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 10 junho 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647/SP –São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 15 setembro 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>>. Acesso em: 09 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus –Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Moreira Alves. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 setembro 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 18534/SP –São Paulo. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 01 outubro 1968. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115155>>. Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682/BA –Bahia. Relator: Ministro Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 novembro 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 2.965 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 25 novembro 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AC2695.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

COSTA, C. et al. Decisão da Arquidiocese de proibir uso da imagem do Cristo em filme causa indignação. **O Globo**, 2014. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/rio/decisao-da-arquidiocese-de-proibir-uso-da-imagem-do-cristo-em-filme-causa-indignacao-13175926>>. Acesso em: 05 maio 2018.

DIAS, C. Atriz que interpreta Jesus trans comemora liberação de peça: 'Satisfação e alívio'. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/atriz-que-interpreta-jesus-trans-comemora-liberacao-de-peca-satisfacao-e-alivio.ghtml>>. Acesso em: 05 maio 2018.

FERREIRA, E. A. F.. Liberdade de criação artística, liberdade de expressão e sentimentos religiosos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, ISSN-e 0870-3116, Vol. 42, Nº. 1, 2001, páginas 229-285.

FEZINHO PATATYY. **Youtube**, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kpJApAfODSE>>. Acesso em: 11 maio 2018.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento nº 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336)-Goiânia. Relator: Desembargador Norival Santomé. **Pesquisa de Jurisprudência**, 06 fevereiro 2018. Disponível em: <[2018.http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_2583337620168090000%20_2018020620180220_844.PDF](http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_2583337620168090000%20_2018020620180220_844.PDF)>. Acesso em: 13 maio 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Especial: Vol. II**. Niterói: Editora Impertus. 8ª edição, p.396.

LEITE, F. C., Liberdade de Expressão e Direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. 1ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, v., p. 395- 408.

MACHADO, J. S.; NEGRI, S. M. C. A.. Ensaio sobre a promessa jurídica ao esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 368-383, 2018.

MENDES, G. F. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista dos Tribuanis**, v. 8, n. 2015, p. 479 - 486, Agosto 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA, A. A. Há 25 anos, lixo revolucionário da Beija-Flor reinava no Sambódromo. **O Globo**, 2014. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/ha-25-anos-lixo-revolucionario-da-beija-flor-reinava-no-sambodromo-11406236>>. Acesso em: 05 maio 2018.

O GLOBO. Sarney proíbe filme de Godard, e Scorsese polemiza em 'A última tentação de Cristo'. **O GLOBO**, 2013. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/sarney-proibe-filme-de-godard-scorsese-polemiza-em-ultima-tentacao-de-cristo-9980245>>. Acesso em: 15 maio 2018.

O GLOBO. Funk com trechos do Alcorão gera briga na Justiça: 'Não quis ofender', diz MC Dadinho. **O Globo**, 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/religiao/funk-com-trechos-do-alcorao-gera-briga-na-justica-nao-quis-ofender-diz-mc-dadinho-15885643>>. Acesso em: 05 maio 2018.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos Fundamentais**. Trad: Antonio Franco e outros. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTA DOS FUNDOS. **Youtube**, 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Dhj7xSfS28&t=2s>>. Acesso em: 11 maio 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2180296-90.2017.8.26.0000 –São Paulo. Relator: Desembargador José Luiz Mônaco da Silva. **Pesquisa de Jurisprudência**, 19 fevereiro 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11175686&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_cb91070e4c0148e7ac8d73871c9dfad6&vlCaptcha=CXFHJ&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 15 maio 2018.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

SÍLVIO, T. Juiz proíbe artista de fazer esculturas de santos inspiradas na cultura pop. **G1**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/06/juiz-proibe-artista-de-fazer-esculturas-de-santos-inspiradas-na-cultura-pop.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.