



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA NAS
PRODUÇÕES DE CUNHO ARTÍSTICO E A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO
DESTES DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UM ESTADO LAICO

Alan Rodrigues Lopes

Rio de Janeiro
2020

ALAN RODRIGUES LOPES

O EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA NAS
PRODUÇÕES DE CUNHO ARTÍSTICO E A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO
DESTES DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UM ESTADO LAICO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

O EMBATE ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA NAS PRODUÇÕES DE CUNHO ARTÍSTICO E A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO DESTES DIREITOS FUNDAMENTAIS DENTRO DE UM ESTADO LAICO

Alan Rodrigues Lopes

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a liberdade de expressão é um direito fundamental que se encontra em constante conflito com outros direitos fundamentais enaltecidos no texto constitucional, ocorrendo isso de forma mais frequente hodiernamente com a liberdade religiosa. Ambas as liberdades traduzem direitos essenciais para a existência de um estado democrático de direito e de um estado laico, motivo pelo qual a conciliação entre ambos é de imperiosa necessidade. Assim sendo, o presente trabalho visa abordar esse conflito de maneira a criticar a censura (violadora da liberdade de expressão), que tem se mostrado a solução por excelência em benefício da liberdade religiosa, e propor a ponderação, de forma mais isenta possível, para se alcançar a solução mais justa ao caso concreto.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Estado laico. Censura. Discurso de ódio. Conflito entre Direitos Fundamentais. Ponderação na tomada de decisão.

Sumário – Introdução. 1. As liberdades de expressão e religiosa e a vedação à censura. 2. O discurso de ódio e a mera expressão do pensamento. 3. A ponderação como forma de garantia do estado laico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa nas produções de cunho artístico e como é importante que se concilie de maneira razoável estes direitos em uma situação de conflito de normas constitucionais. Procura-se demonstrar que, diferentemente do que pede uma parcela da sociedade, a mitigação do primeiro em prol do segundo pode atentar, em muitos casos, contra a própria laicidade do estado brasileiro insculpida no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88 bem como estimular o uso da censura como mecanismo de controle judicial de obras artísticas, o que violaria o disposto no artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88.

Assim, para essa finalidade, abordam-se a doutrina, a jurisprudência e as notícias veiculadas acerca do tema que demonstrem essa tendência em buscar censurar certas obras que desagradam determinada parcela da sociedade por meio de uma tutela jurisdicional. Além disso, emprega-se o método hipotético-dedutivo, com uma abordagem necessariamente qualitativa do objeto desta pesquisa jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dotada dos ideais democráticos dominantes pós-ditadura militar, enalteceu, dentre tantos direitos e garantias fundamentais que positivou, as liberdades de expressão e religiosa, de modo a assegurar o pleno exercício dos mencionados direitos e o desenvolvimento de uma sociedade justa, pluralista e sem preconceitos. É incontroverso que qualquer sociedade é um berço para conflitos e que, muitas vezes, a discussão jurídica trata de um conflito de normas constitucionais, que deve ser apaziguado pelo julgador da causa.

Nesta toada, extrai-se as seguintes indagações: como pode o magistrado atuar para garantir o apaziguamento social quando uma parcela da sociedade exige, algumas vezes de forma violenta, a censura de obras artísticas que tratam do religioso? Como exercer sua função jurisdicional a fim de se dar máxima efetividade aos direitos constitucionais em conflito?

Constata-se, portanto, se tratar de um tema de notável controvérsia no mundo jurídico e social, pois o magistrado, antes de tudo, é ser humano, e como tal é dotado de suas próprias ideias sobre o sagrado e o profano, a sátira e o discurso de ódio, a liberdade artística e o respeito ao credo alheio, situações que não são tratadas de forma estanque pela legislação, doutrina ou jurisprudência. Com isso, tem-se um grande espaço de atuação em que esse magistrado pode, sob o fundamento da unidade da constituição, agredir umas das liberdades essenciais a qualquer estado democrático de direito: a de expressão.

