

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**A IMBRICAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE  
RELIGIOSA E A PROBLEMÁTICA DO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO  
NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

**GUSTAVO SOARES MAIA**

Rio de Janeiro

2017/2

**GUSTAVO SOARES MAIA**

**A IMBRICAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE  
RELIGIOSA E A PROBLEMÁTICA DO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO  
NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Fabiano Soares Gomes.

Rio de Janeiro

2017/2

## CIP - Catalogação na Publicação

MM217      Maia, Gustavo Soares  
              A imbricação entre liberdade de expressão e  
              liberdade religiosa e a problemática do discurso de  
              ódio religioso no Estado Constitucional / Gustavo  
              Soares Maia. -- Rio de Janeiro, 2017.  
              96 f.

              Orientador: Fabiano Soares Gomes.  
              Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
              Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
              de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

              1. Liberdade de expressão. 2. Liberdade  
              religiosa. 3. Discurso de ódio religioso. 4.  
              Democracia constitucional. I. Gomes, Fabiano  
              Soares, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os  
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

**GUSTAVO SOARES MAIA**

**A IMBRICAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE  
RELIGIOSA E A PROBLEMÁTICA DO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO  
NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Fabiano Soares Gomes.

Data da Aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

Aos meus pais, com carinho, pelo apoio de sempre.

Àqueles que têm na liberdade o seu ideal.



Agradeço aos meus avós Jorge e Wilma, por me quererem tão bem, pela confiança e zelo de sempre; sem vocês nada seria possível. Sempre estive com vocês, e estou.

Agradeço à minha avó Iva, por atravessar essa jornada comigo, me trazendo o meu melhor; sei que estive em suas orações e agradeço por cada uma delas e por cada gesto de carinho.

Agradeço à minha tia Denise, pelo tempo disponível a essa jornada e pelo empenho em fazer com que tudo corresse bem, pela ajuda e pelas preocupações.

Agradeço aos meus tios e tias: Alice, Iris, João, Leliane e Marcelo. Obrigado pelas palavras de incentivo, por estarem sempre dispostos a ajudar e a torcer, e por fazerem parte da união que queremos preservar.

Agradeço às minhas primas e primos: Ana Flávia, Camila, Isabela, João Pedro e Lucas, por serem meus parceiros e por me alegrarem tanto.

Agradeço aos amigos e às amigas que a Faculdade Nacional de Direito me deu, e que quero levar pra sempre comigo – e será melhor nem dizer como nos auto-intitulamos. Sem vocês nada teria a mesma graça e tudo seria mais difícil. Aimée, Camila, Carol, Daniel, Eloísa, Belle e Roberta: a vocês minha gratidão e o meu carinho.

Agradeço, especialmente, ao Professor Fabiano Gomes, que esteve comigo desde a primeira semana de aula até agora; agradeço imensamente por me orientar nesse trabalho – e nos rumos da vida jurídica –, pelas lições, pela disponibilidade, pelas oportunidades e pela confiança. Minha eterna gratidão.

Agradeço aos professores que compartilharam aquilo que sabem; agradeço por cada ensinamento. Agradeço, ainda, à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, pela honra de estar na melhor.

*Que é necessário sair da ilha para ver a ilha,  
que não nos vemos se não nos saímos de nós.*

José Saramago

*Como vencer o oceano  
se é livre a navegação  
mas proibido fazer barcos?*

Drummond – Rola mundo

## RESUMO

Este trabalho objetiva analisar a compatibilidade do discurso de ódio religioso com a democracia constitucional e os direitos fundamentais tensionados pela questão, notadamente o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade religiosa. A liberdade de expressão constitui uma conquista de importância central à construção da democracia e a questão atinente à sua eventual restrição sempre suscita controvérsias, tanto pela centralidade desse direito, quanto pelo histórico de censura e controle exercidos sobre as manifestações do indivíduo. A noção de Estado constitucional democrático, na qual ela se encontra inserida, está associada, por seu turno, à pluralidade e ao inclusivismo. Propõe-se, assim, uma análise do discurso de ódio religioso, partindo-se, num primeiro momento, do conteúdo inerente à liberdade de expressão e à liberdade religiosa, para se investigar, em seguida, as posições jusfilosóficas acerca da viabilidade dessas manifestações na esfera pública. Desse contexto, então, soergue-se a questão acerca da possibilidade de se restringir ou não a liberdade de expressão, e, nessa discussão em especial, também a liberdade religiosa, dentro de um Estado constitucional.

Palavras-chave: liberdade de expressão – liberdade religiosa – discurso de ódio religioso – democracia constitucional.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the compatibility of religious hate speech with constitutional democracy and the fundamental rights stressed by the issue, especially the right to freedom of expression and the right to religious freedom. Freedom of expression is an achievement of central importance to the construction of democracy and the question of its possible restriction always provokes controversy, both for the centrality of this right and for the history of censorship and control exercised over the individual's manifestations. The notion of democratic constitutional state, in which it is inserted, is in turn associated with plurality and inclusivism. Thus, an analysis of the religious hate speech is proposed starting from the content inherent in freedom of expression and religious freedom, to investigate, then, the juridical and philosophical positions on the viability of these manifestations in the public sphere. From this context, the question that arises concerns to the possibility of restricting freedom of expression or not, and, in this discussion, especially, religious freedom, in a constitutional State.

**Keywords:** freedom of expression – religious freedom – religious hate speech – constitutional democracy

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1. A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>14</b>
1.1. Contornos da liberdade religiosa como liberdade pública fundamental.....	14
1.1.1. Considerações iniciais.....	14
1.1.2. O conceito de religião.....	17
1.1.3. Núcleo fundamental da liberdade religiosa .....	20
1.1.4. Aspectos gerais da liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro.....	24
1.2. Contornos da liberdade de expressão no constitucionalismo democrático .....	27
1.2.1. Considerações iniciais.....	27
1.2.2. Tutela constitucional da liberdade de expressão no direito brasileiro .....	29
1.2.3. Núcleo essencial da liberdade de expressão .....	33
<b>2. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DISCURSO DE ÓDIO SOB A ÉGIDE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....</b>	<b>37</b>
2.1. Considerações iniciais .....	37
2.2. O discurso de ódio no bojo da democracia constitucional .....	40
2.3. O tratamento jurídico do <i>hate speech</i> .....	47
2.3.1. Estados Unidos: <i>freedom, freedom</i> .....	48
2.3.2. Alemanha: proporcionalidade e ponderação.....	51
2.3.3. Brasil: um paradigma, muitos desafios .....	53
<b>3. A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO NO BRASIL .....</b>	<b>57</b>
3.1. A tolerância religiosa na democracia constitucional .....	57
3.2. O discurso de ódio religioso sob o prisma da teoria constitucional .....	62
3.3. O discurso de ódio na realidade brasileira: análise de casos .....	72
3.3.1. O caso Datena: o discurso de ódio religioso em rede nacional.....	72
3.3.2. O caso Google e os vídeos evangélicos: o discurso de ódio contra as religiões de matriz afro-brasileira.....	79
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>86</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>92</b>

## INTRODUÇÃO

Pilar dos Estados democráticos e uma das mais remotas reivindicações do indivíduo como ser político, a liberdade de expressão consubstancia verdadeiro direito fundamental apto a tutelar as variadas manifestações do pensamento humano – de natureza artística, científica, intelectual, etc. Sua plena efetivação, nos diversos ordenamentos jurídicos, atravessou – e em muitas regiões do mundo ainda atravessa – um tortuoso caminho, enfrentando desmandos e tiranias de toda espécie. No Brasil, em particular, o êxito granjeado pela Constituição Federal de 1988, que abriu espaço para as garantias democráticas em geral, representou o triunfo da liberdade de expressão após sucessivos governos autoritários, do Estado Novo à ditadura militar.

O que se tem assistido, no entanto, com cada vez mais frequência nesse início de século, e que explica em alguma medida certos fenômenos nele percebidos, são manifestações de intolerância, incitando ódio àquilo que é “diferente”, manifestações essas proferidas sob o redoma da liberdade de expressão. A discussão que se põe, então, no ambiente democrático, diz respeito à existência ou não de limitações ao exercício desse direito fundamental. Nesse ínterim, relevante e controversa questão que daí se ergue, e que toca em muito à contemporaneidade, concerne à consonância dos discursos de ódio com o livre exercício da liberdade de expressão.

Dentre essas manifestações de ódio, uma se alteia de forma especialmente instigante pelas consequências que dela se observa, não só no Brasil, mas em todo o mundo. O *hate speech* religioso tem se mostrado um fenômeno especialmente complexo pela imbricação entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, justaposta ao relevante significado que as doutrinas religiosas apresentam na *psique* do indivíduo crente.

Nesse sentido, o que se propõe é uma discussão acerca da compatibilidade do discurso de ódio religioso com a liberdade pública de livre manifestação do pensamento, com a liberdade de crença e consciência e com as premissas da democracia constitucional. Tal debate encontra dissenso entre os teóricos que procuram enfrentá-lo e o raciocínio por eles empreendido revela-se sobremodo profícuo a que se possa, de

forma robusta, encontrar uma vereda ao tratamento jurídico do *hate speech* religioso nos Estados democráticos.

De início, pois, torna-se relevante abordar os aspectos conceituais próprios da construção histórica da liberdade religiosa e de sua compreensão contemporânea no Estado constitucional, de modo a que se possa perscrutar os elementos que cooperarão ao exame acerca de sua interrelação com a liberdade de expressão e a ocorrência do discurso de ódio religioso. Também os atributos ligados às liberdades comunicativas e às construções teóricas e dogmáticas que buscam depurar seu conteúdo devem ser explorados, a fim de que as questões sensíveis a elas associadas tenham esteio em suas propriedades historicamente erigidas e a todo instante cambiantes com o progresso social.

Noutro eito, apresenta relevo, ainda, que se analise o discurso de ódio de forma geral, como um fenômeno social, sob a ótica do direito constitucional e das considerações de natureza jusfilosófica. Cada vez mais presente nas sociedades contemporâneas, o *hate speech*, para além do âmbito teórico, já teve a oportunidade de ser abordado também, relativamente ao seu tratamento jurídico, pelas Cortes Constitucionais de diversos países. Os exemplos marcantes dos Estados Unidos e da Alemanha, pelas construções teóricas que desembocam em entendimentos antagônicos acerca da questão, auxiliam igualmente a que se possa extrair os fundamentos para a possibilidade de restringir ou não a liberdade de expressão em nome de outros valores e princípios. Também o Supremo Tribunal Federal do Brasil já teve de se debruçar sobre a questão.

E, sob o prisma da realidade brasileira, diversificada e pluralista – como tem sido uma propriedade das sociedades pós-modernas –, é que o exame da ocorrência do discurso de ódio religioso mostrar-se-á controverso. Também acerca dele, com suas vicissitudes, serão relevantes as teses dos estudiosos da ciência social e jurídica no empreendimento de se verificar sua compatibilidade com a democracia constitucional e seus princípios basilares. Dois exemplos recentes, enfrentados pelo poder judiciário brasileiro, poderão revelar que as controvérsias encontram nuances capazes de levar a complexos questionamentos.

# 1. A LIBERDADE RELIGIOSA E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

## 1.1 Contornos da liberdade religiosa como liberdade pública fundamental

### 1.1.1 Considerações iniciais

“A religião, portanto, não dá sinais de eclipsar-se. Tudo indica que tem vida para muito tempo. Isso é bom ou ruim para a cultura e a liberdade?<sup>1</sup>”. A constatação e a subsequente – e provocante – indagação são do grande escritor peruano Mario Vargas Llosa, que lança luz sobre uma questão que há tempos instiga a humanidade. Independentemente da resposta que se dê ao questionamento de Llosa, o fato é que, contrariamente ao que se poderia ter pensado séculos atrás – com os avanços da ciência e do racionalismo e, talvez, até mesmo o estabelecimento do secularismo –, a religião ainda ocupa na pós-modernidade posição de centralidade, seja do ponto de vista do debate público, seja do ponto de vista das experiências existenciais íntimas ou coletivas, relegadas ao espaço privado.

Decerto que, a despeito das implicações da fé nos sistemas sociais, exerce a religião, além disso, influência decisiva sobre a consciência crente, de modo a transpor o cunho de um mero conjunto dogmático, externo às existências humanas, para se tornar, de fato, parte animada daquelas vivências, sendo em vasta medida, conforme observa argutamente, como de hábito, o jusfilósofo Jürgen Habermas, de grande dificuldade a separação da confissão da própria existência do ser que nela crê<sup>2</sup>.

Sem embargo, ante o avivamento das confissões religiosas na contemporaneidade e a constatação do “fato do pluralismo” de que falava John Rawls, no que tange às visões de mundo – em especial, aqui, às cosmovisões –, a questão que se alteia vem a residir precisamente na importância da proteção da experiência (ou não) da fé enquanto direito. A liberdade religiosa, num mundo de influxos demasiado distintos e tendências naturalísticas, coloca-se como um direito fundamental dentro da estrutura de um Estado

---

<sup>1</sup> LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 85.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 144.

constitucional. Seu exercício, nesse sentido, pode ser garantido em virtude da secularização do poder e da neutralidade do Estado, o qual se compromete a manter-se em posição equidistante das manifestações religiosas que proliferam em seu seio, nas comunidades. Com efeito, em face desse pluralismo e dos desafios que ele naturalmente propõe é que o direito fundamental à liberdade de crença e culto se coloca como uma “resposta política adequada” a isso<sup>3</sup>.

A reivindicação do direito à liberdade religiosa, entretanto, é antiga. Suas raízes indissociam-se dos momentos históricos de sua formação e remontam o tempo obscurantista em que, com a queda do Império Romano, a Igreja Católica subordinara o vácuo político, então aberto, ao seu domínio como a “depositária da verdade revelada”, longe da qual não haveria salvação nem liberdade – de todo o pecado<sup>4</sup>. Como se pode supor, não havia espaço para a profissão de outra fé que não a dominante na sociedade medieval.

De forma paulatina, contudo, o avanço cientificista e uma nova visão – racionalista e empirista – dos fenômenos da vida conduzem a um processo de desconstrução do que tradicionalmente se concebia como concepções de verdade, o que abre campo para novos movimentos e influxos. É nesse contexto que emerge o movimento renascentista e, em seu bojo, a reforma protestante. A reforma, que *per se* já apresentava um conjunto de doutrinas protestantes em si mesmo divergentes, ou ao menos não uniformes – luteranismo, calvinismo, zwinglianismo, etc. –, representou a quebra da unidade entre o poder secular e o poder religioso e abriu espaço não só para a divisão da fé dominante, como também para a proliferação de outras confissões e seitas<sup>5</sup>.

À reforma se atribui, então, o ponto alto na ressignificação da liberdade religiosa, mais consentânea com o que modernamente se concebe, e que desde muito vinha sendo galgada de forma incipiente no contexto que a antecedeu. Daí não tardou sua

---

<sup>3</sup>HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 136.

<sup>4</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 31. A expressão aspeada é do autor.

<sup>5</sup>STARCK, Christian. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, n. 47, p. 9-123, Mayo/Agosto de 1996, p. 15.

consagração nas diversas declarações de direitos que se seguiram, como o *Toleration Act* e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O ambiente da revolução francesa, inclusive, nascedouro desse último documento, assistiu às consideráveis rugas oriundas das tentativas revolucionárias de submeter a ordem clerical estabelecida ao direito público e a consagrar a efetiva separação entre estado e confissões em contraponto às tentativas da igreja de manutenção do *status quo*<sup>6</sup>. George Jellinek, analisando essa Declaração, chega a asseverar que a liberdade religiosa constituiu a “primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana<sup>7</sup>”, tamanho seu significado no curso da história e sua importância aos indivíduos.

O processo de constitucionalização da liberdade religiosa, contudo, tem abrigo no contexto da revolução americana. A primeira emenda<sup>8</sup> da Constituição dos Estados Unidos comporta duas cláusulas acerca da questão religiosa: a *establishment clause*, que corporifica a separação estatal das confissões religiosas e a *free exercise clause*, que assegura o livre exercício religioso. É de se notar, no entanto, que as referidas cláusulas foram ganhando aplicabilidade de modo lento do ponto de vista prático, em vista do estabelecimento, por exemplo, de religião oficial em muitos estados do território americano.

O que se observa, então, no que tange à solidificação da liberdade religiosa, conforme aponta Jónatas Machado, é precisamente a importância da “superção do discurso teológico-confessional da liberdade eclesíastica pelo discurso jurídico-constitucional<sup>9</sup>”, capaz de ampliar o campo protetivo desse direito, sob uma perspectiva mais inclusivista. Isso porque o aludido discurso jurídico-constitucional:

---

<sup>6</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 86.

<sup>7</sup>JELLINEK, George. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Trad. Adolfo Posada. México: Unam, 2003 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 473.

<sup>8</sup>“Congress shal Imake no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech or of the press, or the right of the people peaceably to assemble and to petition the government for a redress of grievances.”

<sup>9</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 127

“[...] situa-se num nível de generalidade mais elevado do que o do da *libertas ecclesiae* a fim de permitir alargar o âmbito de protecção do direito à liberdade religiosa a todos os cidadãos em condições de igualdade. O seu objetivo primordial é o de possibilitar a inclusão de todos os cidadãos como membros de pleno direito da comunidade política, precludindo a sua consideração como *outsiders*.<sup>10</sup>”

Decerto que esse flanco inclusivista deve estar jungido à noção de tolerância, noção essa que atravessou – assim como o direito à liberdade de religião – sinuoso percurso até que se chegasse à compreensão que dela se tem hodiernamente. Em sua origem, a palavra “tolerância” ostentava significado adstrito a “transigência com outras confissões religiosas<sup>11</sup>”. Posteriormente, coopta o direito tal conceito, e passa a sobre ele dispor, normatizando o dever de sua observância com relação às minorias religiosas. A noção de tolerância, incluída no contexto de pluralidade da sociedade pós-moderna, apresenta, por sua vez, notável relevo no que toca à compreensão dos fenômenos contemporâneos e ao exame das questões sensíveis que envolvem tanto a liberdade religiosa como a liberdade de expressão.

### **1.1.2 O conceito de religião**

A proteção conferida pelas ordens constitucionais à liberdade religiosa vem a demandar, por via de consequência, que se defina, com certo consenso e alguma liquidez, o que deve ser considerado como *religião*. Isso porque, sendo essa o objeto da tutela jurídica em questão, cabe também ao direito, nesse ponto e para suas finalidades, precisar tal conceito de modo a conferir a segurança que se exige do ordenamento – ainda mais se se considerar a natureza protetiva dessa garantia.

Nada obstante, por se tratar de um conceito alheio à ciência jurídica, há que se recorrer às demais ciências humanas e nelas colher o substrato necessário à importação semântica com vias a satisfazer as demandas do intérprete do direito. Dessa forma, são indispensáveis as contribuições de natureza antropológica, filosófica e, principalmente,

---

<sup>10</sup> MACHADO, Jónatas. Op. Cit. p. 127.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 279.

sociológica. Não se trata, certamente, de uma missão comezinha, porquanto não deve provocar tal conceituação o desprestígio da pluralidade de manifestações confessionais. Por outro lado, uma definição excessivamente vaga pode implicar em conferir proteção a quem a ela não faz jus.

De acordo com Jónatas Machado, tem-se buscado estabelecer em certas ordens constitucionais um conceito de viés *substancialista* e *essencialista*. Por esse, compreende-se a religião com alicerce nos elementos correspondentes à *divindade*, *moralidade* e *culto*<sup>12</sup>. Assim, pode-se comportar nessa definição os sistemas:

“(…) composto[s] por descrições do sagrado, respostas ao sentido do mundo e da vida (crenças), meios, sinais, experiências de ligação a esse sagrado (práticas), orientações normativas do comportamento (valores) e atores coletivos com regras e recursos próprios (coletividades)<sup>13</sup>”.

Aponta Machado, contudo, que a crítica que se faz a esse conceito, do ponto de vista de sua importação ao direito, está no fato de que há uma tendência do intérprete jurídico, em razão dos “padrões civilizacionais judaico-cristãos<sup>14</sup>” da sociedade ocidental, de fazer prevalecer pré-compreensões<sup>15</sup> derivadas desse parâmetro em detrimento de confissões minoritárias. Desse modo, sob essa leitura, estar-se-ia condicionando a tutela constitucional a religiões majoritárias, historicamente favorecidas, e deixando de alcançar as minorias. E, a se considerar – em vista do contexto pluralista pós-moderno – a especial atenção a que se deve aos grupos minoritários, naturalmente mais vulneráveis, a definição posta não se mostraria compatível com o que se espera da ordem constitucional.

