

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIBERDADE RELIGIOSA E ATOS DEDISCRIMINAÇÃO

Paula Cristina Rigueiro Barbosa¹

RESUMO

A partir dos conceitos de liberdade de expressão e liberdade religiosa, procura-se demonstrar a inadequação de condutas discriminatórias em razão da crença. Apresentam-se ainda dois instrumentos legais que buscam coibir a intolerância religiosa: a Lei n. 17.346/2021 do estado de São Paulo e a Lei Federal n. 14.532/2023.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Atos discriminatórios.

1. INTRODUÇÃO

Em que pese a Constituição Federal proteger a liberdade religiosa, os ataques por intolerância religiosa² no Brasil são uma realidade crescente³.

De acordo com o *II Relatório sobre intolerância religiosa: Brasil, América Latina e Caribe*⁴ o serviço Disque 100, do atual Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, recebeu denúncias de 477 casos de intolerância religiosa no ano de 2019, 353 casos no ano de 2020 e 966 casos no ano de 2021.

A explosão do número de casos mostra a necessidade de medidas urgentes visando garantir a todos a liberdade para professar sua fé (ou de não a professar).

Nesse texto ressalta-se a ideia de que liberdade de expressão e religiosa não compactuam com a prática de atos discriminatórios e que há instrumentos normativos que buscam proteger os cidadãos contra atos de intolerância religiosa.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil pelo CEU-IICS. Pós-graduação *lato sensu* em Direito do Estado pela ESPGE. Pós-graduação *lato sensu* em Direito e Economia pela ESPGE.

2 Nesse texto utilizamos como sinônimos as expressões “atos de intolerância religiosa” e “atos discriminatórios” em razão da religião.

3 BERNARDO, André. ‘Liberdade religiosa ainda não é realidade’: os duros relatos de ataques por intolerância no Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 29 jan. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64393722>. Acesso em: 22 mar. 2023.

4 SANTOS, Carlos Alberto Ivanir dos; DIAS, Bruno Bonsanto; SANTOS, Luan Costa Ivanir dos. *II Relatório sobre intolerância religiosa: Brasil, América Latina e Caribe*. Rio de Janeiro: CEAP, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384250>. Acesso em 22 mar. 2023.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIBERDADE RELIGIOSA E DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal consagrou em seu artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, devendo servir de norte ao intérprete, inclusive na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, aos quais está intimamente ligada. Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet⁵:

[...] Importa considerar, nesse contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativo (höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip).

Nesse sentido, vale dizer que “[...] em sua maioria, os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor medida, explicitações, ou, como preferem outros, densificações do princípio da dignidade da pessoa humana”⁶. Nesse contexto, ela possui duas linhas de atuação: a primeira, como ato constitutivo ou medida do direito fundamental, e a segunda, como limitador desse direito⁷.

De outro lado, a Constituição Federal estabeleceu, já no preâmbulo, o respeito ao exercício da liberdade, também previsto como objetivo fundamental da República (artigo 3º, I) e como direito e garantia fundamental (artigo 5º, *caput*), detalhado e esmiuçado em tantos outros artigos (a título de exemplo, artigo 5º, incisos IV e VI e artigo 8º, artigo 220).

Uma das dimensões tanto do princípio da dignidade da pessoa humana como do direito de liberdade é a liberdade de expressão, que pode ser definida como⁸:

Como visto no Capítulo anterior, a liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Diz respeito à expressão de qualquer “concepção intelectual”. [...]

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 105.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

7 A ideia (e citação) é desenvolvida por: SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

8 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66 e 68.

Nesse sentido está relacionada com a própria “autodeterminação do indivíduo”, pois é direito de cada um expor suas ideias, opiniões e emoções e se guiar por elas dentro da sociedade. A liberdade de expressão tem por finalidade a realização pessoal, a possibilidade de se autodeterminar, na medida em que assegura opção livre de cada um de adotar as ideias e convicções que achar conveniente. Nesses termos a garantia à liberdade de expressão é relevante, na medida em que considera os indivíduos como responsáveis por si mesmos, dotados de poder de autodeterminação.

A liberdade de expressão busca garantir a pluralidade de ideias, a manifestação de minorias, debates públicos conscientes e responsáveis. Ao fim, fortalece estados democráticos e o respeito à dignidade humana.