Para melhor compreensão do tema, busca-se discorrer sobre as liberdades de expressão e religiosa a fim de trazer à baila a controvérsia acerca do conflito entre esses direitos constitucionais. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a diferenciação entre o uso nocivo da liberdade de expressão, com o intuito de propagação de discurso de ódio, do uso normal, mas que ofende determinados grupos religiosos. Ademais, objetiva-se propor mecanismos que melhorem a tomada de decisão a fim de dar máxima efetividade aos direitos em conflito.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho introduzindo de forma breve as liberdades de expressão e religiosa e a razão em conferir maior tutela à primeira para coibir o uso da censura como mecanismo de controle.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, acerca da natureza da ofensa que a liberdade de expressão traz à liberdade religiosa para destacar situações em que o objetivo é ofender daquelas em que se busca tão somente a exposição do pensamento.

O terceiro capítulo trata do conflito, jurídico e social, existente entre os direitos em questão. Procura-se propor meios de salvaguardar ambos no estado laico brasileiro em uma tomada de decisão mais justa e coerente com a proposta do constituinte originário. Para tanto,

foi necessário refletir sobre os valores religiosos em jogo e a necessidade de se permitir, e estimular, o pensamento livre como forma de estímulo à arte.

Por fim, como já afirmado alhures, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E RELIGIOSA E A VEDAÇÃO À CENSURA

Inicialmente, deve-se esclarecer que as liberdades de expressão e religiosa são espécies do gênero liberdade de pensamento, que, por sua vez, pode ser entendida como a “exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente”¹. Logo, conclui-se pela existência de dois aspectos desta liberdade mais ampla: o interno (a mera consciência enquanto não manifestada socialmente) e o externo (pensamento exteriorizado pelo “exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento”)². Obviamente, o simples pensamento em si (aspecto interno) não traz danos às relações sociais, razão pela qual o aspecto externo tem sido o foco das obras jurídicas e extensamente debatido.

No que toca as liberdades em discussão propriamente ditas, a de expressão se encontra insculpida no artigo 5º, inciso IX, da CRFB/88 com o seguinte teor: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Assim, percebe-se que o constituinte originário teve a preocupação em afastar, desde logo, todo e qualquer mecanismo que desestimulasse a produção intelectual no país, de maneira que a expressão do pensamento intelectual, principalmente no meio artístico, deve ser tutelada como forma de enriquecimento cultural da sociedade.

Tal liberdade é tida, também, como um “instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático”³, assumindo uma relação complementar, haja vista ser o

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

² *Ibid.*, p. 245.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 390.

pluralismo de opiniões essencial para a existência de vontade livre. Ademais, é certo que a liberdade de expressão é um desdobramento da dignidade da pessoa humana (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo artigo 1º, inciso III, da CRFB/88) no que diz respeito à “autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”.⁴

No entanto, deve-se deixar claro que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, e do mesmo modo que o seu exercício é uma garantia da dignidade da pessoa humana, a sua limitação traz a mesma garantia pois, em um meio social, deve sempre haver respeito pelos direitos do próximo. Assim, não traduz em liberdade de expressão o discurso de ódio ou obras com o único intuito de ofender alguém ou um grupo de pessoas. Nessa toada, Dalmo de Abreu Dallari⁵ discorre sobre a necessidade da preservação da liberdade como forma de atingir o ideal do Estado Democrático:

A possibilidade de escolha seria insuficiente, se não fosse orientada para os valores fundamentais da pessoa humana, revelados e definidos através dos séculos. Um desses valores é a liberdade, sem dúvida alguma. Entretanto, é indispensável que haja coerência na concepção da liberdade. Com efeito, as doutrinas individualistas exaltaram a liberdade individual, mas concebendo cada indivíduo isoladamente. Ora, se todos reconhecem que o homem é por natureza um ser social, é evidente que se deve conceber sua liberdade tendo em vista o homem social, o homem situado, que não existe isolado da sociedade. A liberdade humana, portanto, é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades. (...) O problema, como se vê, não é de maior ou menor quantidade de liberdade, mas é de *qualidade* de liberdade. A concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente egoísta, pois o desligou o indivíduo de compromissos sociais e, por isso mesmo, deu margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, porque cada um vivia isolado na sua liberdade, procurando obter o máximo proveito para si. Assim, é inaceitável a afirmação de que a liberdade de cada um termina onde começa a do outro, pois as liberdades dos indivíduos não podem ser isoladas e colocadas uma do lado da outra, uma vez que na realidade estão entrelaçadas e necessariamente inseridas num meio social.