Por outra via, a ciência jurídica tem buscado respaldo também em uma denotação de natureza *funcional-subjetiva*, com o fito de se perquirir justamente um alargamento da definição concebida sob aquela outra perspectiva. O que se tem aduzido é que, sob

---

<sup>12</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 127.

<sup>13</sup>COUTINHO, José Pereira. *Religião e outros conceitos*. Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Vol. XXIV, 2012, p. 171-193.

<sup>14</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 211.

<sup>15</sup>Idibem.

essa leitura, tem-se uma análise “mais sociológica, sem ambiguidades, e, portanto, ‘mais nítida’ ou ‘mais limpa’<sup>16</sup>”, capaz de “abarcando todas as formas conscientes de crença que ocupem, na vida da pessoa, um lugar funcionalmente equivalente ao reservado, tradicionalmente, às crenças religiosas de tipo deísta<sup>17</sup>”. Desse ponto de vista, a religião é aquilo que permite:

“regular e justificar a conduta individual (normativa), providenciar coesão social (coesiva), consolar e aliviar (tranquilizante), fortificar a vontade (estimulante), dar sentido à vida (significante), possibilitar a experiência do sagrado (experencial), crescer e amadurecer (maturativa), proporcionar identidade (identitária) e ministrar salvação (redentora)<sup>18</sup>”.

Embora retire do intérprete jurídico a análise do conteúdo teológico das doutrinas, a crítica feita a esse conceito, o qual se submete ao princípio da autodefinição, está no excessivo subjetivismo a que está sujeito, uma vez que seria possível a auto-intitulação de qualquer crença – filosófica, ideológica – como religiosa<sup>19</sup>. Dessa forma, como aponta com mordacidade Jónatas Machado, ficaria viabilizada a “manipulação fraudulenta do direito à liberdade religiosa”, culminando na “desvalorização social do fenômeno religioso”<sup>20</sup>. Assim, conquanto apresente eficácia do ponto de vista sociológico, não se perfaz a mesma eficácia do ponto de vista do direito, que se rege pelo valor segurança jurídica.

A doutrina constitucional passou, então, a considerar um conceito de caráter tipológico. Por meio desse, parte-se de elementos comumente atribuído às confissões religiosas. Podem ser citados, nesse particular, a “visão global de mundo”, o “apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extra-racional”, a “consciência subjetiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente”<sup>21</sup>. Nessa seara, segundo se posiciona aquele eminente estudioso português – posição que se mostra,

---

<sup>16</sup>BERGER, Peter. *El dosel sagrado: para una teoría sociológica de la religión*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1977, p. 211. Em tradução livre.

<sup>17</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* Fazia o autor aqui referência ao posicionamento que vem sendo adotado pela Suprema Corte norte-americana, ao se afastar do conceito substantivista, o que tem início com o caso *Torcaso v. Watkins*.

<sup>18</sup>COUTINHO, José Pereira. *Op. cit.*

<sup>19</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 211.

<sup>20</sup>Idem.

<sup>21</sup>Ibidem.

diga-se, razoável –, parece essa definição alcançar certo equilíbrio entre a restrição e o alargamento excessivo das conceituações anteriores, mostrando-se inclusiva sob o ponto de vista das confissões minoritárias, mas sem agasalhar orientações filosóficas ou ideológicas, ou mesmo ateias e agnósticas, que, segundo ele, não se compatibilizam com o que se pretende fazer entender como religião.

### 1.1.3 Núcleo fundamental da liberdade religiosa

Antes de se passar à análise da substância da liberdade religiosa, há que se traçar uma diferenciação entre essa e a liberdade de consciência. Apesar da íntima relação entre ambas, costuma-se, em sede de estudo do direito constitucional, reconhecer certa distinção entre elas. Diz-se<sup>22</sup> que a liberdade de consciência apresenta espectro de abrangência mais amplo que a liberdade religiosa – contempladas nessa a liberdade de crença e culto. Nesse sentido, a liberdade de confissão religiosa pode ser referida como um tipo de manifestação abarcada pela liberdade de consciência. Como aponta Konrad Hesse, a liberdade de consciência alcança tanto uma dimensão interior, do indivíduo em seu foro íntimo, quanto uma dimensão exterior, por meio da qual se torna possível a esse indivíduo fundamentar suas escolhas com base nas orientações de sua consciência – recusando, por exemplo, como ilustra Ingo Wolfgang Sarlet<sup>23</sup>, a prestação de serviço militar por objeção de consciência; convicção essa que pode ter natureza ideológica, filosófica ou também religiosa.

A liberdade de consciência relaciona-se, então, com a “faculdade individual de autodeterminação” quanto à adoção de “padrões éticos e existenciais”, por meios dos quais o indivíduo desenvolverá livremente sua capacidade de percepção do mundo e de autopercepção<sup>24</sup>. Por seu turno, a liberdade religiosa, âmbito de especialização daquela, abrange, em essência, as faculdades de aderir ou não a uma confissão religiosa, professá-la, surgindo daí direitos anexos – inclusive em dimensão coletiva.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, sustentam Konrad Hesse, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 480.

<sup>24</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na jurisprudência do STF*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 482.

A partir do exame da teoria dos direitos fundamentais, nela inserida como tal, ostenta a liberdade religiosa, em sua substância, as duas dimensões das liberdades – *negativa e positiva*. De acordo com a clássica teorização de Isaiah Berlin, a liberdade negativa está ligada à meta de “evitar a interferência<sup>25</sup>”. A liberdade positiva, por outro lado, relaciona-se com o autodomínio (“sou meu próprio senhor<sup>26</sup>”) pelo indivíduo, guiando-se segundo seu autogoverno, subjazendo a ideia de *presença* – da participação nas decisões, da autodeterminação, de prestações.

Em sua dimensão negativa, a liberdade religiosa está relacionada à livre escolha pelo indivíduo da crença religiosa que pretende – ou não – seguir, podendo, a qualquer tempo, se assim bem entender, associar-se a qualquer outra profissão de fé ou deixar de nela crer. Relaciona-se, outrossim, com a faculdade de professar a crença à qual optou aderir por meio dos ritos que lhe sejam próprios, sendo vedada, via de regra, a interferência – estatal, mas também particular – que vise a embaraçar esse exercício.

De outra banda, sua dimensão positiva liga-se à promoção de meios efetivos oferecidos pelo Estado ao livre desenvolvimento e exercício das práticas religiosas, quando assim desejar o indivíduo que nela crê, vedando-se, contudo, formas impositivas de vinculação. Tem-se, então, o auxílio na formação da consciência crente nos casos em que isso se tratar de uma demanda do ser humano, como na hipótese insculpida no inciso VII do art. 5º da Constituição da República do Brasil<sup>27</sup>. Nesse sentido, ao Estado está obstruída a possibilidade de favorecimento ou imposição de conteúdos teológicos, proibindo-se, inclusive, a “manipulação teológico-substantivista de conceitos como dignidade humana, consciência individual, religião, etc<sup>28</sup>” – decorrência do inafastável princípio da laicidade estatal.

De sua tutela constitucional extrai-se não só a proteção à crença em si, como também às condutas (*actions*) por meio das quais a fé se manifesta. Isso porque seria insuficiente a salvaguarda das doutrinas sem o devido resguardo das ações que a ela

---

<sup>25</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade *in* Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das letras, 2002, p. 234.

<sup>26</sup> *Ibidem*. p. 237

<sup>27</sup> “Nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Exemplo referido por Ingo Sarlet, na obra citada alhures.

<sup>28</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 221.

correspondem e que são, a bem dizer, a repercussão, nos diferentes planos da vida humana, daquela profissão, a qual corresponde, por sua vez, à energia íntima a que a consciência crente se apega e se vê indissociada. Trata-se do modo pelo qual a escolha teológica humana se manifesta exteriormente.

Associada a essa exteriorização está a faculdade de difusão das crenças. O proselitismo religioso encontra-se na base de muitas confissões e a liberdade religiosa abarca os “comportamentos idôneos à aquisição do consentimento e a adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime<sup>29</sup>”, o que acaba por gerar um “direito à divulgação das convicções religiosas” (*recht auf Äusserung religiöser Überzeugung*)<sup>30</sup>. É de se notar, contudo – independentemente do juízo que se faça acerca do proselitismo –, que, como adverte Jónatas Machado, o mero argumento de “manipulação das consciências débeis” não encontra arrimo para dar conta de uma eventual vedação a essas práticas. A divulgação de conteúdo religioso deve ficar sujeita a um outro tipo de tratamento jurídico, diferente do conferido à publicidade, por exemplo. Nesse sentido, “seria inadmissível, designadamente, uma aplicação dos princípios da veracidade, da proibição de publicidade enganosa e da proteção da saúde e segurança dos consumidores<sup>31</sup>”, pela distinta natureza das confissões e do correspondente direito que as tutela.

Ademais, ainda no âmbito da liberdade religiosa individual, erige-se o direito à privacidade associada à religião. Trata-se aqui de decorrência imediata da vertente negativa desse direito. Isso porque é defeso ao Estado e a seus operadores penetrar na esfera íntima do indivíduo com o fim de perquirir suas convicções – exceto para fins censitários, e apenas para essa hipótese. De outra banda, estaria o ente estatal a devassar o âmbito de intimidade do cidadão, que constitui circunscrição sobre a qual não lhe cabe qualquer ingerência nesses fins.

Cabe observância ainda, pelos agentes do Estado, ao dever de tolerância com a pluralidade de manifestações religiosas que exurgem no seio das comunidades, em suas diferentes matrizes. Como é de se supor, cada designação ostentará signos próprios

---

<sup>29</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 225

<sup>30</sup>Idem

<sup>31</sup>Ibidem. p. 226-227. Nota de rodapé n° 749.

– roupas, comportamentos, amuletos, símbolos, etc. –, aos quais o ente estatal destinará sua inteira condescendência, de modo a não constranger ou inviabilizar tais manifestações. Não se deve olvidar, entretanto, que esse dever não se restringe ao Estado. Tratando-se a liberdade religiosa de direito fundamental – por sinal, dos mais remotos e elementares, como referido algures – tem-se que seu âmbito de abrangência quanto aos destinatários transpõe a esfera pública. Dessa forma, deve-se respeitar os mesmos preceitos também em sede de relações privadas.

Noutro eito, a liberdade religiosa alcança, igualmente, uma dimensão coletiva (“institucional<sup>32</sup>”), como decorrência da titularidade dos direitos fundamentais também por pessoas jurídicas, no que for compatível com sua natureza<sup>33</sup>. Assim, apregoa-se às religiões em si um catálogo de garantias que viabilizam o pleno exercício da fé. Nesse sentido, a consagração do direito à liberdade religiosa, em tal vertente, aliada à neutralidade do Estado, resulta em um “direito à autodeterminação às confissões religiosas<sup>34</sup>”. Decorrem desse direito, por sua vez, do ponto de vista material, as faculdade de “autocompreensão, autodefinição, auto-organização, auto-administração, autojurisdição e autodissolução<sup>35</sup>”. Ao Estado, frente a essa tutela, fica obstruída, então, a possibilidade de exercer ingerências, com finalidade de controle do conteúdo, da arquitetura organizacional escolhida, etc. Fica, nesse ponto, consubstanciado, novamente, o viés negativo dessa liberdade.

Com efeito, tão importante quanto a observância e o respeito à liberdade religiosa por parte do Estado é a equivalente conduta por parte dos indivíduos em geral – como já se insinuou. A destinação dos comandos, negativos e positivos, em caráter *erga omnes* densifica a substância desse direito. Exsurge daí o correlato *dever de tolerância* também por parte dos particulares. Os contornos da tolerância no âmbito das relações privadas constituem uma importante coluna substantiva para o exame da (sensível) questão que envolve as manifestações que aparentemente desbordam de seu núcleo essencial, a serem explorados de maneira minuciosa oportunamente. Aqui, o que se deve consignar é que o princípio da tolerância não impõe o sacrifício de outros princípios fundamentais,

---

<sup>32</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 482.

<sup>33</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

<sup>34</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 241.

<sup>35</sup>Idem

como o da igualdade; nesse caso, afasta-se quaisquer investidas no sentido da manutenção de situações de favorecimento de majorias, que se dariam com espeque no ideal de tolerância, em detrimento do direito das minorias – no caso, uma suposta tolerância devida pelas minorias assistindo à imposição de privilégios às majorias<sup>36</sup>.

### 1.1.4 Aspectos gerais da liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro

A experiência constitucional brasileira, no que toca ao tratamento jurídico das religiões, constitui-se de duas fases: uma confessional, outra laica. O advento da primeira constituição do país, em 1824, ratificou a manutenção do *status quo* reinante desde a proclamação do império, em 1822. A imbricação, consagrada por aquela primaz carta magna<sup>37</sup>, entre o ente público estatal e a religião católica, então dominante também no reino português de que o Brasil fora colônia<sup>38</sup>, revelava o tipo de prevalência – e preferência – confessional desferida pela ordem jurídica naquele contexto. Apesar disso, mesmo que do ponto de vista formal, previa-se que “todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo<sup>39</sup>”, contemplando, em tese, certo flanco da liberdade religiosa. Com efeito, o que se constatava ali, ainda assim, era uma evidente assimetria de direitos entre aqueles que professavam a religião oficial e aqueles que aderiam a outras designações.

A separação entre Estado e igreja somente foi consagrada muitos anos depois, por meio do Decreto nº 119-A<sup>40</sup>, de 1890, editado já no bojo da república recém-

---

<sup>36</sup>MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.* p. 258.

<sup>37</sup>Art. 5º: “A *Religião Católica Apostólica Romana* continuará a ser a *Religião do Império*. (...)”. Redação adaptada para a norma culta vigente.

<sup>38</sup>“(…) O Estado português possuía outros mecanismos [além do instituto do padroado, ‘prerrogativa da coroa portuguesa embasada no fato de o rei ser o grão-mestre de três importantes ordens militares e religiosas de Portugal, quais sejam, a Ordem de Cristo, a de São Tiago da Espada e a de São Bento’], para controlar a Igreja, como a Mesa da Consciência e Ordens, que procedia às nomeações eclesiásticas, e o Conselho Ultramarino, que emitia pareceres em direito colonial. O Padroado foi durante todo o período colonial e imperial o sustentáculo da relação Estado-religião no Brasil, estando a Igreja a serviço do Estado (no primeiro momento, do Estado português, no segundo momento, a serviço do Estado brasileiro, após sua independência, ocorrida em 7 de setembro de 1822)”. MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 18, jul./dez., 2011.

<sup>39</sup> Art. 5º, segunda metade. Redação adaptada.

<sup>40</sup>Art. 1º É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças

proclamada, mas ainda antes da constituição republicana de 1891. O aludido decreto, além de extinguir o padroado<sup>41</sup>, avançou também no reconhecimento do direito à liberdade religiosa ao conferir a paridade de tutela entre as diferentes confissões<sup>42</sup> – agora, ao menos do ponto de vista normativo, os privilégios da igreja católica estavam superados –, dilargando-se, ainda, a tutela à sua dimensão coletiva<sup>43</sup>. A carta republicana que logo passou a vigor disciplinou a questão da mesma maneira<sup>44</sup>.

As constituições que se seguiram<sup>45</sup> mantiveram a mesma disposição quanto à separação do Estado e das confissões religiosas. Noutra eito, conservaram elas também o reconhecimento à liberdade religiosa, condicionando, entretanto, todas, aquele exercício ao requisito de não contrariedade à ordem pública e aos bons costumes<sup>46</sup>.

A Constituição da República de 1988 consagra já no art. 5º, em seu inciso VI, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais onde são professados e a suas liturgias. De pronto, há que se notar que o constituinte destacou a liberdade de consciência da liberdade de crença. O importante progresso que confere o texto constitucional de 1988 está na abolição dos condicionadores de exercício daquelas liberdades; na nova ordem, as profissões de fé não mais estão submetidas ao requisito do exercício do direito consentaneamente com a “ordem pública” e os “bons costumes” – requisitos esses que,

---

entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões filosóficas ou religiosas”. Redação adaptada.

<sup>41</sup>“Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas”. Redação adaptada.

<sup>42</sup>“Art. 2º A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos, que interessem o exercício deste decreto”. Redação adaptada.

<sup>43</sup>“Art. 3º A liberdade aqui instituída abrange não só os indivíduos nos atos individuais, senão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem coletivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico”. Redação adaptada.

<sup>44</sup>“Art. 72, § 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. Redação adaptada.

<sup>45</sup>Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/1969 – nessas, sob o abrigo da liberdade de consciência.

<sup>46</sup>Artigo, 113, 5), da Constituição de 1934; artigo 122, §4º, da Constituição de 1937; artigo 141, §7º, da Constituição de 1946; Artigo 150, §5º, da Constituição de 1967 e artigo 153, §5º da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

como bem observa José Afonso da Silva, “mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela d[e] interesses gerais<sup>47</sup>”.

Ademais, assegura o texto constitucional que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal (...)”, de modo a reconhecer a possibilidade de “escusa de consciência” em virtude de confissão religiosa, seguindo a tradição estabelecida desde a carta de 1946.

O preâmbulo da Constituição de 1988, por sua vez, faz menção à figura de Deus<sup>48</sup>. É de se observar, contudo, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal<sup>49</sup>, que não ostenta o texto preambular força normativa, porquanto se posiciona esse no domínio da política, e não do direito, refletindo, apenas, a posição ideológica do constituinte. Filiou-se, assim, aquele Egrégio Tribunal, à corrente formalista<sup>50</sup>, fazendo exprimir a interpretação segundo a qual a alusão ao ente divino reflete unicamente um sentimento “deísta e religioso” do constituinte “que não se encontra inscrito na Constituição”, que “é de todos, não distinguindo deísta, ateus ou agnósticos”, e em nada compromete a laicidade estatal ou a paridade de direitos daqueles que professam ou não alguma crença.

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p. 252.

<sup>48</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, *sob a proteção de Deus*, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Grifou-se.

<sup>49</sup> ADI nº 2076. Relator: Ministro Carlos Velloso.

<sup>50</sup> BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. *Preâmbulo da CR: função e normatividade*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 296.

## 1.2 Contornos da liberdade de expressão no constitucionalismo democrático

### 1.2.1 Considerações iniciais

As origens da liberdade de expressão, ou de sua reivindicação<sup>51</sup>, revelam-se associadas de forma estreita – ironicamente ou não – ao desejo de desarticulação da coisa pública em relação ao cristianismo, enquanto religião oficial, sob o marco de uma circunscrição que atribuísse ao Estado o seu carácter neutro ante o fenómeno religioso. Não é por acaso. Houve um tempo, na Europa pré-moderna, em que a manifestação do pensamento dissonante implicava em queima de livros, tortura e até mesmo morte, sob o controle da confissão religiosa dominante. O advento da modernidade ofereceu, novamente, valioso contributo à instituição do direito de livre manifestação do pensamento, porquanto rompeu com a “metanarrativa teológico-confessional<sup>52</sup>” instituída, a qual se projetava uniformemente sobre todos os domínios da vida<sup>53</sup>.

A primeira previsão jurídica da liberdade de expressão é normalmente atribuída ao *Bill of Rights* inglês, do ano de 1689 – embora se diga que esse não é propriamente um documento jurídico, mas que, ainda assim, previa direitos dos cidadãos ingleses. Daí em diante, outros documentos jurídicos passaram a consagrar esse direito, podendo-se citar, ilustrativamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o *Bill of Rights* americano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>54</sup>.

Mas a história da humanidade, como se verifica, esteve por largos momentos submetida às tiranias da censura. As manifestações intelectuais, desde muito, se

---

<sup>51</sup> “As raízes da liberdade de expressão poderiam ser procuradas nas costas do Mediterrâneo, incluindo uma referência aos profetas do Velho Testamento, denunciando a iniquidade dos monarcas e da sociedade do seu tempo, e aos filósofos e sofistas gregos, discutindo e apregoando as suas concepções do mundo na praça pública. Todavia, nem uns nem outros conseguiram definir a realidade comunicativa do seu tempo e da história do ocidente e destronar as concepções de tipo teocrático que compreendiam a comunidade como uma unidade político-espiritual onde o respeito pela consciência individual não tinha lugar (...)”. MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 18.