A proteção à liberdade de expressão obriga o Estado, no sentido positivo, a fomentar as condições para livre expressão dos indivíduos e, no sentido negativo, a não impor restrições. Obriga também o particular, na medida em que o respeito aos direitos fundamentais se impõe a toda sociedade⁹:

Destaque-se, ainda, que as concepções de direitos fundamentais e de igualdade presentes na ordem constitucional brasileira não focam exclusivamente as relações entre o Estado e os indivíduos. Pelo contrário, o ordenamento brasileiro, diante da ubiqüidade da injustiça e da opressão, adotou o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada. Portanto, a Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada.

No dizer de André Ramos Tavares¹⁰, o conceito:

[...] finda por abarcar um sem número de formas e direitos conexos que não pode ser restringido a um singelo externar de sensações ou intuições com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação, de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa; de mídia; de divulgação e de radiodifusão.

9 SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”*. [S. l.: s. n.], [20-?-?]. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 24 mar. 2022.

10 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 550-551.

E nessa definição se insere, também, a liberdade religiosa¹¹ prevista, dentre outros, no artigo 5º, inciso VI que garante a liberdade de crença que envolve “[...] o direito de acreditar em algo, bem como de não acreditar em nada, ou seja, de ter uma religião e de não ter nenhuma como ocorre com os agnósticos e os ateus” e de culto “[...] que consiste no direito de exercer e praticar a sua religião e de poder fazê-lo em um lugar destinado para essa atividade”¹².

Fixadas essas premissas, de garantia da liberdade de expressão e de liberdade religiosa, norteadas pelo respeito à dignidade humana, deve-se analisar em que medida eventuais embates devem ser resolvidos.

3. LIBERDADE RELIGIOSA E ATOS DISCRIMINATÓRIOS

Esses direitos não são absolutos¹³, como de resto todos os outros direitos fundamentais, encontrando restrições na própria Constituição Federal (por exemplo, a proteção à imagem, honra, intimidade e privacidade) e outras normas internas e

11 A liberdade religiosa, entendida como um direito complexo, engloba “[...] em seu conteúdo essencial a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião e desdobra-se em várias concretizações: liberdade de crença (2ª parte do inciso VI), as liberdades de expressão e de informação em matéria religiosa, a liberdade de culto (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o direito à assistência religiosa (inciso VII) e outros direitos fundamentais específicos, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta.” (WEINGARTNER NETO, Jayme. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267).

12 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*, p. 37-38.

13 Nesse sentido: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 23.452-1 Rio de Janeiro*. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de Investigação (CF, art. 58, §3º) – Limitações constitucionais [...]. Relator: Min. Celso de Mello, data do julgamento: 16 set. 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 14 jul. 2023.).

internacionais (às quais o Brasil aderiu) que coíbem o uso abusivo e combatem o discurso de ódio¹⁴.

Nesse ponto, é importante anotar que o discurso de ódio é objeto de repúdio nos mais diversos sistemas jurídicos, no americano “[...] ele é evitado por meio de sua permissão pura e simples, pois se acredita que desta forma, exposto ao debate público, ele perde a sua eficácia. Já o sistema europeu proíbe o discurso de ódio para proteger a dignidade e a própria honra das suas vítimas”¹⁵.

Assim, se é fato que na Constituição Federal a liberdade de expressão ocupa uma posição de destaque (por exemplo, artigo 5º, incisos IV, X, XIV e artigo 220), também o é que ela não foi configurada como um direito absoluto, na medida em que é limitada por outros direitos e garantias (por exemplo, artigo 5º, inciso V). A Constituição Federal aponta ainda para a construção de uma sociedade justa, igual e contrária ao preconceito (por exemplo, artigo 3º, incisos I, III e IV e artigo 5º, incisos XLI e XLII)¹⁶.

Assim, uma primeira conclusão é de que tanto a liberdade de expressão e religiosa como a vedação à discriminação são protegidos pela Constituição Federal.

A solução para um conflito entre tais direitos passa pela análise do caso concreto e a ponderação de interesses envolvidos. Como afirma Daniel Sarmento¹⁷:

Mas será que cada sociedade tem mesmo de fazer uma “escolha de Sofia” entre a liberdade de expressão e a igualdade? Pensamos que não; que existe um “caminho do meio”, representado pela ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, que busque, em cada caso, encontrar a justa medida para a melhor acomodação dos interesses constitucionais em jogo, mas que reconheça, desde a partida,

14 O discurso de ódio, como dito, é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia à liberdade de expressão. Ele consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso de ódio não é voltado apenas para a discriminação racial. Para Winfried Brugger o discurso do ódio refere-se “a palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.” (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Op. cit., p. 97.)