Ato contínuo, a liberdade religiosa encontra guarida no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88, que traz a seguinte redação: “é inviolável a 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 suas liturgias”. Ela se expressa por três formas⁶: i) a liberdade de crença, ii) a liberdade de culto e iii) a liberdade de organização religiosa.

O Brasil, a fim de garantir a manutenção do pluralismo, é um estado que confere aos seus cidadãos o direito de escolha no que crer e em como exercer suas respectivas crenças.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 520.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 304.

⁶ SILVA, op. cit., p. 250.

Entende-se, portanto, que a liberdade em questão é voltada para toda e qualquer religião, definindo-se, dessa maneira, como um estado laico. A laicização do estado, e, por conseguinte, do Direito, é um fenômeno comum dos estados modernos, salvo algumas exceções (por exemplo, o Irã é oficialmente um estado muçulmano desde 1979), sendo o modelo mais adotado. Paulo Nader⁷ sintetizou o processo de laicização do Direito da seguinte maneira:

A laicização do Direito recebeu um grande impulso no séc. XVII, através de Hugo Grócio, que pretendeu desvincular de Deus a ideia do Direito Natural. A síntese de seu pensamento está expressa na frase categórica: ‘O Direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.’ O movimento de separação entre o Direito e a Religião cresceu ao longo do séc. XVIII, especialmente na França, nos anos que antecederam a Revolução Francesa. Vários institutos jurídicos se desvincularam da Religião, como a assistência pública, o ensino, o estado civil. Modernamente, os povos adiantados separaram o Estado da Igreja, ficando, cada qual, com o seu ordenamento próprio. Alguns sistemas jurídicos, contudo, continuam a ser regidos por livros religiosos, notadamente no mundo muçulmano.

Apesar de laico, o constituinte originário, porém, não se afastou de seus valores religiosos, como é possível confirmar, por exemplo, pela leitura do preâmbulo da CRFB/88 (“sob a proteção de Deus”) e pelo fato de o artigo 210, § 1º, estabelecer a obrigatoriedade do ensino religioso como disciplina no Ensino Fundamental. Não obstante haver clara influência das religiões cristãs na elaboração da CRFB/88, cujos símbolos⁸ se encontram expostos em diversos órgãos públicos (inclusive no Supremo Tribunal Federal), o Brasil é tido como um estado laico justamente pela tutela que confere a todas as religiões praticadas em território nacional e por não haver uma adoção oficial por uma religião específica.

Contudo, pelo fato de as religiões cristãs serem as com o maior número de praticantes no país, é inegável que a sua influência englobe quase todas as camadas da sociedade, de modo que também atinja os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A influência da religião neste último Poder pode se tornar algo preocupante, na medida em que o magistrado, ao decidir, não lê e aplica a lei de forma isenta ao caso concreto, mas o faz com toda a sua carga humana, destilando na decisão judicial sua experiência de vida, seu psicológico e, claro, seus ideais de certo e errado pautados nos ensinamentos religiosos que segue.

A título de exemplo, recentemente (leia-se início do ano de 2020), foi proferida decisão judicial pelo TJRJ⁹ em que se determinou, em sede de agravo de instrumento, a censura de uma

⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 33 e 34.

⁸ Pedro Lenza afirma que a saída que vem sendo encontrada para a utilização de crucifixos em órgãos públicos é justificar que se tratam de símbolo cultural, e não religioso. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1333.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000*; Relator: Des. Benedicto Abicair; Julgado em: 07/01/2020; Data da publicação: 10/01/2020. Disponível em:

obra intelectual intitulada “Especial de Natal Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo”, pois, como havia grande desconforto por parte dos cristãos acerca da caracterização de Jesus Cristo, pareceu ao magistrado “mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã”¹⁰ a suspensão da referida obra do catálogo da plataforma de *streaming* Netflix até o julgamento do mérito da questão. Tal decisão, todavia, não prosperou.¹¹

A decisão do desembargador do TJRJ foi suspensa em decisão liminar no STF¹², que entendeu se tratar de censura a decisão de proibir a exibição da obra intelectual, mesmo ela tratando de certos valores religiosos. O exemplo trazido demonstra que, apesar de, no momento, o STF ter uma posição mais condizente com o que propõe a CRFB/88, o mesmo não se vê nas instâncias ordinárias, que têm um potencial preocupante em tomar decisões em detrimento da liberdade de expressão sob o fundamento da conservação absoluta dos valores e ideais religiosos do cristianismo.