<sup>52</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 13.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva. *O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à liberdade de expressão?* Universidade de Coimbra. Trabalho final de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2012. Disponível em: <[www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisiaDuarte\\_SilvaRibeiro.pdf](http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisiaDuarte_SilvaRibeiro.pdf)>. Acesso em 07 de out. 2017.

subordinaram ao crivo de aprovação, seja de figuras políticas, seja religiosas, as quais propunham a manutenção do *status quo* de cada tempo por meio do silêncio ao pensamento que ousasse criticá-lo ou, ao menos, se incompatibilizasse com o discurso e a dogmática tidos como verdades incontestas. Nesse sentido, esclarece Jónatas Machado que:

“a censura começou por derivar a sua *ratio essendi* da construção da comunidade política com base numa ideia de verdade objectiva, proclamada e interpretada de forma unilateral e centralizada pela suprema autoridade espiritual. Nos países católicos e protestantes verifica-se uma divergência fundamental quanto à identidade dessa autoridade. Todavia, de um e de outro lado se reconhecia que as autoridades públicas tinham a obrigação de colocar a coacção legítima ao serviço da verdade religiosa. (...) A gradual consolidação da Monarquia absoluta, nas suas diversas fases, é acompanhada pelas correspondentes mutações na instituição da censura, a qual adquire uma crescente complexidade<sup>55</sup>.”

A reivindicação pelo direito à livre expressão constitui, por isso, um clamor intuitivo do ser humano, relativamente à necessidade de manifestar ideias que derivem de sua atividade cognitiva e transbordem por seu senso crítico, estético, artístico, político, etc. Exatamente em razão da relevância demonstrada pela liberdade de expressão no patrimônio jurídico do indivíduo e de sua efetividade prática no que tange ao controle social é que não foram raras as tentativas e oportunidades de supressão desse direito. E os efeitos são nefastos. É o que se verifica distopicamente em clássicos como *1984*, de George Orwell, *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley, *O Conto da Aia*, de Margareth Atwood. Por meio dessas obras, é possível se ter a dimensão de como a supressão daquela liberdade atinge violentamente, sob o ponto de vista psicológico, a integridade humana – na figura dos respectivos protagonistas.

Lamentavelmente, em vários episódios da historiografia mundial, incluindo a brasileira, se pôde verificar que o cerceamento ao direito fundamental à liberdade de expressão esteve na plataforma das prioridades dos detentores do poder. E nem há que se olvidar que em algumas localidades do mundo essa ainda é a realidade a que se

---

<sup>55</sup> MACHADO, Jónatas. *Op. cit.* p. 41-42.

assiste. Em países islâmicos onde se adota a *sharī'a*, por exemplo, a íntima associação entre Estado e religião leva a severas restrições às liberdades individuais.

Assim, a efetividade que os ordenamentos podem conferir às liberdades comunicativas é o que assegura o funcionamento hígido e compatível com parâmetros democráticos nos diversos sistemas a que a vida humana está associada – político, religioso, social, cultural, econômico, artístico, etc. Decerto que a abertura dessas plataformas ao plano comunicativo implicará na positiva transmutação dessas em espaços de “confrontação competitiva e interação crítica de concepções, ideias, opiniões, interesses e preferências<sup>56</sup>”, dentro do que se chama *mercado das ideias*, contribuindo sobremaneira para um dos intentos teleológicos da comunicação – a *autonomia individual*<sup>57</sup>.

E é precisamente a autonomia individual, como lembra Jónatas Machado, que proporciona “o elo de ligação interna entre as liberdades comunicativas e todas as outras liberdades individuais, nos domínios político, religioso, económico, social e cultural”. No mercado das ideias, a ocorrência dessa autonomia reclama a atuação estatal para que inviabilize a obstrução do exercício das liberdades por aqueles que detêm posições privilegiadas ou interesses nessas obstruções, bem como venha a promover o rebalanceamento das condições de fruição.

### **1.2.2 Tutela constitucional da liberdade de expressão no direito brasileiro**

Uma breve digressão pela história das Constituições mostra que já na Carta Imperial de 1824 a liberdade de expressão fora consagrada pelo ordenamento sob uma previsão que alcança tanto o direito individual de cada cidadão de expressar pensamentos, por palavras ou escritos, bem como o direito da imprensa ao gozo dessa liberdade, afastando a censura quanto ao conteúdo a ser exprimido<sup>58</sup>. A Constituição

---

<sup>56</sup>MACHADO, Jónatas. *Op. cit.* p. 16

<sup>57</sup>*Ibidem.*

<sup>58</sup> “Art. 179, IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.”

seguinte, a republicana de 1891, também contemplou a livre expressão<sup>59</sup> e dispôs de forma semelhante à sua antecessora. Na Carta de 1934<sup>60</sup> a disciplina desse direito se deu de forma mais pormenorizada, esmiuçando-se suas hipóteses de incidência.

As Constituições – ou as condições fáticas – que se seguiram até a reabertura democrática em 1988 apresentaram, contudo, em maior ou menor grau, algum retrocesso relativamente à tutela desse direito. Advinda no contexto de repressão do Estado Novo, a Constituição de 1937<sup>61</sup>, de inspiração fascista, impôs sérias restrições ao exercício das liberdades, institucionalizando a censura prévia da imprensa e de manifestações artísticas, de modo a estabelecer, ainda, que a expressão se desse apenas consentaneamente com requisitos que exprimiam a ideologia autoritária do governo de então. A Carta de 1946<sup>62</sup>, embora promulgada fora do contexto autoritarista da antecessora, instituiu também algumas restrições à liberdade de expressão. Seus ditames foram reproduzidos no art. 150, §8º da Constituição seguinte, de 1967, que veio à luz sob o contexto da ditadura militar.

Mas foi após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que a liberdade de expressão no país sofreu de uma longa e obscura noite que duraria mais dezesseis anos, para além dos outros cinco, desde o golpe. Embora a redação<sup>63</sup> enxertada no texto

---

<sup>59</sup>“Art. 72, § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato”.

<sup>60</sup>“Art. 113, 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.”

<sup>61</sup>“Art. 122, 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.”

<sup>62</sup>“Art. 141, § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe”.

<sup>63</sup>“Art. 153, § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A

constitucional quisesse denotar um tom liberal, o que se viu, na expressão de Luís Roberto Barroso, foi uma “penosa insinceridade<sup>64</sup>”. Os governos de então arremessaram ao calabouço as liberdades de pensamento dissonante e as liberdades artísticas, e aqueles que ousassem exercê-las eram punidos com prisões, torturas e, não raro, com a própria vida.

A Constituição da República de 1988, como se sabe, abriu caminho novamente ao exercício das liberdades. Na esteira de sua índole eminentemente democrática, consagra no famigerado inciso IV do art. 5º a livre manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato. Entretanto, em vista do corte de energia democrática que se havia experimentado, o constituinte, com acerto, tratou de dispor também em outros dispositivos do corpo constitucional dos valores ligados à livre expressão. Assim, no mesmo sentido, o art. 220, quando dispõe acerca da comunicação social, veda peremptoriamente qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo – ressalvando-se as reservas constitucionais. E, conseqüentemente, tratou de proibir também, por via de consequência, qualquer tipo de censura, conforme se extrai da dicção do parágrafo segundo<sup>65</sup>, do mesmo dispositivo.

A Lei Fundamental garante, ainda, o direito de resposta<sup>66</sup> daquele que sofreu injustamente com a livre manifestação, soerguendo-se a esse a pretensão de acessar os meios de comunicação utilizados para expor também o seu desagravo. E, conquanto conceba a liberdade de expressão com posição de centralidade, como uma emanção democrática, não deixou o constituinte de reconhecer, outrossim, certas limitações ao seu exercício. No próprio art. 220, no parágrafo quarto, já restou referida, por exemplo, a sujeição das propagandas comerciais de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias às restrições impostas em sede de lei ordinária. Na mesma

---

publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

<sup>64</sup>BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão no Brasil – Parte 1, *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 mai. 2006. Disponível em: <<http://noblato.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>>. Acesso em 08 out. 2017.

<sup>65</sup>“Art. 220, § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

<sup>66</sup> Art. 5º, V, CRFB/1988.

linha, outra limitação se consubstancia na inviolabilidade à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos. Dentre as outras limitações propugnadas pelo texto constitucional e dentre aquelas interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal, exsurgirá a questão atinente à possibilidade de o *hate speech* constituir igualmente uma restrição àquele exercício, o que se examinará oportunamente, como escopo principal.

Na sistemática proposta pela Constituição democrática, a vedação à censura não quer significar, contudo, que não se possa vir a ser chamado posteriormente a responder judicialmente pelo que fora exprimido, como forma de sanção. Isso porque, na esteira do que se extrai do corpo constitucional, “o comportamento não protegido pela liberdade de expressão, que viola direito fundamental de outrem, pode vir a motivar uma pretensão de reparação civil ou mesmo ensejar uma reprimenda criminal<sup>67</sup>”. A questão que resta controvertida, do ponto de vista interpretativo, diz respeito à possibilidade de se restringir previamente tal manifestação quando detectado de antemão eventual violação a direito fundamental daquele a quem a expressão é dirigida. A doutrina, a quem coube o deslinde da questão, não é uníssona acerca do tema.

Há que se ter em conta, ainda, os diferentes meios de expressão agasalhadas pelo texto constitucional. Dessa forma, além das variadas formas artísticas, por exemplo, de veiculação de ideias, deve-se considerar, ademais, a relação da livre expressão com outros direitos fundamentais, como o de reunião. Nesse sentido, por exemplo<sup>68</sup>, o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento segundo o qual a realização da marcha pela legalização da maconha decorre do pleno exercício da liberdade de expressão (liberdade-fim) – sob suas variadas formas (liberdades-meio, no caso, a de reunião) –, revelando a frequente interação desse direito nuclear com demais liberdades.

---

<sup>67</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405.

<sup>68</sup> Exemplo referido por Paulo Gustavo Gonet Branco. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 401.

### 1.2.3 Núcleo fundamental da liberdade de expressão

A centralidade jurídica e a densidade normativa que ostenta o direito à liberdade de expressão revelam sua condição de *direito-mãe*<sup>69</sup> ou *direito preferencial*<sup>70</sup> (*background right*), em vista do espectro de situações e garantias que se encontram sob sua salvaguarda. Por esse motivo, a liberdade de expressão em sentido amplo também é referida como liberdade de comunicação, a qual contempla a liberdade de expressão em sentido estrito – que se conforma com as liberdades de pensamento, informação e imprensa –, bem como os direitos conexos ligados à liberdade artística e de produção cinematográfica<sup>71</sup>. Por se tratar de um *superconceito*<sup>72</sup>, não se mostra prudente submetê-lo a uma arquitetura teórica capaz de delimitar as arestas de seu âmbito de abrangência, dada a grande variedade de subdireitos e formas de comunicação a ele vinculados.

A tutela da liberdade de expressão deve estar, assim, condicionada a um *âmbito de proteção alargado*<sup>73</sup> (*weiter Tatbestand* ou modelo de *Tatbestand*), que coloca a livre expressão invariavelmente como regra e assegura a construção teórica do direito em um patamar suficientemente genérico que garanta a coexistência em um ambiente pluralista como o contemporâneo. Nesse cenário, como propugna Jónatas Machado, aos direitos e garantias inerentes a essa tutela devem ser oferecidas possibilidades de otimização dentro de um “quadro de possibilidades fácticas e normativas concretamente existente, mediante a criação e a aplicação de normas jurídicas (...), incluindo as normas de restrição<sup>74</sup>”.

Do ponto de vista dimensional, talvez seja a liberdade de intelecto o direito fundamental que mais claramente reclama a dimensão negativa, classicamente reconhecida. É que deve estar ela resguardada das intervenções externas, do Estado ou de terceiros, impondo-se indistintamente um dever geral de abstenção. Contudo, é dessa dimensão, apesar de clássica, donde se erigem sensíveis celeumas que dizem respeito, por exemplo, à possibilidade de intervenção estatal, em hipóteses pontuais,

---

<sup>69</sup> MACHADO, Jónatas. *Op. cit.* p. 370.

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV

<sup>71</sup> MACHADO, Jónatas. *Op. cit.* p. 371.

<sup>72</sup> *Idem*

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 373.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 376.

absolutamente restritas, podendo-se aludir, nesse ponto, à discussão que envolve a manifestação do pensamento por meio de discursos do ódio, alusiva ao problema das (possíveis) restrições ao exercício da liberdade de expressão.

Modernamente, corporifica-se também, e cada vez mais, seja em sede doutrinária, seja em sede de direito comparado<sup>75</sup>, o entendimento que atribui proeminência também à dimensão positiva dessa liberdade. É dela que deriva o papel promocional do Estado, a quem se apregoa obrigações prestacionais. Sob essa perspectiva, a liberdade de expressão é concebida não apenas como um direito subjetivo de titularidade geral, mas também, por outro viés, como um “valor objetivo da ordem jurídica democrática<sup>76</sup>”, e, por conseguinte, interpretada como vetor basilar para o intercâmbio de ideias entre os indivíduos.

Esse reconhecimento, que corresponde a uma inovação dogmática assentada pelo Tribunal Constitucional alemão na leitura da liberdade de expressão, sustenta-se na premissa de que o ente estatal, além de abster-se por um lado, deve promover de forma concreta a efetivação desse direito, por outro<sup>77</sup>. Essa construção visa, por exemplo, a reparar assimetrias relativas ao pleno exercício da liberdade de inteligência por grupos minoritários ou hipossuficientes em face das condições mais favoráveis ostentadas por grupos privilegiados – de modo a que o Estado possa oferecer condições de equiparação.

Certo é, também, que a liberdade de expressão liga-se, de forma íntima, com outros direitos fundamentais, aos quais se poderia referir como sendo *direitos complementares*<sup>78</sup>, unidos por via de uma *interoperabilidade*. É assim com a liberdade de consciência e com a liberdade religiosa, agasalhadas pelo fito da autonomia

---

<sup>75</sup>É de se notar, contudo, que a Suprema Corte norte-americana mantém-se filiada ao posicionamento mais conservador de não reconhecer a vinculação estatal relativamente ao dever de agir. Esse foi o entendimento exprimido, por exemplo, no caso *CBS vs. Democratic Nacional Comitee*(420 U.S. 94 - 1973).

<sup>76</sup>SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 274.

<sup>77</sup>Idem. p. 275.

<sup>78</sup>MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 387.

individual e da abertura comunicativa<sup>79</sup>. Também é assim com a liberdade de criação artística, de grande valor cultural – aliás, de grande valor em si.

A livre expressão harmoniza-se, outrossim, com um conjunto de princípios constitucionais, dos quais se extrai o conteúdo valorativo que preenche a geometria difusa e ampla ligada às proteções decorrentes desse direito, que vem a ser “a base de todas as outras liberdades<sup>80</sup>”.

Valor máximo dos ordenamentos democráticos, a dignidade humana<sup>81</sup> irradia um feixe axiológico revestido de generalidade e isento de qualquer “concepção mundividencial fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético da vida<sup>82</sup>”, mas que prima por posicionar o ser humano de forma central. Assim,

“(…) representa uma síntese (...) dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política<sup>83</sup>”.

Exsurge dela, ainda, a compreensão de autonomia individual, da qual se extrai o domínio de construção e expressão pessoal, que, pela natureza da interação comunicativa, deve vir jungida a parâmetros comunitaristas, de atendimento simultâneo das demandas próprias de cada ser, bem como dos interesses comuns da sociedade. O princípio da dignidade humana também apresenta relevância nodal enquanto *standard* para a discussão das questões sensíveis que virão. Isso porque se perfaz nela o eixo gravitacional onde orbitam os direitos e liberdades.

---

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> 7BVerfGE 198 (Caso Lüth), julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Citado por: SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 273. Ver nota de rodapé nº 42.

<sup>81</sup> Na Constituição da República de 1988, art. 1º, III.

<sup>82</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 358.

<sup>83</sup> Idem.

Também de efeitos fulcrais a uma leitura verdadeiramente guiada pelo ideal democrático, o princípio da igualdade propugna a observação crítica do ambiente social de modo a que se possa dele extrair situações que denotem assimetrias ou discriminações. Na esteira do magistério de Daniel Sarmento, há um dever constitucional do ente público no sentido de agir “para tornar efetivos a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos<sup>84</sup>” e reparar as iniquidades fáticas sentidas por grupos tradicionalmente minoritários e desfavorecidos, de modo a que o debate público se construa com condições – forças de intervenção – paritárias entre os diversos nichos.

Igualmente relevante, inclusive para o fim da análise das eventuais limites à livre expressão, o princípio do pluralismo<sup>85</sup> repudia formas de tutela da liberdade que descambem para imposições, ortodoxias e autoritarismo. Dessa forma, no plano da titularidade pelas pessoas naturais ou grupos sociais, pela sua aplicabilidade, deve-se ter em conta a viabilização dos diferentes tipos de manifestações, apregoadas aos mais diversos discursos – ideológicos, políticos, filosóficos, comportamentais, religiosos, etc. – que brotam do tecido social. Decerto que dessa sorte de narrativas soerguer-se-ão interesses e expressões não só contrastantes, como também conflitantes, ou mesmo injuriosas, danosas, estigmatizantes. É quando a ciência jurídica, com todo o cabedal principiológico pertinente, terá de oferecer soluções razoáveis.

---

<sup>84</sup> SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 298.

<sup>85</sup> Art. 1º, inciso V, CRFB/1988

## 2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DISCURSO DE ÓDIO SOB A ÉGIDE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

### 2.1 Considerações iniciais

Pela inerência da livre manifestação do pensamento ao indivíduo, a liberdade de expressão, constitucionalmente imbricada ao ideal democrático, e os temas caros a ela costumam receber percuciente análise da comunidade jurídica. Não é por outra razão também que questões sensíveis associadas a eventuais restrições ou ao eventual extrapolamento no seu exercício retornam com frequência ao centro dos debates na esfera pública<sup>86</sup>. O *hate speech*<sup>87</sup> é uma dessas questões – e das mais controversas. A ocorrência desse fenômeno nos ambientes sociais tenciona valores e direitos fundamentais, trazendo ao lume as discussões acerca da tolerância e da dignidade humana. Inicialmente, contudo, sobreleva-se relevante um esforço teórico no sentido de tentar conceituá-lo.

De acordo com Samanta Ribeiro Meyer-Pflug, o *hate speech* consiste na manifestação de “ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Na percepção da autora, o elemento fulcral desse tipo de meio de expressão reside na “incitação à discriminação”. Esclarece, ademais, que a “produção de ódio” nesse tipo de discurso atravessa certas “fases preparatórias”, que podem se perfazer no exercício de estigmas, levando os grupos majoritários-dominantes a elucubrar “percepções mentais negativas em face de indivíduos e grupos socialmente inferiorizados<sup>88</sup>”.

---

<sup>86</sup> Recentemente, por exemplo, o cancelamento da exposição *Queermuseu: cartografia da diferença na Arte brasileira*, em Porto Alegre e no Rio de Janeiro, em virtude da forte pressão exercida por forças conservadoras, fez ressurgir, novamente, a discussão acerca da censura e dos limites à liberdade de expressão, notadamente em relação ao direito complementar da liberdade de criação artística. Alegavam os agentes conservadores que as obras contempladas pela exposição faziam alusão e “apologia” à pedofilia e à zoofilia. No mesmo sentido, a *performance La Bête*, releitura da obra *Bicho*, de Lygia Clark, apresentada na abertura da Mostra Panorama da Arte Brasileira, ocorrida no Museu de Arte Moderna de São Paulo, recebeu fortes críticas de alguns segmentos da sociedade, também mais identificados com ideias conservadoras, os quais pleiteavam o cancelamento da exposição, sob a alegação de “incentivo à pedofilia”. Vídeos atribuídos à *performance* mostravam uma criança tocando os pés de um artista nu, deitado em um tatame.

<sup>87</sup> Usar-se-á também as designações “discurso de ódio” e “discurso de incitação ao ódio”

<sup>88</sup> MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 271.

Na mesma toada, Jónatas Machado define os discursos de ódio como aqueles “conteúdos expressivos susceptíveis de provocarem um dano de *status* ou uma *lesão estigmática* num determinado grupo”, o que provocaria, por consequência, o mesmo tipo de efeito aos “membros individualmente considerados”. Agrega, ainda, ao conceito um elemento repercussivo associado ao fato de que, por esse tipo de expressão, restam minadas as “possibilidades de igual desenvolvimento político, económico, social e cultural<sup>89</sup>” relativamente àqueles grupos – e seus membros – quando se exerce comparação em relação aos que não são atingidos por esses discursos.

Para Winfried Brugger, professor da Universidade de Heidelberg, o discurso de incitação ao ódio diz respeito a “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião”, compreendendo, por essa via, aquelas expressões que têm “a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação<sup>90</sup>”. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, sustenta Daniel Sarmiento tratar-se de “manifestações de ódio, desprezo e intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência (...), orientação sexual, dentre outros fatores<sup>91</sup>”.