15 Ibidem, p. 219-220.

16 No sentido do texto: SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”*. Acesso em 24/03/2022.

17 Ibidem.

o grande valor da liberdade de expressão, inclusive para a divulgação de ideias tidas como absurdas ou imorais pela maioria da sociedade. É preciso não esquecer, neste ponto, que muitas certezas morais de hoje resultaram de questionamentos e desafios aos consensos morais do passado, que não teriam sido possíveis, não fosse o exercício corajoso da liberdade de expressão.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas-Corpus 82.424 Rio Grande do Sul, por maioria, adotou-se o entendimento de que a publicação de obra literária com conteúdo antissemita pode incitar a prática de racismo, o que não encontrava guarida na proteção da liberdade de expressão consagrada na Constituição Federal. Destaca-se da ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...]

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. [...]

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

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.¹⁸

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator originário: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Presidente, data do julgamento: 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 jul. 2023.

Mais recentemente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 Distrito Federal, que analisava a inércia do Poder Legislativo nas proposições legislativas que visavam incriminar todas as formas de homofobia e transfobia, a Corte reafirmou o repúdio ao discurso de ódio e, como consequência, a limitação, nesse aspecto, à irrestrita liberdade de expressão. Reafirmou a liberdade religiosa “[...] desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”¹⁹. Destaco da ementa a análise da liberdade de expressão e religiosa e a prática de atos discriminatórios²⁰:

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL – O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019, p. 7. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 jul. 2023.

20 Para o que interessa ao texto a tese fixada foi: “II – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; [...]”. *Ibidem*, p. 5.

vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. TOLERÂNCIA COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instau-

ração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele.²¹

Vale ainda destacar o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 146.303 Rio de Janeiro, assim ementado:

Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido.

Inexiste violação do princípio da correlação quando há relação entre os fatos imputados na denúncia e os motivos que levaram ao provimento do pedido da condenação.

O direito à liberdade religiosa é, em grande medida, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda a multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.

Há que se distinguir entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito.

Como apontado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado recorrido, a conduta do paciente não consiste apenas na “defesa da própria religião, culto, crença ou ideologia, mas, sim, de um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente [d]a do paciente”.

Recurso ordinário não provido.²²

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal., p. 7.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303 Rio de Janeiro. Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>. Acesso em: 14 jul. 2023.

No referido julgamento o voto vencido do Ministro Edson Fachin trouxe interessante contribuição para o enfrentamento da questão:

Segundo Norberto Bobbio, em clássica obra, a desigualação desemboca em discriminação, no sentido do elemento objetivo do tipo penal, na hipótese em que ultrapassar, *de forma cumulativa, três etapas*.

A primeira delas, relaciona-se a um juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos:

“[...] isto é, na *constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo*. Num juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: *os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante.*” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*)

Já na segunda, implementa-se um juízo valorativo direcionado à hierarquização:

“O juízo discriminante necessita de um *juízo ulterior*, desta vez, não mais de fato, mas *de valor*: ou seja, necessita que, *dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais, etc.) e o outro inferior*. Compreende-se muito bem que uma coisa é dizer que dois indivíduos ou grupos são diferentes, tratando-se de uma mera constatação de fato que pode ser sustentada por dados objetivos, *outra coisa é dizer que o primeiro é superior ao segundo.*” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*)

Na hipótese de discursos religiosos, a comparação entre crenças e a ocorrência de explicitações de qual é a mais adequada entre elas é da essencialidade da liberdade de expressão religiosa.

Por fim, a terceira e indispensável fase consiste em um juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo tido como inferior:

“*Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro*. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é *seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo.*” (BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade. São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 108, *grifei*) (g.o.)²³

Vê-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal garante a liberdade de expressão e religiosa, desde que não transborde para atos de discriminação.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303 Rio de Janeiro, p. 17.

Não se pode aceitar, assim, abusos, em especial de lideranças religiosas, que sob o manto da liberdade religiosa se sentem autorizados a praticar atos discriminatórios em relação a indivíduos ou outras religiões e incentivar seus fiéis a fazê-lo. O direito à crença não inclui negar o direito à existência dos que com ela não concordam.