Caso o quadro apresentado se confirme, a tendência nos tribunais será apenas uma: a utilização da censura como mecanismo de controle das obras intelectuais. Mesmo exercendo influência indireta no mundo jurídico¹³, a religião carrega um peso nas decisões judiciais, principalmente quando o caso concreto versa sobre um tema tão controvertido quanto o conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Conforme supramencionado, a censura é vedada no sistema constitucional vigente por expressa determinação do artigo 5º, IX, da CRFB/88, enrobustecida pelo disposto no artigo 220, caput, que traz a observação de que a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição, e seu § 2º, que reza: “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Logo, não se vê como viável qualquer decisão judicial que determine a censura de obras artísticas pelo simples fato de haver uma abordagem de símbolos, personagens ou outros

<<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B536A829626D3EC542D17A8C5438F245C50B593A451B&USER=>> Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁰ O GLOBO. *Desembargador censura especial de Natal do Porta dos Fundos na Netflix para ‘acalmar ânimos’*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-censura-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-na-netflix-para-acalmar-animos-24178422>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

¹¹ EXAME. *STF derruba censura contra Especial de Natal do Porta dos Fundos*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/stf-derruba-censura-contr-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos/>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

¹² Apesar de a relatoria ser do Min. Gilmar Mendes, a decisão liminar que suspendeu a decisão do Des. Benedito Abicair é de autoria do Min. Dias Toffoli, pois o STF se encontrava em recesso à época do ajuizamento da Reclamação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 38.782/RJ*; Relator: Min. Gilmar Mendes; Julgado em: 09/01/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342120753&ext=.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2020.

¹³ NADER, op. cit., p. 56.

elementos religiosos que incomode determinado grupo, uma vez que não há a prática de qualquer ilícito.

Assim, malgrado o artigo 5º, XXXV, da CRFB/88 trazer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de crítico da arte quando diante de um caso concreto nos mesmos moldes já expostos. Caso contrário, a censura, expressamente vedada pelo texto constitucional, passará a ser comum na jurisprudência dos tribunais, o que atentaria contra o próprio modelo de Estado Democrático e tornaria inócua a laicidade estatal.

2. O DISCURSO DE ÓDIO E A MERA EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

O “discurso de ódio” não é novo no ordenamento pátrio nem no Direito Comparado, que comumente o designa por meio da língua inglesa como *hate speech*¹⁴. Independentemente do termo utilizado para se referir ao tema, o discurso de ódio é algo que vem se tornando cada vez mais corriqueiro no mundo nos últimos anos, sendo auxiliado, principalmente, pela facilidade e rapidez na propagação de informações por meio da internet.

Ato contínuo, pode-se dizer que o discurso de ódio guarda uma relação com a mera expressão do pensamento, na medida em que, não de modo incomum, costuma ser classificado como aquele por alguns ouvintes que simplesmente não concordam com a opinião expressada. Isso, infelizmente, tem se mostrado a tendência nas discussões entre indivíduos com visões de mundo divergentes, o que impede que se propicie debates aprofundados e enriquecedores sobre temas complexos do interesse de todos.

Por ser algo notavelmente corrosivo para as relações em sociedade, imperioso que se trace um modo de identificar¹⁵ o discurso de ódio para fins de desassociá-lo das formas de expressão que visem tão somente a exposição do pensamento. Isso se torna ainda mais relevante

¹⁴ Na abordagem ao *hate speech*, Daniel Sarmento afirma que a sua análise transcende a questão constitucional, uma vez que envolve diversos outros valores importante para uma sociedade moderna, como liberdade, igualdade e tolerância. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro*, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

¹⁵ Marcio Rogério e Maíke Lins, em sua publicação, fazem uma distinção de forma simples e direta ao afirmarem que o direito de liberdade de expressão permite as pessoas terem opiniões diversas, sejam elas a favor ou contra a determinado assunto ou situação e não serem repreendidas por isso. Já o discurso de ódio abrange a forma que essas mesmas pessoas se comportam no momento de expressar essa opinião, uma vez que vai de encontro com a dignidade seja ela individual ou de grupo. ROGÉRIO, Marcio; LINS, Maíke. *Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

quando a celeuma envolve religião, haja vista se tratar de tema sensível em que a divergência de opiniões tem sido tratada, frequentemente, com hostilidade.