Sem embargo, atenta Jeremy Waldron para o fato de que a expressão “*hate speech*” ou “*discurso de ódio*” já traz consigo, no entanto, uma série de conotações que não são propriamente “neutras”, e o vocábulo “ódio<sup>92</sup>” pode levar à compreensão de que se quer corrigir “as paixões e emoções” subjacentes a esse tipo de discurso<sup>93</sup>. Daí também a importância em se diferenciar os elementos que envolvem o discurso de ódio e os crimes de ódio. Na inteligência de Waldron, os crimes de ódio têm seu foco na motivação, a qual se direciona à prática de ações ilegais, que terão, por sua vez, o ódio

---

<sup>89</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 840.

<sup>90</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e Americano. Tradução Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, Brasília, n° 15, p. 117-136, jan-mar. 2007.

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

<sup>92</sup> Robert Post define “ódio” (“*hate*”) como “an emotion of extreme dislike or aversion; detestation, abhorrence, hatred”. POST, Robert. *Hate speech*. In: *Extreme speech and democracy*. Columbia: Oxford University Press, 2009.

<sup>93</sup> WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p. 34.

como elemento do crime ou fator agravante. No discurso de ódio, por outro lado, o ódio, enquanto elemento constitutivo, não se coloca como motivador de certas condutas, mas sim como um “possível efeito” de uma certa forma de discurso, como algo que se quer promover ou incitar<sup>94</sup>.

O ódio suscitado nessas situações destina-se, em geral, a grupos sociais minoritários ou historicamente desfavorecidos. Grupos sociais, nesse sentido, podem ser entendidos, de acordo com Owen Fiss, como a entidade que, conquanto diferente de cada um dos seus integrantes, exerce sobre eles influência decisiva no que se refere à definição de suas identidades<sup>95</sup>. Dessa forma, a repercussão do discurso que atinja a coletividade em si, acerta também, por via de consequência, aqueles que a ela se unem por um elo subjetivo, por vezes demasiadamente íntimo, como a religião, por exemplo.

Conforme constata Winfried Brugger, do ponto de vista normativo, o *hate speech*, de uma maneira geral, não é expressamente admitido ou vedado, no plano do direito constitucional dos Estados<sup>96</sup>. No plano internacional, contudo, notadamente após a segunda guerra mundial, uma série de tratados internacionais em matéria de direitos humanos vieram a propugnar aos Estados que a eles se vinculassem o banimento a esse tipo de manifestação, a despeito da igual centralidade que a ordem internacional fornece ao direito à livre expressão. Nesse sentido, por exemplo, pode-se citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>97</sup>, um dos três diplomas a compor a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, o qual prescreve a vedação, na forma da lei, de “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência<sup>98</sup>”.

Contudo, eventuais restrições à liberdade de expressão exigem parcimônia e um delicado apuro e, como se pode supor, não alcançam consenso seja na comunidade

---

<sup>94</sup> Idem. p. 35.

<sup>95</sup> FISS, Owen. *Groups and the Equal Protection Clause*. *Philosophy and Public Affairs*, v. 5, p. 107 e ss., 1976. p. 141-142. Disponível em: <law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/Fiss\_groups.pdf>. Acesso em 19 de out. 2017.

<sup>96</sup> BRUGGER, Winfried. *Op. cit.* p. 118.

<sup>97</sup> Internalizado, no Brasil, por via do decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, firmou-se igual orientação na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, o que ficou consubstanciado na Declaração que dela se originou, a chamada Declaração de Durban.

jurídica, seja entre os demais atores da esfera pública. Não é sem razão de todo modo, porquanto os traumas experimentados ao longo da história (alguns deles já aludidos aqui) ainda fazem pairar – e melhor que assim seja – um justificado receio no que concerne à ingerência estatal, sob o braço de qualquer de seus poderes, no âmbito de manifestação do indivíduo.

O que se vê, então, no mundo contemporâneo, é que a acentuada pluralidade que caracteriza as sociedades atuais desafia o claudicante dever de tolerância, ideal distante. De outro lado, porém, a conquista de uma tutela suficientemente protetiva das liberdades comunicativas (ainda que às vezes contra ela se atente) vem a demonstrar um grau de amadurecimento satisfatório do debate público.

## **2.2 O discurso de ódio no bojo da democracia constitucional**

A marcada interdependência entre o princípio democrático e a liberdade de expressão – e as liberdades em geral – constitui *conditio* a um regime constitucional legítimo, do qual se extraia valores que guiarão os direitos fundamentais e a formação das deliberações e vontades políticas na esfera pública. A fundamentação jusfilosófica da liberdade de expressão, nesse sentido, converge também com outros valores capazes de esculpi-la de certo modo, por via da atribuição de outros conteúdos axiológicos. O princípio do pluralismo certamente é um deles e sua aplicabilidade norteará as controvérsias acerca da participação dos diferentes tipos de discursos na esfera comunicativa.

Nas democracias deliberativas, pela acepção procedimentalista de Jürgen Habermas, notadamente pela complexidade das sociedades contemporâneas, o modelo democrático que se concebe não é aquele que consagra o “governo das maiorias”, entendido como o somatório de vontades prevalentes e consonantes da maior parcela dos cidadãos, mas sim aquele que se pauta em atividades dialógicas racionais no fórum das ideias, que se revelará em pontos de vista divergentes. É desse embate

argumentativo que, espera-se, irá se soerguer um resultado racionalizante apto a agir como potencial legitimador das decisões<sup>99 e 100</sup>.

É por esse motivo, então, que entende o eminente jusfilósofo que “o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático<sup>101</sup>”. Na concepção de sua teoria do discurso, o aludido processo da política deliberativa depende do “jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal” e extrai da “estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade” a força de legitimação das decisões<sup>102</sup>. Contudo, esse desenho democrático, segundo ele, somente pode se viabilizar partindo-se da premissa de pluralidade de opiniões na esfera pública, a qual, aduz, deve ser garantida por meio da atribuição de “condições equânimes de inclusão na deliberação pública para todos os cidadãos<sup>103</sup>”.

O ingresso do discurso de ódio nesse ambiente deliberativo irá contrapor posicionamentos e fundamentações dos estudiosos da teoria constitucional. Isso porque a incidência do princípio pluralista sobre o direito à liberdade de expressão na esfera pública pode servir simultaneamente à argumentação daqueles que entendem que a supressão do *hate speech* consistiria em restrição à própria liberdade de pensamento, já que esse tipo de discurso, como qualquer outro, é parte integrante do fórum público, e vedá-lo violaria, por via oblíqua, também a observância à pluralidade de manifestações, ou ainda, de outro lado, à posição segundo a qual a vedação do discurso de incitação ao ódio é condição para que os grupos por ele estigmatizados – em geral, negros, LGBTs, religiões minoritárias, como as de matriz africana, etc. – possam ter a chance de acessar a esfera de debate com potencial equiparável ao dos grupos dominantes, e perfazer, assim, o ideal pluralista.

---

<sup>99</sup> Por certo, não se tem aqui a pretensão de se esmiuçar a sofisticada teorização de Habermas acerca da democracia deliberativa e da esfera pública, mas apenas a de intercambiar parte necessária e restrita desse substrato.

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 18.

<sup>101</sup> Ibidem. p. 27-28

<sup>102</sup> Idem. p. 28.

<sup>103</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 194.

De acordo com o entendimento de Daniel Sarmento, nesse flanco da discussão, a ocorrência do *hate speech* somente prejudica o saudável funcionamento do processo democrático dentro das democracias deliberativas. Isso porque, aduz ele, desse tipo de manifestação derivam, inexoravelmente, dois tipos de efeito: ou um tipo de reação violenta ao revide do desagrado ou o *efeito silenciador* aos afetados pelos conteúdos veiculados. Perfazendo-se a primeira consequência, o resultado que se tem é a deflagração de uma “verdadeira guerra no espaço público, em que a política ver-se-ia reduzida ao modelo de Carl Schmitt, de batalha entre inimigos<sup>104</sup>”. Do efeito silenciador, advém exatamente a retração de certos grupos, que deixam de oferecer seu contributo às discussões públicas, em decorrência da opressão e da humilhação. A intimidação desses setores, assevera, repercute não só neles próprios, como também no direito de toda a comunidade de ter acesso a um debate plural e rico de manifestações. Por isso, a vedação ao *hate speech* não é em si o cerceamento à pluralidade; os efeitos dessas manifestações, na inteligência do Professor, é que são prejudiciais à pluralidade<sup>105</sup>.

Jónatas Machado, entretanto, discorda dessa tese. Preocupado também com a necessidade de se manter a integridade de uma esfera de discurso público aberta e pluralista, a qual deve se propor, contudo, a um tipo de “confrontação publicística e interacção crítica”, o estudioso português enxerga, no conflito da inclusividade, uma grande ameaça causada pela “institucionalização comunicativa de uma ortodoxia politicamente correcta”. Na sua compreensão, há, por parte daqueles que sustentam o banimento aos discursos de ódio, um “irreprimível impulso censório” semelhante ao que ao longo da história buscou reprimir o erro e o pecado<sup>106</sup>. Dessa forma, a retirada de certos conteúdos, na sua visão, não é a resposta adequada à celeuma erigida em torno do equilíbrio que se busca em torno da inclusividade<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 238.

<sup>105</sup> Idem. p. 238-239.

<sup>106</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 846-847.

<sup>107</sup> “Assim, por exemplo, é tão legítimo as feministas radicais e a comunidade homossexual apelidarem as hierarquias eclesásticas de misóginas e homofóbicas, como estas insistirem no sacerdócio patriarcal e afirmarem o carácter pecaminoso da homossexualidade”. (MACHADO, 2002, p. 846)

A liberdade de expressão, em sua leitura, apresenta entre suas funções a de prestar-se como “alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões, incluindo o ódio, ou especialmente o ódio”. E o máximo que se poderia admitir em termos de restrições de discurso seria impedir aqueles que se apresentam sob formas “extremas”, com o intento único de “estigmatizar, insultar e humilhar”, passando ao largo de quaisquer finalidades afinadas com o confronto de ideias. Nesse sentido, Machado assevera então que se o “objetivo preponderante de um conteúdo expressivo consista em formar, informar, debater, denunciar, questionar ou criticar, o mesmo não deve ser proscrito, independentemente dos efeitos sociais que daí possam resultar”<sup>108</sup>.

Ademais, também sob o prisma do princípio da igualdade se pode vislumbrar o dilema que pende sobre a livre manifestação do pensamento, ainda mais se se levar em conta que diversos segmentos políticos ainda se recusam a admitir a igualdade humana fundamental<sup>109</sup>. Por essa leitura, sufocar os discursos de ódio denotaria um tipo de predileção do Estado, de modo a desequilibrar a posição de equidistância que esse deve demonstrar com relação às diversas manifestações, independentemente de seu conteúdo. Opostamente, partidários da regulação do *hate speech* entendem que, sem esse tipo de atuação estatal, estar-se-ia a perpetuar a histórica desigualdade existente entre majorias e minorias, de modo a inviabilizar ainda mais a participação dessas últimas no processo de participação deliberativa<sup>110</sup>.

Fazendo oposição às restrições ao discurso de incitação ao ódio, Robert Post – que sustenta, do mesmo modo, que o processo democrático está vinculado à participação dos cidadãos na formação das decisões coletivas, por meio da veiculação de suas ideias – perfilha, por exemplo, que, em se tratando de debate público, o impedimento de certos conteúdos nesse fórum prejudicaria os partidários daquelas ideias de uma forma incompatível com os preceitos democráticos<sup>111</sup>. Decerto que Post, dando especial ênfase aos discursos racistas, não faz suas ponderações de forma

---

<sup>108</sup> MACHADO, Jónatas. Op. cit. p. 847.

<sup>109</sup> SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista de Direito GV*, São Paulo, jan-jun/2015. p. 48.

<sup>110</sup> Idem.

<sup>111</sup> POST, Robert. *Racist speech, Democracy, and the First Amendment*. William and Mary Law Review, 1991. p. 267-327.

desmedida, mas com a devida cautela que a delicadeza da questão exige<sup>112</sup>. E, nesse sentido – ainda que relativamente aos discursos racistas –, aduz que:

*“The question of whether public discourse is irretrievably damaged by racist speech must itself ultimately be addressed through the medium of public discourse. Because those participating in public discourse will not themselves have been silenced (almost by definition), a heavy, frustrating burden is de facto placed on those who would truncate public discourse in order to save it. They must represent themselves as ‘speaking for’ those who have been deprived of their voice. But the negative space of that silence reigns inscrutable, neither confirming nor denying this claim, for the more accessible public discourse will then appear to exactly the perspectives racist speech is said to repress<sup>113</sup>”.*

Dessa forma, embora reconheça que a suspensão das chamadas regras de civilidade<sup>114</sup>, com o fim de salvaguardar todas as formas de discurso, seja problemática do ponto de vista da racionalização das discussões, entende ele se tratar de uma necessidade com vistas a garantir que os discursos na esfera pública possam se eximir das limitações impostas pelos valores culturais dominantes. A suspensão dessas regras de civilidade viabiliza, então, o poder de crítica relativamente aos parâmetros culturais de cada comunidade, uma vez que tais preceitos, instituídos pelas concepções culturais hegemônicas, limitam a exposição de conteúdos imbuídos de outros valores e concebidos sob outras perspectivas culturais.

Post sustenta, então, que o princípio da igualdade deve, nesse ponto, perfazer-se apenas sob um prisma “formal”, que facultaria a todos a prerrogativa de expor suas ideias na esfera pública, independentemente de seu teor, rejeitando, portanto, a ideia de igualdade que se consubstancie na análise dos conteúdos que são veiculados nos

---

<sup>112</sup> “Public discourse is the realm of communication we deem necessary to facilitate the process of self-determination. As that process is open-ended, reflecting the boundless possibility of social self-construction, so we fashion public discourse to be as free from legal constraint as is feasible to sustain. But as self-determination requires the antecedent formation of a ‘self’ through socialization into the particularity of a given community life, so public discourse must at some point be bounded by nonpublic speech, in which community values are embodied and enforced. And as the decisions of a self-determining democracy require actual implementation, so public discourse must at some other point be bounded by the instrumentally regulated speech of the nonpublic forum”. (POST, 1991, p. 286)

<sup>113</sup> POST, Robert. *Op. cit.* p. 309-310.

<sup>114</sup> “These rules apply to communication as well as to action, and their enforcement lies at the foundation of such communicative torts as defamation, invasion of privacy, and intentional infliction of emotional distress. Through these torts the common law not only protects the integrity of the personality of individual community members, but it also serves authoritatively to articulate a community’s norms and hence to define a community’s identity”. (POST, 1991, p. 286)

ambientes deliberativos e que poderiam vir a desfavorecer certos grupos, em geral minoritários – em benefício de outros, hegemônicos, via de regra. Entende, ainda, que os efeitos causados por alguns discursos não podem ser justificativa pra que se possa proibi-los. Assim,

*“alternatively, one might believe that racist speech silences victim groups primarily because of its ‘ideas’, because of its messages of racial inferiority, rather than because of its incivility. The distinction is important for the following reason: although it is consistent with the internal logic of public discourse to excise in extreme circumstances certain kinds of uncivil speech that are experienced as coercive, it is fundamentally incompatible with public discourse to excise specific ideas because they are ‘analogously’ deemed to be coercive. Public discourse is the medium within which our society assesses the democratic acceptability of ideas; to exclude certain ideas as prima facie ‘coercive’ and hence destructive of public discourse is to contradict precisely this function. Therefore ‘harm’ to public discourse cannot justify restraints on [...] ideias on the grounds that such ideas are perceived to be threatening or coercive<sup>115</sup>”*

Cass Sunstein, mesmo sob o prisma da igualdade, reconhece também que os efeitos dos discursos de ódio não podem dar cabo a proibições – conquanto não deixe de ressaltar a diferença intrínseca entre os efeitos dos discursos, não só do ponto de vista da ameaça ou coerção, como aludido por Post, mas também do ponto de vista qualitativo psicologizante relativamente a sentimentos como raiva e humilhação<sup>116</sup>. Em sua compreensão, as invectivas dirigidas às minorias responsabilizam-se por criar uma atmosfera de medo, seja de violência física, exclusão ou subordinação. Por essa razão, considera que esse tipo de discurso contraria o objetivo perseguido da igualdade política<sup>117</sup>. Entretanto, não deixa de ponderar que extirpa-los da esfera pública pode obstar seriamente as discussões acerca de temas como direitos civis, política estrangeira, crimes, aborto, política de bem-estar social, etc<sup>118</sup>.

Dessa forma, propõe uma abordagem acerca da regulamentação do *hate speech* que prime por traçar uma distinção entre as diversas categorias desse. Entende, assim, que a liberação do discurso de ódio de viés racial ou sexual, por exemplo, deve estar condicionada ao seu apelo nas capacidades deliberativas. Nesse sentido, discursos que

---

<sup>115</sup> POST, Robert. *Op. cit.* p. 310.

<sup>116</sup> “It is only obtuseness – a failure of perception or empathetic identification – that would enable someone to say that the word ‘fascist’ or ‘pig’ or even ‘honky’ produces the same feelings as the word ‘nigger’”(SUNSTEIN, 1995, p. 186)

<sup>117</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995. p. 186.

<sup>118</sup> SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.* p. 186.

criem não mais que meros epítetos estariam, desde logo, excluídos daquela proteção, até porque seus danos vão muito além da ofensa<sup>119</sup>. Sunstein admite, contudo, a possibilidade de casos limítrofes, que exigirão um maior esforço acerca de sua eventual proteção. Sem embargo, não deixa de reconhecer que pessoas confrontadas com expressões de ódio “podem experimentar uma forma de ‘silenciamento’ no sentido de que se tornam relutantes em se expressar e não são ouvidas quando o fazem<sup>120</sup>”.

Esse efeito silenciador é justamente um dos motivos que faz Owen M. Fiss entender pela regulação do *hate speech*. Na leitura lúcida do Professor da Universidade de Yale, o debate que envolve a ponderação da liberdade de expressão e do contravalor igualdade toma curvas excessivamente complexas do ponto de vista de critérios objetivos a que se possa admitir a prevalência de um sobre o outro. No contexto do ordenamento jurídico americano, sobre o qual Fiss obviamente se centra, a questão recai sobre a dúvida entre a precedência de Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão, e a Décima Quarta Emenda, que consagra a igualdade. De um lado, diz-se que a liberdade de expressão fora essencial na conquista da igualdade política e dos direitos civis na sociedade americana da década de 1960; de outro, alude-se à impossibilidade de se alcançar uma política genuinamente democrática sem que a igualdade se faça prevalecer<sup>121</sup>.

Fiss, entretanto, discorda que a regulação dos discursos de ódio deva se dar em virtude da prevalência do contravalor igualdade, da Décima Quarta Emenda em detrimento da Primeira, portanto. Considera que não há qualquer subsídio constitucional que sinalize para um método eficaz em se aferir a prevalência de um valor sobre outro. Para ele, a regulação deve se dar em virtude da própria liberdade, e situa a discussão não mais em torno do contraponto liberdade-igualdade, mas em torno da ponderação entre a liberdade e a própria liberdade<sup>122</sup>. Ensina que a lógica a ser aplicada é a mesma já utilizada em outros momentos da história norte-americana: regular a liberdade de expressão a fim de preservar a própria liberdade de expressão. Para Fiss, o fundamento a que se regule os discursos de ódio no plano do valor liberdade não é o do seu

---

<sup>119</sup> SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.* p. 187.

<sup>120</sup> SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.* p. 186. Tradução minha.

<sup>121</sup> FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

<sup>122</sup> FISS, Owen. *Op. cit.* p. 46.

potencial de persuasão (de que o discurso “convencerá os ouvintes a agir de uma certa forma – por exemplo, subjugando vários grupos desfavorecidos na sociedade<sup>123</sup>”), mas sim o de seu potencial de obstar a participação dos segmentos hostilizados nas discussões públicas – o aludido *efeito silenciador*.

Assim, em sua percepção, o Estado deve ser chamado para que garanta um debate “aberto e integral”. O questionamento que se levanta a partir daí, contudo, diz respeito a uma eventual diminuição do direito dos ofensores-emissores, acerca da fundamentação que pode embasar a escolha estatal de um discurso em detrimento de outro. Na visão de Fiss, entretanto, não é só dos interesses expressivos dos grupos envolvidos que se está tratando; o que o Estado está a fazer nessas situações é “estabelecer precondições essenciais para a autogovernança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público”. Para ele, “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes dos outros”<sup>124</sup>.