No estado de São Paulo, a Lei n. 17.346/2021 instituiu a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo, que busca combater qualquer forma de intolerância religiosa e garantir o exercício do direito constitucional de liberdade religiosa, que inclui “[...] as liberdades de consciência, pensamento, discurso, culto, pregação e organização religiosa, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, constituindo-se como direito fundamental a uma identidade religiosa e pessoal de todos os cidadãos”²⁴.

A lei reafirma o princípio da não confessionalidade e da separação entre Estado e religião, garantindo às entidades religiosas independência para se autorregular. Estabelecem ainda diretrizes para políticas públicas e específicas ações a serem desenvolvidas pelo estado de São Paulo que visam ao enfrentamento da intolerância religiosa como campanhas de conscientização, uso de espaços públicos para manifestações religiosas²⁵, a assistência religiosa a internados em estabelecimentos de saúde, prisionais, educativos (que desejarem), dentre muitas outras.

Por fim, descreve atos que violam a liberdade religiosa e que são considerados infrações administrativas, bem como as respectivas sanções²⁶ que devem ser apura-

24 SÃO PAULO. Lei n. 17.346, de 12 de março de 2021. Institui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo: São Paulo, data da publicação: 13 mar. 2021, p.1. Artigo 1º - Fica instituída a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo, que se destina a combater toda e qualquer forma de intolerância religiosa, discriminação religiosa e desigualdades motivadas em função da fé e do credo religioso que possam atingir, coletiva ou individualmente, os membros da sociedade civil, protegendo e garantindo, assim, o direito constitucional fundamental à liberdade religiosa a toda população do Estado de São Paulo.

Parágrafo único - O direito de liberdade religiosa compreende as liberdades de consciência, pensamento, discurso, culto, pregação e organização religiosa, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, constituindo-se como direito fundamental a uma identidade religiosa e pessoal de todos os cidadãos, conforme a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional aplicável.

25 Respeitadas as normas de segurança.

26 SÃO PAULO. Lei n. 17.346, de 12 de março de 2021, artigos 58 a 74.

dos em processo administrativo, garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

No âmbito federal, recentemente foi publicada a Lei n. 14.532/2023 que alterou a Lei n. 7.716/1989 e acrescentou o parágrafo 2º-B ao artigo 20 para prever pena a quem “[...] obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas”²⁷.

A medida visa coibir o racismo religioso que se manifesta no ataque e destruição de templos religiosos, além de agressão aos seus líderes e praticantes.

Acrescentou ainda o artigo 20-C, que traz norte de interpretação ao juiz, que deve, obrigatoriamente, considerar na interpretação da lei como “[...] discriminação qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência”.

4. CONCLUSÃO

Pode-se concluir que, em tese, toda e qualquer manifestação se encontra protegida pelo direito de liberdade de expressão e liberdade religiosa. Todavia, caso se verifique de modo concreto que ela incita, estimula, promove ou provoca atos de discriminação, preconceito ou violência, em total desrespeito ao princípio da dignidade humana, estaria configurado o ato de discriminação em razão da crença.

Aponto que a conduta pode caracterizar infração penal sujeita às penas previstas na Lei n. 14.532/2023.

Sem prejuízo, para além da responsabilização cível e penal, no estado de São Paulo a constatação de que houve a prática de ato discriminatório atrai a incidência da Lei n. 17.436/2021 que pune tal conduta no âmbito administrativo.

27 BRASIL. Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023. Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, Edição Extra B, data da publicação: 11 jan. 2023, página 1.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDO, André. 'Liberdade religiosa ainda não é realidade': os duros relatos de ataques por intolerância no Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 29 jan. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-64393722>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, Edição Extra B, data da publicação: 11 jan. 2023.

SÃO PAULO. **Lei n. 17.346, de 12 de março de 2021**. Institui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de São Paulo: São Paulo, data da publicação: 13 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 Distrito Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) []. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul**. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Relator originário: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Presidente, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452-1 Rio de Janeiro**. Comissão Parlamentar de Inquérito – Poderes de Investigação (CF, art. 58,

§3º) – Limitações constitucionais []. Relator: Min. Celso de Mello, 16 set. 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 14 jul. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SANTOS, Carlos Alberto Ivanir dos; DIAS, Bruno Bonsanto; SANTOS, Luan Costa Ivanir dos. **II Relatório sobre intolerância religiosa: Brasil, América Latina e Caribe**. Rio de Janeiro: CEAP, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384250>. Acesso em 22 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech"**. [S. l.: s. n.], [20--?]. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosupload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 24 mar. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.