Com efeito, as discussões religiosas têm ganhado cada vez mais destaque na sociedade, mormente nas mídias sociais, o que mostra um crescente interesse em debater certas questões religiosas diante das inovações tecnológicas, medicinais, farmacêuticas, filosóficas etc. Contudo, por se tratar de tema sensível capaz desencadear respostas agressivas por parte da população (ou até mesmo decisões judiciais atentatórias à liberdade de expressão), tem-se visto um desestímulo a esses debates, o que impede o avanço, no meio jurídico, de mecanismos que possibilitem identificar a opinião expressada como discurso de ódio ou como simples exteriorização do pensamento.

Entretanto, deve ser salientado que o desentendimento não é causado apenas porque a discussão versa sobre religião. A divergência de opiniões é natural nas relações humanas, de modo que, independentemente do tema em pauta, normalmente haverá desacordos, sobretudo no mundo jurídico. Eis o produto natural de uma sociedade pluralista e diversificada. Luís Roberto Barroso¹⁶ aborda essa questão, classificando-a como desacordos morais razoáveis, que seriam situações decorrentes de interpretações divergentes de um texto constitucional por pessoas com linha de pensamentos distintos e sem conciliação possível, como é possível depreender do trecho a seguir:

Além dos problemas de ambiguidade e linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete. Esse fenômeno se revela em questões que são controvertidas em todo o mundo, inclusive no Brasil, como, por exemplo, a interrupção de gestação, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, em meio a inúmeras outras. Nessas matérias, como regra geral, o papel do direito e do Estado deve ser o de assegurar que cada pessoa possa viver sua autonomia da vontade e suas crenças. Ainda assim, inúmeras complexidades surgem, motivadas por visões filosóficas e religiosas diversas.

Dito isso, e como a sociedade jamais deixará de ter seus conflitos, a necessidade de se delimitar o que é discurso de ódio, em um contexto de colisão com a liberdade religiosa, se mostra urgente nos dias atuais a fim de se evitar, acima de tudo, que as discussões jurídicas fiquem sujeitas às idiossincrasias dos julgadores. Conforme mencionado na passagem

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.

supracitada, é dever do direito assegurar que as pessoas vivam a sua autonomia da vontade e suas crenças, porém isso deve ser feito a fim de não gerar uma agressão, ao mesmo tempo, à liberdade religiosa nem à liberdade de expressão, enaltecidas no artigo 5º, incisos VI e IX, da CRFB/88¹⁷.

No modelo de ordem constitucional vigente, deve-se buscar a máxima efetividade às normas que invocam direitos fundamentais, de maneira que a expressão do pensamento deve ser resguardada sempre que não agredir outros direitos fundamentais. Obviamente, a mesma regra deve ser aplicada de modo inverso, haja vista ser insustentável a utilização da liberdade de expressão para ferir direitos consolidados na CRFB/88.

Às vezes, por exemplo, o próprio exercício da liberdade de expressão em um contexto de liberdade religiosa traz o discurso de ódio para atacar outras religiões, pois se busca maculá-las para enaltecer outra específica, como já apontou o STF¹⁸ em diversas decisões. Com efeito, devem prevalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Assim, a forma ideal e mais eficaz de se determinar se a opinião exteriorizada constitui ou não discurso de ódio é atentar ao contexto no qual ela foi empregada, e não apenas para o discurso em si. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, pois afirmam que “quando se busca situar uma hipótese no domínio normativo da garantia constitucional da liberdade de expressão, há de se atentar, igualmente, para o contexto em que o discurso é proferido”¹⁹.

Nessa toada, a opinião expressada, o meio utilizado de divulgação e o objetivo da exposição devem ser analisados conjuntamente para que se permita concluir se a liberdade de expressão foi exercida com o intuito de violar direitos fundamentais ou não. Isso é de suma importância para que a tomada de decisão não agrida, por sua vez, a liberdade de expressão legitimamente praticada, se estimule a criação de um estado de censura sem controle e incuta no pensamento das pessoas que o Poder Judiciário pode ser facilmente influenciado pela pressão social e política de determinados grupos.