### 2.3 O tratamento jurídico do *hate speech*

Decerto que pelas particularidades e pela mobilização de direitos e princípios tão fundamentais às sociedades democráticas a doutrina do *hate speech*, como se pôde notar, não encontra consenso no que toca à regulação desse tipo de manifestação, valendo-se de consistentes fundamentações em ambos os polos da discussão. Como relata Jeremy Waldron, no entanto, do ponto de vista legislativo, alguns países já adotam a regulação do discurso de ódio, com vistas a preservar a paz social e determinados segmentos da sociedade de certas declarações públicas. É o que se vê em países como Canadá, Alemanha, Dinamarca, Nova Zelândia e Reino Unido<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Ibidem. p. 47

<sup>124</sup> Idem. p. 48-49.

<sup>125</sup> Nesses países, as previsões normativas proibem as manifestações que “(...) incitam o ‘ódio contra qualquer grupo identificável em que tal incitação é suscetível de conduzir a uma violação da paz social’ (Canadá); ‘ou declarações pelas quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado em razão de sua raça, cor da pele, nacionalidade ou etnia’ (Dinamarca); ou ataques à ‘dignidade humana de outros por insultar, difamar maliciosamente ou difamar segmentos da população’ (Alemanha); ou ‘palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes...que possam excitar hostilidade contra ou reduzir à ignomínia qualquer grupo de pessoas...com fundamento na cor, na raça ou étnica, ou em origens étnicas ou nacionais de um grupo de pessoas’ (Nova Zelândia); ou o uso de ‘palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes ou comportamentos,’ quando destinam-se a incitar ódio racial,’ ou quando ‘considerando

O tratamento conferido pelo poder judiciário, especialmente pelas Cortes Constitucionais, dos diversos países parece, do mesmo modo, sinalizar no sentido do controle aos discursos de incitação ao ódio. Os Estados Unidos são, contudo, uma importante exceção a esse posicionamento. As fundamentações levadas a efeito pelas Cortes denotam não só os delicados bens públicos<sup>126</sup> em jogo, como também a importância de seu reflexo no funcionamento da sociedade e no dia-a-dia dos cidadãos, titulares dos direitos contrapostos – ao menos aparentemente contrapostos.

### 2.3.1 Estados Unidos: *freedom, freedom*

A proteção constitucional conferida à liberdade de expressão no ordenamento jurídico estadunidense encontra resguardo na clássica limitação ao poder estatal instituída pela Primeira Emenda – a “apoteose da postulação clássica do liberalismo<sup>127</sup>”, que preceitua que “o Congresso não editará nenhuma lei (...) limitando a liberdade de expressão, ou de imprensa<sup>128</sup>”. É verdade, porém, que, apesar de aprovada em 1791, a real salvaguarda a esse direito por parte do poder judiciário norte-americano apenas pôde ser verificada após o término da primeira guerra mundial<sup>129</sup>. Atualmente, contudo, a livre expressão ocupa espaço de centralidade na jurisdição constitucional daquele país e prevalência relativamente à colisão com outros direitos fundamentais.

Exatamente pelo peso atribuído à liberdade de expressão é que a Suprema Corte norte-americana, historicamente, tem conferido maior proteção a esse direito, quando ponderado com *contravalores* diversos. Noutros tempos, tais contravalores não se mostravam, contudo, como observa Owen Fiss, “particularmente sedutores ou imperiosos” e a jurisprudência constitucional da Suprema Corte, prestigiando a livre expressão, facilmente encontrava aceitação, sem grandes polêmicas, tanto na comunidade jurídica como na opinião pública<sup>130</sup>. Exemplo disso é o célebre caso *New York Times vs. Sullivan*<sup>131</sup>, em que, contrapondo a liberdade de expressão ao contravalor

---

todas as circunstâncias o ódio racial é capaz de causar agitações desse modo’ (Reino Unido)” (WALDRON, 2012, p. 8. Tradução livre)

<sup>126</sup> Usando aqui a expressão de Jeremy Waldron.

<sup>127</sup> Idem. p. 33.

<sup>128</sup> “Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press”. Tradução livre.

<sup>129</sup> STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *The First Amendment*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 08-09.

<sup>130</sup> FISS, Owen. *Op. cit.*

<sup>131</sup> 376 U.S. 254 (1964)

reputação, firmou aquela Alta Corte o entendimento segundo o qual, ainda que informações inverídicas atinjam a reputação de agentes públicos, as hipóteses de reparação por danos morais nesses casos ficam condicionadas à demonstração do dolo do emissor – denotando a prevalência da liberdade de expressão dos emissores, mesmo que naquelas circunstâncias, em detrimento do contravalor reputação das autoridades<sup>132</sup>.

Ocorre que, contemporaneamente, o que se tem observado é que os princípios contrapostos suscitam controvérsias maiores e afastam as possibilidades de consenso, por sua “incomum e imperativa qualidade<sup>133</sup>”. No caso do *hate speech*, conforme já se aludiu, está contraposto o valor dignidade humana e, mais especialmente, o valor igualdade<sup>134</sup> – muito caro ao liberalismo norte-americano. O entendimento da Suprema Corte, entretanto, segue amparando o valor liberdade de expressão, e considera como inconstitucionais as restrições aos discursos que expressem conteúdos considerados extremos ou hediondos. Isso porque, de acordo com aquele posicionamento, não cabe ao Estado exercer juízo de valor acerca do que é veiculado pelos emissores<sup>135</sup>, de modo a prestigiar um tipo de discurso (e as ideias nele contidas), em detrimento de outro, ainda que se possa considerá-lo atroz.

É a exegese que vem sendo fixada reiteradamente. Num dos mais relevantes casos julgado pela Suprema Corte envolvendo discurso de ódio, o *R.A.V. vs. City of St. Paul*<sup>136</sup>, entendeu-se pela inconstitucionalidade de uma lei da cidade de St. Paul, do estado de Minnesota, a qual, tipificando “crime motivado por preconceito<sup>137</sup>”, vedava variadas formas de expressão, em propriedade pública ou privada, que incitassem “raiva, medo ou ressentimento” por meio de símbolos como a cruz em chamas e a suástica<sup>138</sup>. No caso *sub examine*, uma família negra tivera sua residência invadida e

---

<sup>132</sup> No mesmo sentido, em relação ao contravalor *segurança nacional*, o caso *New York Times Co. vs. United States* – 403 U.S. 713 (1973) –, conforme informa Owen Fiss (2005).

<sup>133</sup> FISS, Owen M. *Op. cit.* p. 37

<sup>134</sup> Consubstanciada na Décima Quarta Emenda à Constituição norte-americana, daí a maior substancialidade no que toca à ponderação de valores.

<sup>135</sup> BRUGGER, Winfried. *Op. Cit.* p. 120; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 215.

<sup>136</sup> 505 U.S. 377 (1992). Disponível em: <supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>. Acesso em 22 out. 2017.

<sup>137</sup> “Bias -motivated crime”

<sup>138</sup> “Whoever places on public or private property, a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor.”

nela fora depositada por um grupo de jovens a referida cruz em chamas, símbolo associado à *Ku Klux Klan*, grupo extremista da “supremacia branca”. Sem adentrar sobremaneira nas idiosincrasias da hipótese, basta consignar que a Suprema Corte invalidou a condenação aplicada com base na aludida lei, pela instância anterior, ao entender a norma como inconstitucional. Na inteligência da Corte, aquele diploma mostrava-se parcial do ponto de vista do favorecimento pelo ente público de uma opinião em detrimento de outra, ainda que a outra em questão seja marcadamente intolerante; desse modo, estava-se a prestigiar uns em detrimento do direito à livre manifestação de outros – ainda que se tratasse de um tipo de expressão socialmente rechaçado.

Nesse sentido, o que se observa é que a jurisprudência constitucional norte-americana acerca do discurso de ódio aponta no sentido de que eventuais regulações promovidas pelo Estado com o fim de coibir manifestações odiosas constituiriam, em verdade, restrições à própria difusão de certos conteúdos que devem, como qualquer outro, adentrar a esfera pública política, por se tratarem também de discursos políticos – não obstante se apresentem sob uma forma extrema ou ofensiva. A postura estatal deve ser regida, assim, pelo princípio da neutralidade de conteúdo, o qual impede o ente público de exercer uma tentativa de controle acerca das posições, de modo a não prestigiar aquelas que se poderia reputar “adequadas”, “razoáveis” ou “certas”.

Apenas estariam excluídas do espectro de aplicação do princípio, na inteligência da Corte, as chamadas *fighting words*, manifestações conformadas como “mero insulto” e capazes de causar violência iminente, por suscitá-la de forma direta, em potencial. Trata-se de uma categoria rigidamente definida, que apresenta “baixíssimo apelo deliberativo<sup>139</sup>” por ter não o fim de contribuir para o debate de ideias ou apresentar qualquer outro tipo de interesse à democracia, mas apenas o de causar uma reação de violência no meio em que repercute<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista de Direito GV*, São Paulo, p. 37-64, jan-jun/2015.

<sup>140</sup> O'BRIEN, David. M. *Constitutional law and politics*. v. 2. New York: W.W. Norton, 2005. p. 478-480.

Dessa forma, pois, o que se tem na realidade norte-americana, ao menos em sede judicante, é um posicionamento praticamente irrestrito acerca da possibilidade de ocorrência do *hate speech*. É possível se atribuir isso, em parte, à própria tradição constitucional estadunidense no que concerne ao maior enaltecimento do valor liberdade em detrimento do valor igualdade<sup>141</sup>. Ou ainda ao fato de que, conforme observa Owen Fiss, a liberdade ser tida naquele solo sob uma perspectiva “formal”, compreendida de modo a ignorar as eventuais consequências provocadas pelos diferentes tipos de discurso, inclusive com relação ao patrimônio jurídico dos indivíduos. Nesse ínterim, não se leva em conta o “efeito silenciador” que essas manifestações promovem sobre minorias historicamente prejudicadas, com potencial eloquente tradicionalmente reduzido<sup>142</sup>.

### 2.3.2 Alemanha: proporcionalidade e ponderação

No direito constitucional germânico, a liberdade de expressão ostenta, igualmente, *status* de centralidade na sistemática dos direitos fundamentais. Entretanto, diferentemente do tratamento conferido pela jurisprudência norte-americana, outros valores podem apresentar igual ou superior posição, em juízo de ponderação sob regência do princípio da proporcionalidade. Assim, tem-se que nem sempre a proteção da personalidade estará sob o jugo e a precedência da liberdade de expressão<sup>143</sup>. Isso porque o valor máximo do ordenamento alemão é a dignidade humana<sup>144</sup>, e a liberdade de expressão, como os demais direitos fundamentais, gravita em torno dela.

Como observa Winfried Brugger, na Lei Fundamental Alemã a previsão do direito à livre expressão se encontra consagrada no art. 5º da primeira parte do corpo constitucional, ao passo que na Declaração de Direitos norte-americana ele é o primeiro a figurar, precedendo, pois, todo o catálogo de direitos<sup>145</sup>. De outra banda, pontua ainda o eminente estudioso que a Constituição estadunidense não propõe, *prima facie*, qualquer limitação à liberdade de expressão em seu corpo normativo; na Carta alemã,

---

<sup>141</sup> ROSENFELD, Michael. *Hate speech in Constitutional Jurisprudence: A comparative analysis*. In: Cardoso Law School, Working Paper Series, nº 41, 2001 *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* p. 217

<sup>142</sup> FISS, Owen M. *Op. cit.* p. 58-59.

<sup>143</sup> 90 BVerfGE 241, 248 f (1994) *apud* BRUGGER, Winfried. *Op. cit.* p. 122.

<sup>144</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 225

<sup>145</sup> BRUGGER, Winfried. *Op. cit.* p. 123.

contudo, tem-se limitações expressas enxertadas pelo próprio constituinte. Além do que, nessa, interesses contrapostos, como o direito à honra pessoal e à personalidade e a observância à dignidade humana, já parecem figurar, *per se*, como limites à liberdade de expressão<sup>146</sup>.

Partindo dessas premissas, a Corte Constitucional alemã primou por erigir dois preceitos, descritos por Brugger, os quais vêm sendo utilizados como balizas para os casos difíceis que envolvem as liberdades comunicativas. O primeiro preceito consigna que, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, eventuais atos normativos que consagrem “interesses públicos ordinários” podem não ser azo suficiente a que se interfira no âmbito da liberdade de expressão (“ao contrário, tal interferência deve ser justificada por um interesse público relevante que não seja possível atingir por um outro meio menos intrusivo [...]”<sup>147</sup>). O segundo preceito postula que o poder judiciário, quando da análise do conteúdo da manifestação *sub examine*, havendo uma “interpretação alternativa razoável” acerca do discurso, deve optar por essa em detrimento de uma “interpretação punitiva”<sup>148</sup>.

Há que recordar ainda, embora já se tenha aludido alhures, que é próprio da dogmática germânica a concepção da liberdade de expressão sob o prisma de sua dupla dimensão. Nesse sentido, além do dever de abstenção, entende-se que o Estado tem o dever de agir com o fito de reparar eventuais assimetrias do mercado das ideias, de modo a que se possa prestigiar o pluralismo e a viabilização de intervenções equânimes do ponto de vista da polifonia na esfera pública.

Sem embargo, o posicionamento da jurisprudência constitucional do país acerca do *hate speech* não deixa de desconsiderar a concepção lá imperante de “democracia militante” (*streitbare Demokratie*). Assim, entende-se que ao Estado cabe a missão de salvaguardar a ordem democrática daqueles que intentam subordiná-la ou rompê-la. E a Lei Fundamental alemã expressamente tratou da questão ao consagrar a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais relativamente àqueles que “abusarem” das

---

<sup>146</sup> Idem

<sup>147</sup> BRUGGER, Winfried. *Op. cit.* p. 124.

<sup>148</sup> Ibidem.

liberdades previstas com o fim de “combater a ordem constitucional liberal e democrática” (art. 18)<sup>149</sup>.

A ordem jurídica alemã, então, comporta certos mecanismos de controle do discurso. Alguns deles previstos, por exemplo, no Código Penal Federal germânico, que veda a incitação de ódio contra determinados segmentos da sociedade, ou na legislação administrativa, a qual proíbe a ocorrência de manifestações ou reuniões em que se profira discursos de ódio. Dessa forma, a jurisprudência constitucional no país, além de reconhecer a validade dessas limitações, se firmou de modo a inadmitir que, sob o argumento de exercício da liberdade de expressão, se profira discursos de ódio, sem deixar, entretanto, de proteger devidamente aquele valioso direito – o que se vê nas cautelosas premissas balizadoras das decisões da Suprema Corte, que refreiam, de certo modo, vedações de plano. Deixando-se conduzir pelo valor maior da dignidade humana, a Corte tem aplicado o método da ponderação de interesses para avaliar, *in casu*, qual o direito deverá prevalecer e ser preferencialmente tutelado. O que se tem verificado, nesse sentido, é o especial tratamento conferido à tutela dos direitos das minorias historicamente desfavorecidas. Decerto que as chagas da história alemã instauram um justo receio que se consubstancia no caráter preventivo dessas decisões<sup>150</sup>, o que não é infundado, dada a centralidade da dignidade humana naquela ordem constitucional.

### **2.3.3 Brasil: um paradigma, muitos desafios.**

De entendimento mais afinado com o posicionamento jurídico alemão acerca do *hate speech*, o tratamento conferido a esse tipo de discurso no Brasil encontra na dignidade humana o valor supremo da ordem jurídica e, por essa razão, o sopesamento entre a liberdade de expressão e a restrição àquelas manifestações passa por esse tipo de análise, afinando-se, além disso, com a orientação firmada em sede de tratados internacionais.

---

<sup>149</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 226.

<sup>150</sup> Importante que se note que a análise acerca da tutela ou não do discurso se dá concretamente. Veja-se, por exemplo, o caso *Tucholsky I*, em que a Corte teve que decidir se a mensagem “*soldados são assassinos*”, aderida ao veículo de um cidadão, estava sob a guarda da liberdade de expressão ou se seria passível de punição criminal. Entendeu-se, na hipótese, que se tratava de uma legítima manifestação, agasalhada por aquele direito, uma vez que não se estava a efetivamente imputar a prática de homicídio aos soldados, mas apenas a propagar uma mensagem de pacifismo (SARMENTO, 2012).

O caso mais paradigmático acerca do tema foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, quando apreciou o *habeas corpus* n° 82.424/RS, conhecido como o célebre *caso Ellwanger*. O paciente, Siegfried Ellwanger Castan – daí o nome do caso –, escritor e sócio-gerente da Editora Revisão Ltda., fora denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela prática do crime de racismo<sup>151</sup>, por ter publicado livros que apresentam manifestações de ódio contra judeus e que buscam negar a existência do holocausto durante a segunda guerra mundial. Ellwanger fora absolvido em primeira instância e, em seguida, condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado, quando impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, tendo seu pedido denegado. Em vista desse resultado, impetrou novo *habeas corpus*, agora no STF.

Sustentava-se, em sua defesa, que os judeus não estariam incluídos no conceito de “raça”, sendo, em verdade, um povo, e, por essa razão, não haveria incorrido o paciente no crime de racismo, o qual está sujeito à imprescritibilidade inculpada no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal.

A discussão do plenário da Corte Suprema centrou-se, então, no enquadramento jurídico ou não dos judeus no conceito de raça, a fim de se verificar a atribuição de tipicidade aos atos praticados por Ellwanger, e na colisão do direito fundamental à liberdade de expressão com o princípio da dignidade humana – flanco da discussão de maior relevo para o fim aqui proposto.

O voto do Ministro-relator, Maurício Corrêa, tratou de desconstituir o conceito de “raça” imperante, propondo um alargamento no seu campo semântico, também do ponto de vista jurídico-interpretativo, mas com respaldo em outras ciências sociais, como a antropologia, não acolhendo o pedido veiculado no *habeas corpus*. Foi esse, inclusive, o entendimento que prevaleceu entre os Ministros na oportunidade. Pelo teor da discussão, cabe destacar alguns pontos suscitados nos votos de alguns dos julgadores da Egrégia Corte.

---

<sup>151</sup> Art. 20, da lei n° 7.716/1989.

Enfrentando de forma direta o tema do *hate speech*, o Ministro Gilmar Mendes assentou a tese de que a “discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria igualdade<sup>152</sup>”, e propôs a aplicação, *in casu*, do princípio da proporcionalidade, com espeque em julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. Fixou o Ministro o entendimento de que à liberdade de expressão não se pode atribuir primazia absoluta no bojo de uma sociedade pluralista, quando da colisão com valores como a igualdade e a dignidade humana. O princípio da proporcionalidade – também chamado de princípio da proibição do excesso –, nesse contexto, se impõe como uma “exigência” ligada ao “conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’<sup>153</sup>”.

Divergindo do entendimento do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou em seu voto a tese segundo a qual a liberdade de expressão prevalece sob quaisquer circunstâncias, do prisma preventivo, exceção feita às hipóteses já demarcadas pelo constituinte. Na compreensão do Ministro, aquele direito apresenta, *prima facie*, natureza absoluta, não se admitindo que se possa “coibir a primitiva liberdade de expressão<sup>154</sup>”. Perfilha, então, a posição de que eventuais abusos não podem ser azo a que coíba o uso dos direitos e garantias “em que mais resplende o valor da liberdade”. Para Ayres Britto, nem o “ofensor” pode ser privado, aprioristicamente, do direito de manifestar seu pensamento, nem o aquele sujeito de direitos a quem o discurso é destinado “pode ter obstada sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante”<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. *Habeas corpus* nº 82.424-2. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ELLWANGER%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h38b7sy>>. Acesso em: 26 out 2017. p. 326.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> “(...) não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano de incontrollabilidade da sua apriorística manifestação. [...])”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. *Habeas corpus* nº 82.424-2. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ELLWANGER%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h38b7sy>>. Acesso em: 26 out 2017.

<sup>155</sup> Ibidem.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, asseverou, na oportunidade, que a questão sob deslinde se posicionava fora do âmbito de discussão de suposta colisão entre direitos fundamentais. Do ponto de vista do hoje decano da Corte, a liberdade de expressão não agasalha práticas revestidas de delituosidade, comportamentos e formas de expressão sobre os quais o Congresso Nacional já tenha exercido juízo de reprovação por meio da lei penal. Reconheceu, então, se tratar, *in casu*, de conduta típica praticada pelo paciente, ainda que sob a forma de discurso de ódio.