¹⁷ Inciso VI: é inviolável a 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; Inciso IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 146.303/RJ*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁹ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 403.

Malgrado a religião exercer inegável influência na CRFB/88 e nas Constituições Estaduais, repisa-se que o Estado é laico²⁰, devendo este, portanto, zelar de forma igualitária a todas as religiões existentes em território nacional, independentemente de serem praticadas pela minoria da população. Porém, nem sempre o ideal se reproduz no mundo dos fatos, razão pela qual cabe ao Poder Judiciário fazer esse papel de adequação do ideal ao real, e não intensificar tal discrepância.

Dessa maneira, a análise da opinião exteriorizada – suponha-se que seja uma obra de cunho artístico – deve buscar constatar se a expressão, o mecanismo de propagação da informação e, sobretudo, a finalidade para a qual o ato foi tomado visa criar situações de marginalização social de pessoas crentes ou de diminuição de determinada religião frente a outras. Em outras palavras, se há efetiva discriminação. Caso a referida averiguação tenha resposta positiva, estar-se-á diante de um discurso de ódio atentatório à liberdade religiosa, devendo haver, portanto, atuação do Poder Judiciário para determinar a censura de tal obra por não se enquadrar em legítimo exercício da liberdade de expressão.

Por outro lado, se em um estudo detido do caso, de forma isenta (no sentido de o magistrado deixar de lado, naquele momento, os seus valores religiosos), constatar-se que a intenção da obra é tão somente a informação ou, de forma mais controversa, o humor, não há que se falar em discurso de ódio religioso, uma vez que há, de forma pura e simples, o exercício legítimo da liberdade de expressão. No que toca a última hipótese, a obra humorística que trata de religião tem se mostrado a mais problemática no que se refere à isenção do magistrado, vide a dificuldade que é para qualquer pessoa se despir dos seus próprios valores humanos para a tomada de decisão judicial.

Não obstante, é responsabilidade do magistrado se apresentar de forma isenta no julgamento dos casos sob sua apreciação, principalmente naqueles que versem sobre o conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa. Ademais, não poderia isso se dar de forma diferente, já que a existência de um julgado eivado pelo vício da parcialidade colocaria em cheque a credibilidade do Poder Judiciário, o que poderia resultar no declínio acentuado do respeito, da adesão, da aceitação e da confiança por parte da sociedade.

²⁰ Leonardo Vieira de Souza aponta que a religião está presente na vida de 92% dos brasileiros e que as Constituições propõem um estado laico, mas que “as inconsistências da laicidade absoluta se revelam ao passo que em um sistema democrático a vontade popular é predominante”. Logo, afirma que é razoável concluir que vez ou outra os cargos públicos eletivos serão ocupados por pessoas inclinadas a valores de determinada religião, refletindo, assim, o pensamento dominante do país no momento. SOUZA, Leonardo Vieira de. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

3. A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DO ESTADO LAICO

Como afirmado anteriormente, o modo de atuação do Poder Judiciário em situações de conflito de normas constitucionais é essencial a fim de que se garanta a manutenção de um estado laico. Destarte, no que toca o embate entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, o mecanismo da ponderação é o mais indicado na resolução de tal conflito, buscando a associação ideal entre a vontade do constituinte e a realidade social existente no momento da tomada de decisão.

Com efeito, a ponderação utilizada pelo magistrado para que se decida o caso concreto decorre de um princípio fundamental que rege as normas da CRFB/88: o princípio da unidade da constituição. Dita o referido princípio que a CRFB/88 deve ser interpretada na sua inteireza, de modo que eventuais contradições contidas em suas normas devem ser entendidas como não existentes pois não se deve considerar uma norma constitucional fora do sistema que ela integra. Nesse diapasão, segundo Pedro Lenza²¹, “as normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios”.

Ademais, mormente no caso de conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, não basta que se escolha um lado ou outro de forma arbitrária. Pelo contrário, deve o magistrado, ao utilizar a ponderação, demonstrar por meio de seus argumentos²² as razões pelas quais justifiquem que uma norma deva prevalecer, naquele caso concreto, sobre outra. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²³:

Constituições são documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão. Essas colisões podem dar-se, em primeiro lugar, entre princípios ou interesses constitucionalmente protegidos. É o caso, por exemplo, da tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio ambiente ou entre livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Também é possível a colisão entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito de privacidade, ou entre a liberdade de reunião e o direito de ir e vir (no caso, imagine-se, de uma passeata que bloqueie integralmente uma via de trânsito essencial). Por fim, é possível cogitar colisão de direitos fundamentais com certos princípios ou interesses constitucionalmente protegidos, como o caso da liberdade individual, de um lado, e a segurança pública e a persecução penal, de outro. Em todos esses exemplos, a vista do princípio da unidade da Constituição, o intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e

²¹ LENZA, op. cit., p. 207.

²² Na forma do inciso IX do artigo 93 da CRFB/88: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. BRASIL, op. cit., nota 17.

²³ BARROSO, op. cit., p. 387 e 388.

uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequadamente a vontade da Constituição naquela situação específica.

É inegável que no exercício da função jurisdicional irá haver, em um caso ou outro, a pressão de uma parcela da sociedade em favor de uma determinada parte. Isso ocorre de forma mais comum em casos com grande cobertura midiática ou de grande impacto e disseminação nas redes sociais. Tal situação não haveria como ser diferente em um estado democrático de direito, uma vez que os julgadores atuam em prol da coletividade, devendo, portanto, prestar contas²⁴ a ela pois havendo divergência entre uma sentença e o sentimento social a tendência será a resistência da sociedade em cumprir tal decisão.

No que diz respeito à técnica de ponderação propriamente dita, ela é aplicada para alcançar uma solução em que se dê máxima efetividade aos direitos constitucionais em conflito, e impondo o mínimo de restrição possível a estes. Em um sistema jurídico como o brasileiro em que se enaltece o princípio da unidade da constituição (não há qualquer contradição entre suas normas) não teria como ser diferente, haja vista a técnica do “tudo ou nada” ser flagrantemente contrária ao referido princípio. Nas lições de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco²⁵ acerca de conflito de princípios (raciocínio também aplicável ao conflito de direitos fundamentais por traduzirem princípios):

Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. (...) Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

As normas inseridas na CRFB/88, em grande parte, contêm cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, de maneira que cabe ao julgador traduzir a vontade do constituinte. Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso²⁶ que o juiz exerce uma função

²⁴ Diz Luís Roberto Barroso que “a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social”. Assim, a autoridade para fazer valer a Constituição depende da confiança dos cidadãos. *Ibid.*, p. 405 e 406.

²⁵ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 272.

²⁶ Para o autor, “a lei fornece parâmetros, mas somente à luz do caso concreto, dos elementos subjetivos e objetivos a ele relacionados, tal como apreendidos pelo aplicador do Direito, será possível a determinação da vontade legal. BARROSO Luís Roberto, Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

integradora da norma, complementando-a com a sua valoração (feita de acordo com a sua experiência de vida, crenças, valores morais etc.), o que denota a essencialidade de que o magistrado julgue de forma justa para que não agrida direitos fundamentais. E é nesse ponto que entra a técnica de ponderação no conflito entre liberdade de expressão e liberdade religiosa no contexto das obras de cunho artístico.

Em um estado laico como o brasileiro, não há como imaginar que a liberdade religiosa irá sempre prevalecer sobre a liberdade de expressão. De igual maneira, não há como se classificar um estado como laico aquele que confere maior proteção e destaque a uma determinada religião em detrimento de outras. Tais situações iriam de encontro ao objetivo da CRFB/88 de se estimular a pluralidade na sociedade e a própria laicidade estatal. Dessa forma, independentemente do credo seguido pelo magistrado, sua valoração deve ser de forma a dar máxima eficiência aos direitos fundamentais em conflito, impondo, ao mesmo tempo, o mínimo de restrição possível.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso²⁷, a ponderação pode ser classificada como um processo de três etapas. Na primeira, o julgador deve determinar quais são as normas que podem ser aplicadas ao caso sob análise, verificando, ao mesmo tempo, a possibilidade de conflitos entre tais normas. Na segunda, avalia-se os fatos apresentados pelo caso concreto e como eles se relacionam com as normas estabelecidas na primeira etapa. Finalmente, na terceira, o magistrado deve examinar, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, as normas e os fatos concretos conjuntamente. Superadas todas as etapas descritas, será possível ao julgador determinar qual dos direitos fundamentais em conflito deverá ser aplicado em maior grau naquele caso concreto.