Embora se trate de um dos mais relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal, notadamente por assentar um tipo de restrição à liberdade de expressão motivada por um esforço interpretativo com vistas à proteção dos direitos das minorias, em sede de doutrina do *hate speech* a Corte deixou de trazer maiores contribuições ao debate que se trava em domínio teórico. É certo o que o caso poderia ser lido como assentado em uma zona fronteira (entre a ponderação de valores ou a análise do crime) de modo que se poderia entendê-lo – como fez, e.g., o Ministro Celso de Mello – apenas, ou preponderantemente, sob o domínio penal. Ainda assim, destacada sua relevância e partindo da sinalização do STF, caberá ao poder judiciário brasileiro o desafio de enfrentar questões até mais controversas que certamente virão.

### 3 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DISCURSO DE ÓDIO RELIGIOSO NO BRASIL

#### 3.1 Tolerância religiosa na democracia constitucional

A experiência da intolerância religiosa marca, indelevelmente, não só a história das religiões, como também a história da humanidade. A centralidade e a relevância que desempenharam — e desempenham — as confissões religiosas no âmbito individual, como definidora de condutas, e também nos diversos outros sistemas da vida humana, máxime no político, revelam que as questões levadas a efeito nesse domínio revestem-se de uma especial complexidade. Isso pode estar em muito associado ao tipo de experiência que em geral as religiões proporcionam, ligando o ser humano à sua autocompreensão mais profunda, bem como se propondo a explicar metafisicamente os fenômenos da vida — de pontos de vista dogmáticos variados.

A pós-modernidade, marcada por um intenso pluralismo relativamente às visões de mundo e uma ampla variedade no que tange às compreensões morais, impõe notáveis desafios tanto no enfrentamento das questões contemporâneas, como na coexistência das diversas confissões religiosas e na preservação de um ambiente onde predomine a estabilidade e a paz social. Não obstante, como nota Kevin Boyle, a intolerância religiosa, compreendida como a manifestação de hostilidade entre designações confessionais, vem aumentando e não diminuindo, seja nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento<sup>156</sup>.

A compreensão acerca da intolerância é cambiante. Até a Revolução Francesa sua noção estava associada a dois aspectos diversos. Como ensina Jürgen Habermas, a quem novamente se recorre, de um lado “referia-se, acima de tudo, a destinatários religiosos”, e, sob outro viés, “tinha a conotação de uma simples transigência das autoridades”. Não deixa de ressaltar o jusfilósofo, no entanto, que desde Locke as justificações filosóficas da tolerância religiosa sinalizam para um percurso que vai “do

---

<sup>156</sup> BOYLE, Kevin. *Religious intolerance and incitement of hatred*. In: COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: Hate speech, Freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992. p. 61.

ato jurídico autoritário, o qual declara *unilateralmente* a transigência religiosa, a um direito ao livre exercício da religião, o qual repousa no reconhecimento recíproca da liberdade de religião<sup>157</sup>. Exatamente por meio da concessão e do reconhecimento mútuos da liberdade de religião entre os membros de uma comunidade democrática é que a tolerância religiosa pode ser assegurada “de modo transigente”<sup>158</sup> no Estado constitucional<sup>159</sup>.

Modernamente, o conceito de tolerância está associado a três elementos, assinalados por Rainer Forst, a saber, *recusa, aceitação e repulsão*<sup>160</sup>. Nas democracias deliberativas, admite-se a aceitação ou a recusa ao argumento e ao ponto de vista de outrem desde que se baseie no “respeito recíproco” e na “assunção das perspectivas um do outro”<sup>161</sup>. No que toca à repulsão, chamada por Habermas de *rejeição*, ensina esse eminente pensador que:

“O que se entende aqui é, antes de tudo, a virtude *política*, não exigível juridicamente, de cidadãos no trato com outros cidadãos que se apegam a uma convicção rejeitada. Devemos continuar respeitando no outro o cidadão, mesmo quando avaliamos a sua fé ou seu pensamento como *falsos* ou rejeitamos a correspondente conduta de vida como *ruim*. A tolerância preserva uma comunidade política pluralista de se dilacerar em meio a conflitos oriundos de visões de mundo diferentes.”<sup>162</sup>

Longe estamos desse ideal, contudo. Exsurge então daí, das manifestações de intolerância, a sensível discussão acerca dos limites da tolerância, notadamente acerca de até que ponto deve-se tolerar o intolerante<sup>163</sup>. Para o deslinde dessa questão, que Karl Popper chama de “paradoxo da tolerância”<sup>164</sup>, John Rawls desenvolve, em seu *Uma Teoria da Justiça*, uma sofisticada argumentação<sup>165</sup>. Para ele, na sociedade bem-

---

<sup>157</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 280. Grifo original.

<sup>158</sup> Idem. p. 282.

<sup>159</sup> Assim, “na visão de um legislador democrático que eleva os destinatários à condição de autores desse mesmo direito, o ato jurídico que impõe a todos uma tolerância recíproca funde-se com a auto-obrigação virtuosa a um comportamento tolerante” (HABERMAS, 2007, p. 282)

<sup>160</sup> FORST, Rainer. *Toleranz, Gerechtigkeit und Vernunft*. In: BRUGGER, W; HAVERKATE, G. (ed.). *Grenzen als Thema der Rechts – und Sozialphilosophie*. Stuttgart: ARS, 2002 *apud* HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 285.

<sup>161</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 286.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 243.

<sup>164</sup> POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 266 *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 244.

<sup>165</sup> A qual não se tem a pretensão de esgotar aqui.

ordenada, regida por uma constituição justa e por princípios de justiça, ainda que haja ou surjam grupos intolerantes, aos cidadãos tolerantes não está facultado, a princípio, extirpar-lhes as liberdades ou tentar suprimi-los do meio social, posto que há um dever de justiça e de defesa da constituição, do qual não se está dispensado mesmo quando os outros ajam injustamente<sup>166</sup>.

O controle dos intolerantes é possível, no entanto, para Rawls, quando “os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que a sua própria segurança e a das instituições de liberdade estão em perigo”<sup>167</sup>. Isso não deve implicar, todavia, na maximização da liberdade dos tolerantes; é apenas “a liberdade do intolerante que deve ser limitada, e isso é feito para preservar a liberdade igual em uma constituição justa, cujos princípios os próprios intolerantes reconheceriam”<sup>168</sup>.

Nessa seara, há, inclusive, quem defenda a proteção constitucional do *hate speech* tendo como ponto de partida a noção de sociedade tolerante. Para Lee C. Bollinger, a compreensão clássica da liberdade de expressão — segundo a qual esse direito está associado à busca pela verdade, à conquista de autonomia individual e autogoverno — não dá azo, hodiernamente, à descomunal proteção conferida a ela pelo ordenamento norte-americano<sup>169</sup>. Suas formulações não têm, no entanto, a intenção de criticar essa proteção, mas sim a de conferir uma “justificação alternativa” a ela<sup>170</sup>. Em sua visão, as liberdades comunicativas se propõem ao desenvolvimento da tolerância por meio do chamado “modelo de auto-contensão” (*self-restraint model*).

De acordo com a teoria de Bollinger, as liberdades expressivas não se prestam a construir um reduto contra a intolerância e os intolerantes; sua finalidade está, na verdade, associada a ensinar os indivíduos a controlar seus impulsos diante de discursos que rechaçam. Esse caráter “pedagógico”, se assim se pode chamar, propõe-se a promover o exercício da capacidade de autocontrole, que é, em última análise, a

---

<sup>166</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238.

<sup>167</sup> Idem.

<sup>168</sup> Idem. p. 239.

<sup>169</sup> BOLLINGER, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986 *apud* SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 244

<sup>170</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 245.

capacidade de tolerar a diferença — daí, portanto, a íntima relação entre liberdade de expressão e tolerância. Contudo, para o estudioso, a excessiva intolerância ameaça a vida política, e, por isso, é tão importante que se aprenda a controlá-la (e a controlar-se). E a área do discurso é justamente a mais adequada a isso, à prática desse autocontrole, uma vez que os riscos e danos em jogo são mais baixos do que na área das condutas, por exemplo<sup>171</sup>.

Rainer Forst também se propõe a discutir os limites da tolerância. É dele a máxima, que sintetiza sua teorização, de que “os limites da tolerância devem ser postados onde a intolerância começa”<sup>172</sup>. A partir dela, explica o pensador alemão que a aparente relatividade do conceito de intolerância — “uma estratégia retórica nas lutas políticas pelo poder, na qual cada parte reivindica, mas sem fundamento para tanto, o direito a um nível superior de legitimidade e imparcialidade na definição da diferença entre o tolerante e o intolerante”<sup>173</sup> — não pode dar margem ao enfraquecimento e ao enviesamento da discussão acerca de onde os limites da tolerância serão traçados. Forst, então, sugere definir “tolerância”, já que intolerância é conceito *normativamente dependente* desse<sup>174</sup>. E define-a, sob a ótica do respeito, como:

“aquela na qual as partes tolerantes reconhecem uma a outra em um sentido recíproco: embora difiram notavelmente em suas convicções éticas a respeito do bem e do modo de vida legítimo e em suas práticas culturais, e sustentem em muitos aspectos visões incompatíveis, elas se respeitam mutuamente como moral e politicamente iguais, no sentido de que sua estrutura comum de vida social deve — na medida em que questões fundamentais de reconhecimento de direitos e liberdades e de distribuição de recursos estejam envolvidas — ser guiada por normas que todos possam igualmente aceitar e que não favoreçam uma ‘comunidade ética’ específica, por assim dizer.”<sup>175</sup>

Partindo dessa concepção, Forst aduz que os limites da tolerância são ultrapassados quando um grupo tenta dominar os demais tornando suas “visões

---

<sup>171</sup> STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? (reviewing Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*). *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 53, p. 1485-1507, 1986. p. 1490. Disponível em: < [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11328&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11328&context=journal_articles)>. Acesso em 02 nov. 2017.

<sup>172</sup> FORST, Rainer. Os limites da tolerância. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, v. 84, p. 15-29, jul. 2009. p. 16.

<sup>173</sup> Idem. p. 17.

<sup>174</sup> Idem. p. 18.

<sup>175</sup> Idem. p. 21.

rejeitáveis” a regra geral. Contudo, adverte que essa determinação é, “ela mesma, reflexiva e pode sempre ser questionada por aqueles que se veem excluídos”. A tolerância por respeito, nesse sentido, não deve querer significar compreensão ou estima pelas crenças alheias; o que se espera, em verdade, “é o entendimento de que tal tipo de crítica ética não é o bastante para se traçar os limites da tolerância<sup>176</sup>”.

Habermas e Forst aludem ao mesmo exemplo para tratar da questão dos limites da (in)tolerância religiosa<sup>177</sup>. Em 1995, a Corte Constitucional Federal alemã teve de enfrentar a questão da compatibilidade com a Lei Fundamental da fixação de crucifixos em escolas na Baviera, levada àquela instância por um casal antroposófico que se opunha a ostentação desse símbolo na sala de aula de sua filha — reclamando uma educação neutra — depois que a Corte administrativa bávara entendeu que o símbolo representava “valores éticos comuns, ‘cristãos-ocidentais’, tais como a tolerância, em vez de ‘uma expressão da proclamação de sua própria crença em uma certa confissão’”<sup>178</sup>. De um lado, alegam os cristãos a existência de intolerância religiosa dos não-cristãos para com o símbolo; de outro, os não-cristãos entendem que há intolerância dos cristãos para com as demais designações religiosas, sobrepujadas ou anuladas pela obrigatoriedade do crucifixo. Para Forst, o posicionamento da Corte bávara<sup>179</sup> implicou em uma excessiva imposição às minorias, das quais se exigiu a tolerância para com a maioria. Em sua inteligência,

“Visto desse modo, é a minoria quem está sendo chamada de intolerante com relação às visões da maioria, ao passo que a tolerância da maioria se mostra meramente em não interferir nas crenças das minorias. Essa forma de identificar as crenças da maioria com as bases de instituições como as escolas é uma clara violação do princípio de justificação e de respeito igual. Os demandantes tinham, portanto, uma pretensão não rejeitável reciprocamente a direitos iguais e reconhecimento, enquanto o outro grupo nesse caso não tinha.”<sup>180</sup>

---

<sup>176</sup> FORST, Rainer. *Op. cit.* p. 25.

<sup>177</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 296; FORST, Rainer. *Op. cit.* p. 23.

<sup>178</sup> FORST, Rainer. *Op. cit.* p. 25

<sup>179</sup> “Dada a obrigação de tolerância que a ele também se aplica, pode-se exigir de um não-cristão ou de uma pessoa com crenças éticas diferentes que tolere [representações da cruz], em acordo com o respeito requerido para com as crenças dos outros, ainda que aqueles rejeitem essas representações” (“*Verwaltungsgerichtshof München*”, decisão de 3 de junho de 1991 [7 CE 91.1014] *apud* FORST, 2009. p. 23)

<sup>180</sup> FORST, Rainer. *Op. cit.* p. 25.

Lamentavelmente, a questão da intolerância religiosa ainda se mostra muito contemporânea. Apesar disso, no âmbito do direito internacional, o tema do combate à discriminação religiosa sempre esteve no centro do movimento internacional de promoção dos direitos humanos desde a formação das Nações Unidas<sup>181</sup>. Como observa Kevin Boyle, há, contudo, um desafio à estabilidade das nações e à manutenção do Estado de Direito quando se examina, por exemplo, a violência às minorias da Europa Ocidental, notadamente pelos fluxos de imigrantes e refugiados, em sua maioria muçulmanos<sup>182</sup>. No Brasil, os desafios não são diferentes — como se verá, inclusive.

### 3.2 O discurso de ódio religioso sob o prisma da teoria constitucional

O preconceito religioso, como atesta Martha Nussbaum, persiste como uma chaga nas sociedades contemporâneas. Há, assim, desde muito, uma atmosfera de medo relativamente ao fenômeno religioso, a qual é capaz de causar distorções e conduzir leis e políticas de Estado. Para lidar com esse medo e com a superação do ambiente de intolerância, propõe a estudiosa, por exemplo, que se possa lançar mão de princípios que atestem o respeito pela igualdade humana, e de argumentos abnegados, por meio dos quais as majorias consigam reconhecer as necessidades das minorias<sup>183</sup>. Nessa seara, a ocorrência do *hate speech*, formalizando aquele ambiente de intolerância, reveste-se, no plano jurídico-filosófico, de nuances mais tortuosas, porquanto, além da liberdade de expressão e das ponderações inerentes à sua eventual restrição, também a liberdade religiosa está em jogo.

E da imbricação entre essas liberdades fundamentais soergue-se uma celeuma um tanto mais densa. Se de um lado a ordem constitucional assegura o direito ao livre exercício da religião, de outro garante também a correspondente liberdade negativa de não ser “molestado” pelas confissões dos outros<sup>184</sup>. Como se não bastasse, o perfazimento dessas manifestações, ligadas à liberdade de expressão — e ao dissenso

---

<sup>181</sup> BOYLE, Kevin. *Religious intolerance and incitement of hatred*. In: COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: Hate speech, Freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992. p. 62.

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> NUSSBAUM, Martha. *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012. p. 20-25.

<sup>184</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op. cit.* p. 282.

argumentativo a ela correlato —, desafia a neutralidade estatal, relativamente aos discursos da esfera pública e, nada obstante, relativamente também às concepções dogmáticas de cada confissão e ao direito de praticá-las.

John Rawls se propõe a analisar a questão da neutralidade. Perscruta ele como a “estrutura básica estimula e desestimula certas doutrinas abrangentes e seus valores associados, e se a forma como isso ocorre é justa”. Isso com vistas a explicar em que sentido o Estado “não deve fazer nada que favoreça qualquer visão abrangente específica”<sup>185</sup>. Para o Professor da Universidade de Harvard, existem ao menos dois modos pelos quais as “doutrinas abrangentes” podem ser “desencorajadas”. O primeiro deles se dá quando aquelas doutrinas entram em “conflito direto” com os “princípios de justiça”, e cita como exemplo o caso de uma “concepção de bem” que inflija como regra a “repressão ou a degradação de certas pessoas por motivos [...] raciais, étnicos ou perfeccionistas”. O segundo caso é o das doutrinas que não conseguem ter “seguidores nas condições políticas e sociais de um regime constitucional justo” e ilustra essa hipótese com uma suposição, a de “uma certa religião, e a concepção de bem a ela vinculada” que “só possa sobreviver se controlar o aparato do estado e puder praticar a intolerância”<sup>186</sup>.

No entender de Rawls, que se contrapõe à objeção de que o liberalismo político seria “hostil” a certos modos de vida, é indispensável que a “justiça como equidade” não venha a incentivar “as virtudes e valores característicos dos liberalismos da autonomia e da individualidade”<sup>187</sup>. Propõe ele, em verdade, que a justiça como equidade honre “as reivindicações daqueles que desejam se retirar do mundo moderno de acordo com as injunções de sua religião, com a única condição de que eles reconheçam os princípios da concepção política de justiça”<sup>188</sup>.

Em Rawls, tem-se a noção de sociedade bem-ordenada, a qual, segundo ele, regula-se por uma “concepção pública de justiça” e define a “ideia organizadora central

---

<sup>185</sup> RAWLS, John. *A justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 217-218

<sup>186</sup> Idem.

<sup>187</sup> RAWLS, John. *Op. cit.* p. 222

<sup>188</sup> RAWLS, John. *Op. cit.* p. 222.

da sociedade como um sistema equitativo de cooperação”<sup>189</sup>. A sociedade bem-ordenada reger-se-ia, assim, por três aspectos: o primeiro diz respeito à aceitação, por todos os membros da comunidade, dos mesmos princípios de justiça política; o segundo, à aceitação daqueles mesmos princípios de justiça (também chamados por ele de “concepção pública de justiça”) por parte das instituições políticas e sociais — chamadas por ele de “estrutura básica da sociedade” —; e, por fim, o terceiro liga-se ao fato de que os cidadãos têm, na sociedade bem-ordenada, “um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente reconhecidos”<sup>190</sup>

É justamente nessa concepção de sociedade bem-ordenada que se baseia Jeremy Waldron para erigir sua argumentação acerca do discurso de ódio, e, num segundo momento, acerca do discurso de ódio religioso. A investigação de Waldron situa-se na compatibilidade dos discursos de ódio com a ideia de sociedade bem-ordenada; assim, para ele, importa saber, inicialmente, com que a sociedade bem-ordenada se parece, do ponto de vista prático<sup>191</sup>. Na sua compreensão isso importa porque a aparência da sociedade “é uma das formas primárias de transmitir garantia aos membros dela acerca de como serão provavelmente tratados”<sup>192</sup>. Partindo dessa elucubração, centra-se ele na possibilidade de a sociedade bem-ordenada admitir ou não o discurso de ódio. Nesse sentido, assevera:

*“[...] I am interested in whether hate speech restrictions amount in effect to an embrace of Rawls's idea of a well-ordered society, particularly in regard to one element of conception. The element that interests me is this: Rawls stipulates that in a well-ordered society "everyone accepts, and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice" (PL, 35). Now, this is an attractive idea, quite apart from its role in Rawls's argument. We like the idea of a society bearing its values on its sleeve, making clear to all comers the fundamental principles of liberty, equality, and dignity that it embraces. That's what I want to concentrate me on: the assurance of a general commitment to the fundamentals of justice and dignity that a well-ordered society is supposed to furnish to its citizens as part of "the public culture of a democratic society”<sup>193</sup>.*

---

<sup>189</sup> Idem. p. 11.

<sup>190</sup> Idem. p. 12

<sup>191</sup> A pergunta de Waldron, nessa investigação, é: “*What does a well-ordered society look like?*” (WALDRON, 2012, p. 65)

<sup>192</sup> WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2012, p. 82. Tradução minha.

<sup>193</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 69.

Dessa forma, em resposta à indagação acerca da possibilidade de o discurso de ódio ser tolerado na sociedade bem-ordenada, sustenta Waldron que uma sociedade não pode ser bem-ordenada se os cidadãos defendem o ódio racial ou religioso. Para ele, a ideia de uma sociedade bem-ordenada concatena-se com a ideia de uma sociedade que aceita ser governada de forma efetiva pelas concepções de justiça<sup>194</sup>, o que se incompatibiliza de plano com a disseminação do ódio.