A respeito do conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa, a técnica de ponderação, e as etapas acima descritas, devem ser seguidas rigorosamente pelo intérprete da norma para que haja um julgamento justo que encontre um meio termo entre os anseios da sociedade e a vontade do constituinte. Dessa forma, evita-se uma valoração arbitrária e que os jurisdicionados fiquem submetidos às idiossincrasias do julgador da causa, que, não raro, por decidir mais com o coração do que com a razão, acaba por gerar decisões judiciais contrárias ao que dispõe a CRFB/88, o que pode acabar gerando, assim, uma situação de insegurança e desconfiança por parte da população.

²⁷ Ibid.

CONCLUSÃO

A laicidade estatal, na forma como é colocada no texto constitucional, deve ser mantida a fim de garantir os demais direitos fundamentais da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. Decerto, não há outra maneira de se conceber um estado definido como laico na atual ordem jurídica, que preza pela igualdade de tratamento de todas as religiões, nem de zelar pela manutenção de um estado democrático de direito, que visa garantir a observância aos direitos fundamentais.

O direito fundamental à liberdade de expressão é de suma importância no desenvolvimento do saber, na disseminação de informação e na produção e propagação de cultura, esta última em constante declínio no cotidiano da sociedade. Paradoxalmente, tem se tornado cultural a constante desvalorização das obras de cunho artístico nacional, o que indica que a proteção ao referido direito exercido com tal finalidade, em situação de conflito com outras normas constitucionais, é de essencial importância, contanto que não carregue em sua mensagem qualquer discurso de ódio.

Por sua vez, o direito fundamental à liberdade religiosa também é de igual importância, porém para outros motivos: o exercício da crença, a liberdade de culto e o senso de comunhão e pertencimento a um determinado grupo. Pode-se entender, portanto, ambos os direitos fundamentais ora tratados como um desdobramento da dignidade da pessoa humana, valor máximo a ser tutelado não só pelo Poder Judiciário, mas por todos os demais Poderes e indivíduos em território nacional. Contudo, não negando a sua importância, a liberdade religiosa, assim como os demais direitos presentes na CRFB/88, não é absoluta, de modo que a sua tutela em detrimento de outro direito em todo e qualquer caso trará uma situação de instabilidade e de insegurança jurídica, podendo, inclusive, traduzir em violação à própria laicidade estatal no caso de haver predileção às religiões cristãs em comparação às demais doutrinas religiosas.

Assim sendo, diante de um caso concreto que verse sobre o conflito liberdade de expressão x liberdade religiosa, em que haja no caso uma obra de natureza artística que aborda uma questão ou figura religiosa, deve o magistrado buscar a solução justa ao caso, e não agir de forma desarrazoada e sem fundamentos jurídicos críveis para determinar uma censura apenas por não apreciar a abordagem feita pela obra em um legítimo exercício da manifestação do pensamento. Nesse contexto, a ponderação realizada de forma isenta, fundamentada e desprovida de quaisquer vieses se mostra o mecanismo de julgamento mais adequado para se

alcançar a solução mais justa ao caso concreto, uma vez que não apenas cumprirá o seu objetivo de promover o apaziguamento social, como também criará precedentes menos duvidosos e temerários, algo que, definitivamente, será benéfico à sociedade a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RCL nº 38.782/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL38782.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 146.303/RJ*. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. *AI Cível nº 0083896-72.2019.8.19.0000*. Relator: Des. Benedicto Abicair. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B536A829626D3EC542D17A8C5438F245C50B593A451B&USER=>>>. Acesso em: 5 mai. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

EXAME. *STF derruba censura contra Especial de Natal do Porta dos Fundos*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/stf-derruba-censura-contra-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos/>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

O GLOBO. *Desembargador censura especial de Natal do Porta dos Fundos na Netflix para 'acalmar ânimos'*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/desembargador-censura-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-na-netflix-para-acalmar-animos-24178422>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

ROGÉRIO, Marcio; LINS, Maíke. *Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Leonardo Vieira de. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/14/o-principio-da-laicidade-na-constituicao-federal-de-1988/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.