Baseando-se naquela incompatibilidade, Waldron, ao atestar que não vivemos em sociedades bem-ordenadas, propõe um tipo de intervenção legislativa. Sem embargo, não deixa de especular ele que naquelas comunidades ideais a lei não seria necessária, posto que os próprios cidadãos, por sua consciência, não vislumbrariam motivação para expressar-se sob a forma de discurso de ódio. Assim, a lição que deve ficar às sociedades não-ideais é a de que o *hate speech* deveria ser extirpado não por um empreendimento coercitivo, de limitação à livre expressão, mas sim em razão de uma mudança que passa pela educação pública e por uma “resposta efetiva ao discurso de ódio no mercado das ideias”<sup>195</sup>.

Para sustentar sua proposta, Waldron perfilha que a regulação do *hate speech* está associada a dois argumentos principais: a legitimidade democrática e a proteção à dignidade — no sentido do direito básico do indivíduo de ser considerado membro de boa reputação da sociedade; e o pertencimento a um grupo minoritário não deve desqualificar esse indivíduo da interação social ordinária<sup>196</sup>.

No que toca à preservação da dignidade, Waldron faz uma importante distinção entre proteção da dignidade e a proteção à ofensa. Na visão do Professor neozelandês, a ofensa não se encontra no escopo de proteção das leis reguladoras de discurso de ódio, uma vez que o propósito delas não é protegê-la. Inerentemente, aduz, a ofensa é uma “reação subjetiva”, que se traduz sob a forma de sentimentos à pessoa atingida, como

---

<sup>194</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 77-78

<sup>195</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 78. Tradução minha.

<sup>196</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 105.

dor, raiva, vergonha e ressentimento, e, nessa toada, a proteção legal seria em verdade uma pretensa proteção de efeitos sobre os sentimentos humanos<sup>197</sup>.

Opostamente, a proteção à dignidade não diz respeito a sentimentos; está, a bem dizer, relacionada a aspectos objetivos, que em boa medida se perfazem na reputação e no *status* que qualquer indivíduo ostenta no meio social (e que estão, por óbvio, associados estritamente a sua condição humana, e não a fatores exógenos irrelevantes, como os econômicos). Nesse sentido, de acordo com Waldron, a dignidade enquanto apoio social é o que fornece às pessoas uma base de tratamento decente e respeito<sup>198</sup>. Preocupa-se ele, ademais, em dirimir uma eventual vagueza a que o conceito poderia estar sujeito, posto que variável em relação a quem o utilize do ponto de vista teórico. Sob sua concepção, a dignidade é tida, pois, como um termo de *status*, o *status* como um bem público a que faz jus o indivíduo nas inúmeras interações de sua vida social<sup>199</sup>.

Dessa forma, em sua visão, discursos de ódio que atentem contra a dignidade de grupos devem sofrer restrições legais, uma vez que nesses casos não são reações subjetivas que estão em jogo, mas sim, como se aludiu, o *status* que ostenta determinados indivíduos no meio social, e que acaba por se tornar afetado ou reduzido em virtude daquelas manifestações.

No que toca ao discurso de ódio religioso, Waldron ressalta que a distinção entre indignidade e ofensa também se mostra importante, mas não basta para o fim da limitação das regulações legais nessas hipóteses. Dessa forma, erige uma nova distinção atinente ao fenômeno religioso buscando separar o “ataque por se professar determinada religião” do “ataque a determinada doutrina religiosa”. Ciente da relevância da religião ao indivíduo crente, o teórico sustenta que discursos de ódio motivados pelo fato de se professar determinada crença atingem a dignidade daqueles que nela creem, e, portanto, devem se submeter às conformações legais. Os discursos que atingem as doutrinas religiosas em si, contrariamente, não têm potencial lesivo para acertar a dignidade humana, conquanto possam ser capazes de causar ofensa – e os sentimentos porventura dela decorrente: dor, humilhação, ressentimento, etc.

---

<sup>197</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 106-107.

<sup>198</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 107-108.

<sup>199</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 141-142.

Nesse ínterim, Waldron lembra que a finalidade das “leis de discurso de ódio”<sup>200</sup> ao redor do mundo centra-se na proteção do indivíduo, ou dos indivíduos, que compõe certo grupo, e não do grupo em si, como “ente” — embora pessoalmente não ache inapropriado se falar em dignidade do grupo. No caso das confissões, não estão no espectro protetivo legal, em relação ao *hate speech*, a dogmática e as entidades sobre as quais elas estão fundadas<sup>201</sup>, como estariam nas leis contra a blasfêmia, por exemplo. Entretanto, objeta ele que a tese de que existiria uma associação tão íntima e estreita entre indivíduo e sua crença (o que ele chama de “identidade”) vem a tornar, ou poderia vir a tornar, mais dificultosa a distinção entre o ataque à confissão e o ataque ao indivíduo<sup>202</sup>. Waldron, então, fugindo daquela difícil celeuma, nega que exista esse tipo de identidade e perfilha, talvez por conveniência para sustentar sua tese, que ela seria apenas “uma irresponsável tentativa” de parte dos indivíduos, grupos e comunidades de reivindicar mais proteção do que têm direito.

O ruidoso caso das ilustrações do jornal dinamarquês *Jyllands-Posten* ajuda na leitura feita por Waldron acerca do discurso de ódio religioso. Em 30 de setembro de 2005, o referido periódico publicou uma charge representando<sup>203</sup> – ou menos assim foram interpretadas – o profeta Maomé com um turbante em forma de bomba, sendo essa uma das doze ilustrações veiculadas por aquele jornal. A publicação das imagens gerou uma avassaladora onda de protestos na Dinamarca e em vários países do mundo, instaurando uma crise como não se via naquele país desde a segunda guerra mundial. Milhares de muçulmanos foram às ruas em protestos contra as figuras. Embaixadas dinamarquesas foram atacadas e bandeira, queimadas, além de inúmeros pedidos de medidas legais contra a “difamação” do fundador do Islã. Waldron, contudo, entende,

---

<sup>200</sup> “Hate speech laws”

<sup>201</sup> Waldron, então, assim ilustra: “Defaming the group that compromises all Christians, as opposed to defaming Christians as members of that group, means defaming the creeds, Christ, and the saints. Defaming the group that comprises all Muslims may mean defaming the Koran and the prophet Muhammad. I actually don’t think this is an inappropriate use of the term “defamation”, just as I do not think it is inappropriate to talk of the dignity of groups”. (WALDRON, 2012, p. 122-123)

<sup>202</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 131.

<sup>203</sup> Em entrevista ao *El País*, em 2010, o cartunista Kurt Westergaard, autor da ilustração, afirmou: “Fiz a charge sem pensar nem remotamente que uma loucura como esta poderia se desencadear. Limitei-me a utilizar a velha bomba anarquista, como metáfora do terrorismo, e logo fiz esse rosto, que nem sequer era de Maomé, ainda que tenha sido interpretado assim. Depois acrescentei a inscrição em árabe, ‘não há Deus além de Alá e Maomé seu profeta’”. Disponível em: <https://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/02/28/caricaturista-dinamarques-autor-de-charge-sobre-maome-conta-como-mudou-sua-vida.jhtm>. Acesso em 11 nov 2017.

aplicando os critérios erigidos em sua teoria, que, por si só, as ilustrações podem ser consideradas apenas como uma crítica ao Islã, contribuindo, e.g., para o debate acerca da conexão entre os ensinamentos do Profeta e o *jihadismo* moderno, mas não como uma injúria aos muçulmanos. Essa hipótese, segundo ele, poderia ser verificada, por exemplo, se as charges sugerissem que os muçulmanos apoiavam a violência política e religiosa, o que não era o caso<sup>204</sup>.

Waldron reage ao argumento de que a associação da figura do Profeta Maomé com o terror tende a reduzir o *status* social da identidade muçulmana à medida que aplica um estigma negativo de acordo com o qual o terror é parte integrante do Islamismo. Para ele, em casos limítrofes, onde há uma linha tênue desenhada, a lei deve permanecer do lado liberal – que nesse caso é o de não proibir a veiculação das charges, que ataca a doutrina e as entidades associadas a ela<sup>205</sup>.

A liberdade religiosa, para Waldron, é também a liberdade de ofender, e reclama, do mesmo modo, para o resguardo desse direito, que aqueles que ofendem devem continuar a ser considerados cidadãos e a ter seu *status* preservado, inclusive por leis que proibam a mobilização de forças para excluí-los<sup>206</sup>. Contudo, o desbordamento dessa conduta a ataques à dignidade de fiéis de uma certa confissão incompatibiliza-se com a proteção ao discursos naquela outra situação e deve ser reprimido.

Na doutrina brasileira, Daniel Sarmiento – que, recorde-se, propõe também a regulação do *hate speech* – sugere, ao elencar, em seu estudo acerca do tema, os parâmetros materiais que reputa convenientes ao tratamento daquelas manifestações, que “quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses”<sup>207</sup> e <sup>208</sup>. Desse modo, entende não ser possível que se restrinja, *prima facie*, a divulgação de crenças religiosas em virtude do fato de “envolverem intolerância em relação aos adeptos de outras crenças ou aos

---

<sup>204</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 126

<sup>205</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 126

<sup>206</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 130.

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 261.

<sup>208</sup> Apesar da ambiguidade causada pelo emprego descuidado da expressão “ela”, infere-se a referência à liberdade de expressão.

membros de determinados grupos”<sup>209</sup>. Isso se justificaria, em sua visão, em decorrência de ser “absolutamente ilegítimo que o Estado se converta em árbitro da legitimidade dos dogmas de fé”. Dessa forma, em outras palavras, quando o discurso de ódio se basear na convicção de uma certa confissão, ou for parte dela, não seria legítimo ao ente público impor a restrição à difusão desse dogma em detrimento dos destinatários do discurso que a partir dele se consubstancia.

Ronald Dworkin também se volta para essa discussão, identificando nela uma importante questão contemporânea. Conhecido opositor das ideias de Waldron, constrói ele sua argumentação em favor da liberação do discurso de ódio partindo da ideia de uma liberdade ampla de expressão, concebida como um direito humano universal<sup>210</sup> intrinsecamente amalgamado ao princípio democrático. Para Dworkin, a liberdade de expressão é condição para a legitimidade política, e, por conseguinte, decorre dela um direito dos cidadãos de tentarem influir nas deliberações democráticas.

Na leitura do teórico, a condição de “direito básico”<sup>211</sup> de que é dotada aquela liberdade fundamental não se associa, como enunciou Stuart Mill, à missão de fazer revelar a verdade ou a qualquer outra consequência. Para Dworkin, esses “argumentos instrumentais”<sup>212</sup> não são suficientes para fundamentar a liberdade de expressão sob aquela qualidade; de sua perspectiva, a centralidade daquele direito está no fato de seu fundamento corresponder, em verdade, à dignidade humana. Dessa forma, ilustra, é ilegítimo que o Estado aplique uma medida em “pessoas dissidentes”<sup>213</sup>, a menos que essa decisão tenha sido tomada de forma a respeitar o *status* de cada indivíduo como “membro livre e igual da comunidade”<sup>214</sup>, e, portanto, investido no direito de participar das deliberações. A transgressão ao direito de livre pensamento viola, por conseguinte, a dignidade humana. Assim, em sua ótica:

“A democracia justa [*fair*] exige o que podemos chamar de pano de fundo [*background*] democrático: ela requer, por exemplo, que cada adulto competente tenha um voto na decisão sobre qual é a vontade da maioria. E

---

<sup>209</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 261.

<sup>210</sup> DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. VI.

<sup>211</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. VII. “*basic right*”.

<sup>212</sup> Idem

<sup>213</sup> Idem.

<sup>214</sup> Idem.

ela requer, ademais, que cada cidadão tenha não só um voto, mas uma voz: uma decisão da maioria não é justa [fair] a não ser que todos tenham tido uma oportunidade justa [fair] de expressar as suas atitudes ou opiniões ou medos ou gostos ou pressuposições ou preconceitos ou ideias, não somente na esperança de influenciar os outros, embora esta esperança seja de importância crucial, mas também para confirmar a posição da pessoa como um agente responsável na, em vez de uma vítima passiva da, ação coletiva. A maioria não tem direito de impor a sua opinião a uma pessoa que é proibida de levantar a voz em protesto ou argumento ou objeção antes de a decisão ser tomada”<sup>215</sup>

Na visão de Dworkin, não apenas os argumentos políticos repercutem nas deliberações públicas; também é igualmente importante o “ambiente moral e cultural – a mistura de opiniões, preconceitos, gostos e atitudes”<sup>216</sup>. A supressão do discurso de ódio, então, entende, mostra-se incompatível com esse ideário e transgride o preceito democrático e o preceito igualitário. O ingresso do discurso discriminatório no “ambiente moral” não quer significar, contudo, que se deve tolerar a discriminação e nada fazer diante dela. De acordo com ele, “devemos proteger as mulheres, os homossexuais e os membros dos grupos minoritários das consequências específicas e danosas do sexismo, da intolerância e do racismo”<sup>217</sup>, mas, adverte, essa proteção não deve se dar pela via da “proibição de qualquer expressão das atitudes ou de preconceitos que acreditamos que nutrem esta injustiça [*unfairness*] ou desigualdade”<sup>218</sup>.

Traçadas as premissas gerais de seu pensamento, há que se examinar as considerações que faz o pensador acerca do discurso de ódio religioso. Isso porque o argumento usual é o de se reclamar um tratamento diferenciado exatamente em razão do papel desempenhado pelas confissões na existência do ser humano crente. Dworkin assevera, no entanto, que fazer uma exceção apenas às religiões e aos “insultos religiosos”<sup>219</sup> colocaria em risco a própria proteção do livre exercício da religião de outras formas. As religiões, segundo ele, devem observância, como qualquer outra instituição, aos princípios democráticos — e não o contrário. Não está facultado às

---

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. A New Map of Censorship. *Index on Censorship* 35: 130, 2006 *apud* ROSA, Leonardo Gomes Pentead. *O Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. 2014. 274 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 203. Tradução do autor.

<sup>216</sup> Idem

<sup>217</sup> Ibidem. p. 206.

<sup>218</sup> Ibidem. p. 206.

<sup>219</sup> Idem. p. 206

religiões julgar o limite da liberdade que é conveniente a uma democracia. Nesse sentido, aduz que:

*“Echoing arguments in favour of laws prohibiting racist and homophobic speech, it is often said that religion is special, because people’s religious convictions are so central to their personalities that they should not be asked to tolerate ridicule of their beliefs, and might feel a religious duty to strike back at what they take to be a sacrilege. But just as we should not make an exception for insults based on race or sexual orientation if we expect bigots to accept the verdict of the majority once the majority has spoken in enacting legislation prohibiting racial and sexual orientation discrimination in employment, for instance, we cannot make an exception for religious insult if we want use law to protect the free exercise of religion in other ways.”<sup>220</sup>*

Dworkin, assim como Waldron, também examina o caso das ilustrações publicadas pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Posten*. Na sua leitura, os muçulmanos detêm um direito de não-discriminação, mormente no que diz respeito à errônea associação entre Islamismo e terrorismo. Entretanto, não se alberga nesse direito a possibilidade de limitação dos discursos que possam vir a defender que efetivamente existe aquela associação ou mesmo o não reconhecimento do direito de certas revista de publicar esse tipo de manifestação<sup>221</sup>. Assim:

*“Se queremos proibir a polícia de investigar [profiling] pessoas que se parecem ou que se vestem como muçulmanos para revistas especiais, por exemplo, não podemos também proibir as pessoas de se oporem a esta polícia ao afirmarem, em cartoons ou em outros lugares, que o Islã é comprometido com o terrorismo, independentemente de quão equivocado pensemos que esta opinião é.”<sup>222</sup>*

Dworkin propõe, nesse sentido, uma defesa quase irrestrita dos intolerantes, a qual se baseia em duas premissas. A primeira delas é construída sobre o fato de que, para ele, os emissores de *hate speech* já aceitaram as regras democráticas. A segunda diz respeito ao fato de que os indivíduos prolores desse tipo de manifestação são

---

<sup>220</sup> DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *The New York Review of Book*, New York, 23 de março de 2006, v. 53, n° 5. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>> Acesso em 09 nov. 2017.

<sup>221</sup> ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. *O Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. 2014. 274 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 208.

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. *The New York Review of Book*, New York, 23 de março de 2006, v. 53, n° 5. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>> Acesso em 09 nov. 2017. Tradução compatibilizada com a oferecida por Leonardo Gomes Penteadó Rosa (ROSA, 2014).

minoritários e não virão a se tornar maioria. Essas premissas tentam – e, de fato, parecem ter ficado apenas no campo da tentativa pouco exitosa – oferecer uma resposta ao argumento de que o discurso de ódio traria nefastas consequências à democracia. Dworkin, então, minimizando essas questões, intenta mostrar que, mesmo com essas manifestações, o princípio democrático mantém-se hígido, isso se não fortalecido<sup>223</sup>.

### **3.3 O discurso de ódio religioso na realidade brasileira: análise de casos**

De acordo com a Secretaria Especial de Direitos Humanos<sup>224</sup>, o Brasil registrou, entre 2011 e 2015, um total de 697 denúncias de intolerância religiosa<sup>225</sup>. O mesmo relatório aponta para um número crescente desses casos. Enquanto em 2014 foram registrados 149 casos, em 2015 esse número foi de 223<sup>226</sup>. O discurso de ódio é uma das formas de manifestação da intolerância.

Com o sustentáculo teórico consubstanciado nas discussões acerca da viabilidade ou não do discurso de ódio na esfera pública, buscar-se-á perscrutar como o poder judiciário brasileiro vem tratando as questões atinentes ao discurso de ódio religioso, contrapondo-se e examinando como essas questões seriam tratadas, agora do ponto de vista empírico, pelos teóricos que oferecem respostas divergentes.

#### **3.3.1 O Caso Datena: o discurso de ódio religioso em rede nacional**

Na edição do dia 27 de julho de 2010 do programa *Brasil Urgente*, produzido e transmitido em cadeia nacional pela TV Bandeirantes, o apresentador José Luiz Datena e o repórter Márcio Campos, por cerca de cinquenta minutos, estiveram a proferir manifestações de ódio contra ateus. Na oportunidade, o apresentador noticiava o fuzilamento de uma criança de dois anos de idade e indignava-se com o fato de que o

---

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b. *apud* FORANI, Cristina. Democracia e Discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@*, Florianópolis, v.14, n.2, p.174 -197, dez. 2015.

<sup>224</sup> Em relatório com dados da Comissão de Combate à Intolerância Religiosa (CCIR), do Centro de Articulação de Populações Marginalizadas (CEAP) e do Laboratório de História das Experiências Religiosas (LHER) do Instituto de História da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

<sup>225</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatorio-alerta-para-aumento-dos-casos-de-intolerancia-religiosa-no-brasil/>>. Acesso em 11 nov. 2017.

<sup>226</sup> Idem.

suposto autor do crime, após tê-lo supostamente praticado, teria ido dormir. Datena e o repórter, que se declararam católicos, associaram a barbárie à “ausência de Deus” e aos ateus, entendendo ser essa a única explicação para o crime. O discurso de ódio vociferado pelos jornalistas tinha o seguinte teor, em transcrição parcial:

(Datena) “... quem não acredita em Deus não precisa me assistir não gente, quem é ateu não precisa me assistir não. Mas, se eu fizer uma pesquisa aqui, se você acredita em Deus ou não, é capaz de aparecer gente que não acredita em Deus. Porque não é possível, cada caso que eu vejo aqui, é gente que não tem limite, é gente que já esqueceu que Deus existe, que Deus fez o mundo e coordena o mundo, é gente que acredita no inferno...”

(Datena) “Esse é o garoto que foi fuzilado. Então, Márcio Campos (repórter), é inadmissível, você também que é muito católico, não é possível, isso é ausência de Deus, porque nada justifica um crime como esse, não, Márcio?”

(Márcio) “É, a ausência de Deus causa o quê, Datena? O individualismo, o egoísmo, a ganância... claro! (Datena diz), tudo isso.”

(Datena) “Só pode ser coisa de gente que não tem Deus no coração, de gente que é aliada do capeta, só pode ser.”

(Datena) “Esses crimes só podem ter uma explicação: ausência de Deus no coração.”<sup>227</sup>

Nesse ponto, o apresentador pede para que seja realizada uma enquete com a pergunta: “Você acredita em Deus?”, solicitando que seus espectadores telefonem para respondê-la. Diante da amostragem de pessoas que telefonaram escolhendo a opção “não”, mostrada no vídeo, Datena reage:

(Datena) “Eu fiz a pergunta: você acredita em Deus? E tem 325 pessoas que não acreditam. Vocês que não acreditam, se quiserem assistir outro canal, não tem problema nenhum, não faço questão nenhuma que ateu assista meu programa, nenhuma... não precisa nem votar, de ateu não preciso no meu programa.”

(Datena) “...porque o sujeito que é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites, é por isso que a gente vê esses crimes aí.”

(Datena) “Agora, vocês que estão ao lado de Deus, como eu, podiam dar uma lavada nesses caras que não acreditam em Deus, ... para provar que o bem ainda é maioria...porque não é possível, que não acredita em Deus não tem limite. ‘Ah, Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias’. Até tem, até tem, mas, eu costumo dizer que quem não acredita em Deus, não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus.”

(Datena) “...deixa direto essa pesquisa aí, que eu quero ver como as pessoas que são crentes, que são tementes a Deus, são muito maiores do que não temem a Deus. Mas quero mostrar também que tem gente que não acredita

---

<sup>227</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. *Estudo de caso: Datena x ateus*. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público em defesa do Estado Laico*. Brasília: CNMP, 2014.

em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo mais, entendeu? São os caras do mau. Se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é ..., o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não respeita limite nenhum.

(Datena) “Esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus.”

(Datena) “... é provável que entre esses ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenham bandidos votando até de dentro da cadeia.”

(Datena) “... mesmo com tanta notícia de violência, com tanta notícia ruim, o brasileiro prova de uma forma definitiva, clara, que tem Deus no coração. Quem não tem, é quem comete esse tipo de crime, quem mata e enterra pessoas vivas, quem mata criancinha, quem estupra e violenta, quem bate em nossas mulheres.”

(Datena) “muitos bandidos devem estar votando do outro lado.” (referindo-se aos votos dos ateus na pesquisa)

(Datena) “... porque eu vejo tanta barbaridade há tanto tempo, que eu acredito que a maior parte do produto dessa barbaridade, seja realmente a ausência de Deus no coração... mas tem gente que me ligou e disse assim: Datena, eu não acredito em Deus, nunca matei, nunca roubei, nunca fiz mal para ninguém. Tudo bem, eu até respeito essa posição, mas a maioria de quem mata, de quem estupra, de quem violenta, de quem comete crimes bárbaros, já esqueceu de Deus há muito tempo....”

(Datena) “e isso que eu estou dizendo para o cara que não acredita em Deus que nunca matou, nunca roubou, nunca fez mal a ninguém, porque a maioria que faz isso que eu falei, realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando.”

(Datena) “a fronteira está indo cada vez mais distante. As pessoas não respeitam mais nada, os marginais, os bandidos, aqueles que não temem a Deus, estão cada vez mais ultrapassando essas fronteiras.”<sup>228</sup>

Ante o teor das manifestações, a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão solicitou esclarecimentos à TV Bandeirantes acerca do que fora veiculado, ao que a emissora respondeu “informando que as imagens veiculadas no programa, por si só, demonstram que a emissora ou o apresentador José Luiz Datena não adotaram atitudes preconceituosas em relação às pessoas ateias”<sup>229</sup>. O Ministério Público Federal, então, ajuizou Ação Civil Pública em face da TV Bandeirantes e da União Federal, pleiteando, em relação à primeira ré o cumprimento de obrigação consubstanciada na exibição, durante o programa *Brasil Urgente*, de uma retratação acerca das declarações, bem

---

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. 5ª Vara Federal Cível de São Paulo. Processo nº 0023966-54.2010.403.6100.

como um quadro de esclarecimentos à população acerca do ateísmo e da diversidade religiosa; em relação à segunda ré, pleiteou a condenação à obrigação de fiscalizar adequadamente aquela atração televisiva.

A ação foi julgada em 24 de janeiro de 2013 pelo juiz Paulo Cezar Neves Junior, da 5ª Vara Federal de São Paulo, o qual deu parcial provimento ao pleito formulado pelo órgão ministerial, assentando a seguinte estipulação no dispositivo da sentença:

1) CONDENO a TV Bandeirantes à obrigação de fazer consistente na exibição, durante o programa Brasil Urgente, de quadros com conteúdo a ser fornecido pela parte autora veiculando esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração idêntica ao do tempo utilizado para exibição das informações equivocadas ora reconhecidas no dia 27 de julho último, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

2) CONDENO à UNIÃO, por meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição.

A discussão levada efeito pela Ação Civil Pública, então, como consignado pelo magistrado, cingia-se à constatação da ocorrência de violação ao direito de crença e convicção, “bem como seus desdobramentos, inculpidos nos incisos VI e VIII do art. 5º, da CF”<sup>230</sup>. Importante de se notar que o pedido formulado em face da União Federal denota um pleito de controle acerca do conteúdo a ser apresentado pelo programa, notadamente em relação aos discursos de ódio.

A fundamentação manejada pelo magistrado reconhece, assim, num primeiro momento, o conflito entre direitos públicos de magnitude constitucional, notadamente a liberdade de manifestação do pensamento e, de outro lado, a liberdade de crença e consciência<sup>231</sup>. Para o deslinde da controvérsia, o julgador de piso recorreu ao princípio da proporcionalidade para verificar, com espeque nas emanações desse, a adequação da medida restritiva, bem como sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para esse exame, e a considerar a relevância constitucional da liberdade de expressão,

---

<sup>230</sup> BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. 5ª Vara Federal Cível de São Paulo. Processo nº 0023966-54.2010.403.6100

<sup>231</sup> Ademais, o magistrado também analisa ação sob a égide das questões atinentes “(d) à *permissão constitucional de delegação, pela União, da exploração dos serviços públicos vinculados ao campo das telecomunicações mediante autorização, concessão ou permissão* (art. 21, inciso XI); (e) *liberdade da manifestação do pensamento sob o ponto de vista da comunicação social*”, as quais não serão aqui analisadas, por não se encontrarem exatamente dentro do espectro das questões sob exame.

não deixa de esclarecer que ela “deve ser interpretada de forma ampla a garantir a criação, expressão e difusão do pensamento e da informação sem interferências”, mas, nesse ponto, ressalva que “não há liberdade pública absoluta, que se sobreponha às demais.”. Desse raciocínio, com o devido manejo daquela técnica e respaldando-se em entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de programação, conclui que:

“Com efeito, promovendo a devida avaliação dos termos, expressões e de todo o contexto extraído do discurso do apresentador Sr. José Luiz Datena, e tendo em vista a relação de preposição havida entre este e a emissora Ré, tenho como caracterizado o excesso de conduta por parte desta no exercício de seu direito à liberdade de comunicação, em detrimento, notadamente, da liberdade de crença de seus ofendidos (cidadãos ateus) e com prejuízo sensível aos demais direitos fundamentais afetos à proteção à honra destes sujeitos.”<sup>232</sup>

Não obstante, entendeu também por violado o princípio da igualdade, porquanto não vislumbrou o magistrado — com toda a razão, obviamente — nenhuma “razão objetiva” para que se pudesse ter por aplicado qualquer “*discrímen* razoável” aos adeptos do ateísmo. A situação se agrava, inclusive, se se analisa sob o prisma do tipo de serviço prestado pela emissora de TV, o qual se mantém por uma concessão do poder público. Nesse sentido, então, na inteligência daquele juízo, a emissora, por meio de seus prepostos, “desprestigiou uma minoria do acesso a um serviço de natureza pública, que deve ser prestado a todos, de modo equânime e aprioristicamente indistinto”. Conclusão essa que se impôs em decorrência do seguinte raciocínio:

[...] aquela Ré [TV Bandeirantes] agiu no trilho de uma discriminação específica e direcionada quando o apresentar José Luiz Datena afirmou expressamente que “*quem não acredita em Deus não precisa*” lhe assistir. Ratificou este posicionamento socialmente excludente no momento em que disse não fazer “*questão nenhuma (...) nenhuma*” que “*ateu*” assista seu programa (“*de ateu não preciso no meu programa*”). Construiu-se aí um *discrímen infundado* em detrimento da liberdade de crença de certos sujeitos. [...] Não há quaisquer dados científicos ou estudos que demonstrem que os ateus estejam consideravelmente atrelados à prática de crimes e demais barbáries vistas em nossa sociedade, como a colocada como referência no programa que foi ao ar no dia 27.07.2010 (fuzilamento de criança).”<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. 5ª Vara Federal Cível de São Paulo. Processo nº 0023966-54.2010.403.6100.

<sup>233</sup> BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. 5ª Vara Federal Cível de São Paulo. Processo nº 0023966-54.2010.403.6100. Grifos originais.

O discurso de ódio, nesse caso, encontra-se imbuído sob o viés religioso visto que, além do fato de seus emissores se posicionarem expressamente como pessoas adeptas de uma crença em específico, também se revestiu essa manifestação de conteúdo religioso, perpetrando a intolerância em face daqueles que ostentam crença diversa, tomando como parâmetro aqueles que professam de outra, substancialmente colidente do ponto de vista dogmático; no caso, o fato de o ateísmo não ser considerado uma religião<sup>234</sup> — e ser, em verdade, a negação da substância metafísica que anima as religiões, ou, ao menos, a ausência de crença nela<sup>235</sup> —, em nada descaracteriza esse tipo de discurso, porquanto o fato ensejador da discriminação nesse caso é a religião ou a forma como ela é encarada e interpretada pelos emissores do discurso de ódio.

A decisão do juízo da 5ª Vara Federal de São Paulo mostra-se, do ponto de vista dogmático, em alguma medida compatível com o que defende Jeremy Waldron nessas hipóteses. *In casu*, o que se nota é que o apresentador José Luiz Datena não se insurge contra os fundamentos ou premissas filosóficas do ateísmo; reage e agride ele com seu discurso aqueles que tomam o ateísmo como sua crença, e, portanto, é a dignidade humana como bem público dessas pessoas que é afrontada. Essa constatação se impõe quando se toma como exemplo — dentre tantos outros — as seguintes passagens, destacadas da transcrição exposta: “*Mas quero mostrar também que tem gente que não acredita em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo mais, entendeu? São os caras do mau*”; e ainda, aludindo especificamente ao crime que relatava: “*Esse é um exemplo típico de quem não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade*”.

De acordo com a tese de Waldron, esse tipo de discurso, por desbordar do cunho de uma mera ofensa, deve ter sua emissão restringida. A obrigação a que foi condenada a União Federal, *mutatis mutandis*, pode ser considerada como uma forma de regulação desse tipo de manifestação, o que propõe o estudioso. Como se aludiu alhures, tem-se, *in casu*, segundo Waldron, a prevalência do bem público dignidade humana ante a liberdade de expressão.

---

<sup>234</sup> Ao menos sob o viés do conceito tipológico de religião.

<sup>235</sup> O ateísmo compreende várias vertentes. Para os fins aqui propostos, não cabe explorá-las minudentemente, mas apenas partir de sua premissa mais geral.

Entretanto, há também em alguma medida um ponto dissonante de sua tese. Isso porque o *Parquet* federal não pleiteou qualquer tipo de intervenção estatal, de forma repressiva, relativamente à exclusão do conteúdo gerado naquela oportunidade em conta de futuros acessos a que estão sujeitos. De acordo com a tese de Waldron, os discursos de ódio ali proferidos deveriam submeter-se a um tipo de regulação estatal ou legal – o que poderia se dar *a posteriori*. *In casu*, todavia, contrastando com suas proposições, a possibilidade de livre expressão esteve garantida tanto *a priori*, quando da efetiva manifestação das opiniões, quanto *a posteriori*, posto que ainda é possível ter acesso por vídeos ao que fora veiculado na oportunidade.

O pleito do Ministério Público Federal, como se salientou, apresentou natureza reparatória ante a constatação pelo Poder Judiciário de excesso ao exercício do direito de livre manifestação do pensamento. Dessa forma, o *Parquet*, também prestigiando a liberdade de expressão, não pleiteou, por exemplo, a retirada dos vídeos contendo discurso de ódio da rede mundial de computadores, os quais, mesmo após a condenação, ainda podem ser acessados<sup>236</sup>. Esse fato se harmoniza, de certa forma, com a posição daqueles que entendem que esse tipo de manifestação não deve ser extirpada da esfera pública. A natureza pedagógica da reparação — exibição de conteúdos esclarecendo acerca do ateísmo e da diversidade religiosa — não compromete, a princípio, o exercício da liberdade de expressão, mas faz constatar que ela não ostenta caráter absoluto, e quando certas manifestações ultrapassam seu núcleo essencial, violando outros princípios fundamentais, não mais se encontram sob a salvaguarda daquela liberdade fundamental, sujeitando, assim, às imposições do ordenamento.

*Mutatis mutandis*, o entendimento de Dworkin parece sinalizar nesse sentido. De forma análogo ao que consignou ele relativamente à religião islâmica, os ateus ostentam um direito de não-discriminação. Essa pretensão, no entanto, não pode ser levada a efeito a custo de se sacrificar a liberdade de expressão. Para o estudioso, grupos minoritários e tradicionalmente discriminados, como é o caso dos ateus, devem receber um tipo de proteção especial, por via de medidas que assegurem a efetividade do direito à igualdade e a não-discriminação. A obrigação a que foi condenada a emissora, pelo cunho pedagógico que ostenta, parece harmonizar-se com as proposições do pensador,

---

<sup>236</sup> Obviamente, nessa hipótese o polo passivo da lide seria ocupado também por outros réus.

haja vista também, como aludido, o fato de que não estava entre as pretensões ministeriais a retirada do conteúdo de ódio dos veículos onde ainda podem ser acessados.

O que se observa, assim, é que, para Dworkin, um discurso como esse, com a situação agravante inserta na difusão por veículo de massa, não se submeteria a qualquer tipo de intervenção estatal, ainda que de forma repressiva – pois é isso que se extrai do tratamento conferido por ele. Em sua visão, entre as políticas de promoção da tolerância – a exibição de peças pedagógicas em rede nacional certamente é uma delas – não se encontra o cerceamento à liberdade de expressão, direito que deve ser prestigiado em favor da democracia, mesmo nos casos de discriminação, por entender que existem outras formas para combatê-la.

### **3.3.2 O caso Google e os vídeos evangélicos: o discurso de ódio contra as religiões de matriz afro-brasileira**

No que toca ao *hate speech* religioso, as designações de matriz africana são certamente uma das minorias mais atingidas. Foi por esse fato que a Associação Nacional de Mídia Afro apresentou representação ao Ministério Público Federal, por meio da qual informou acerca da veiculação de vídeos, sob o domínio do *site YouTube*, contendo discurso de ódio e intolerância contra religiões afro-brasileiras. Os vídeos, conforme relatou aquele ente, continham manifestações de membros da igreja evangélica “Universal” promovendo a associação entre aquelas religiões à figura “do ‘diabo’ e a tudo de mal que a ele possa estar ligado, muito embora ‘diabo’ ou ‘demônios’ sequer façam parte do universo das religiões de matrizes africanas”<sup>237</sup>.

O Ministério Público Federal, então, após analisar as imagens, e entendendo que elas efetivamente veiculavam conteúdo de ódio, preconceito, intolerância e violência<sup>238</sup>, ajuizou Ação Civil Pública em face de Google Brasil Internet Ltda., que controla o

---

<sup>237</sup> BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ação Civil Pública nº 0004747-33.2014.4.02.5101. In: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público em defesa do Estado Laico*. Brasília: CNMP, 2014.

<sup>238</sup> Idem.

aludido sítio, pleiteando a exclusão definitiva dos vídeos<sup>239</sup> – dezesseis ao total –, determinando-se, ademais, que a ré adote as medidas necessárias para inviabilizar sua possível reintrodução na rede mundial de computadores; pleiteou, ainda, a condenação da ré por danos morais coletivos. A peça do *Parquet* federal veicula, também, pedido de antecipação dos efeitos da tutela alusivo à exclusão do material videográfico.

O juízo da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro indeferiu o pleito de tutela antecipada, entendendo que havia, *in casu*, a concorrência das liberdades de opinião, religiosa e de reunião, e não sua colidência, e, de forma um tanto quanto rudimentar, que as crenças africanas não podem ser consideradas como religião e estariam, portanto, fora do escopo protetivo próprio dessas. Em vista dessa decisão interlocutória, o Ministério Público Federal interpôs Agravo de Instrumento, o qual teve suas razões analisadas pelo Tribunal Federal Regional da 2ª Região.

A 7ª Turma Especializada daquele Egrégio Tribunal, então, reformou a decisão aludida, entendendo por preenchidos os pressupostos para a antecipação dos efeitos da tutela. O acórdão, de relatoria do Desembargador Roy Reis Friede, consignou em sua fundamentação que o conflito estabelecido, *in casu*, entre a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a dignidade humana é apenas aparente. Isso porque, na inteligência daquele órgão julgador, o discurso de ódio não se submete à proteção constitucional conferida à liberdade de expressão. Nesse sentido, a dignidade humana é o valor prevalente ainda que necessário fosse o manejo da ponderação de interesses. Aduz-se, assim, que:

“a ideia contemporânea de Democracia transcende, contudo, os elementos da liberdade e da igualdade para – além de incluí-los sob uma nova roupagem (que implica uma participação ativa do Estado, como garantidor último dos direitos derivados desses) – também incluir a noção basilar do direito à *dignidade* da própria existência do homem, através dos chamados direitos humanos”<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> O conteúdo pormenorizado dos vídeos encontra-se descrito na seção “anexo”.

<sup>240</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Antecipação dos efeitos da tutela. Vídeos potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra as religiões de matrizes africanas. Agravo de instrumento nº 2014.00.00.101043-0. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Roy Reis Friede. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em 14 nov. 2017.

A Turma, baseando-se no precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal e no entendimento importado do direito comparado – ambos explorados alhures –, assumiu o posicionamento de que a liberdade de expressão encontra limite no princípio da dignidade humana, fundamentando que “a proteção constitucional do direito à liberdade de expressão não acoberta comportamentos que atingem intoleravelmente os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”<sup>241</sup>. Esse foi, outrossim, o entendimento encampado *in totum* pelo juízo singular para acolher, na sentença que julgou o mérito, o pedido de exclusão dos vídeos veiculado na Ação Civil Pública.

Da análise da descrição relativamente pormenorizada dos vídeos em questão<sup>242</sup>, elaborada pelo *Parquet* federal na peça inicial do processo, depreende-se um incontestado conteúdo discriminatório, ofensivo, aviltante e depreciativo em relação às religiões minoritárias de matriz africana – que carregam um aporte cultural muito próprio. Concretamente, pois, a questão que se ergue está na possibilidade de a exclusão dos vídeos nos quais aquelas manifestações de ódio são mostradas constituírem violação ao direito à liberdade de expressão e à liberdade religiosa dos indivíduos ligados às designações evangélicas.

Os fundamentos manejados pelo acórdão proferido pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e ratificados pelo juízo prolator da sentença, mostram-se compatíveis com o entendimento germânico acerca do *hate speech*, que confere prevalência à dignidade humana quando as manifestações em tese salvaguardadas pela liberdade de expressão extrapolam o âmbito protetivo dessa para vergastar aquele princípio maior.

O resultado oriundo dessa tese também é o sustentado por Owen Fiss<sup>243</sup>, embora sob o fundamento de que a própria liberdade de expressão é que restaria preservada; *in casu*, a liberdade de expressão protegida a que Fiss faria menção é a das religiões de matriz africana, minoria historicamente prejudicada e discriminada. O que se depreende de sua argumentação é que essas designações estariam sujeitas, em virtude do teor das

---

<sup>241</sup> Idem.

<sup>242</sup> Obviamente, em vista do teor das decisões exaradas, não foi possível obter acesso aos vídeos, posto que foram retirados do ar.

<sup>243</sup> FISS, 2012.

manifestações expressas nos vídeos, a um efeito silenciador que prejudicaria a participação de seus adeptos na esfera pública e que justificaria, para o prestígio do princípio democrático, a restrição feita aos vídeos que veiculam discurso de ódio.

Contudo, aplicando-se os requisitos erigidos por Jeremy Waldron especificamente com relação ao discurso de ódio religioso, a conclusão possivelmente seria outra. Isso porque poderia se entender que os ataques promovidos nos vídeos atingiram “o corpo de crenças”<sup>244</sup> das religiões de matriz africana e não própria ou diretamente a reputação e o *status* dos adeptos dessas religiões. Como se sabe, Waldron sustenta que o ataque, por via do discurso de ódio, à crença em si, seus dogmas e entidades, não tem potencial para atingir o princípio da dignidade – constituiriam ofensa e não indignidade –, e por essa razão não se sujeitaria à censura ou às restrições à liberdade de expressão. Os ataques, assim, alocar-se-iam no campo da ofensa, e, por mais que causem dor e humilhação, não dariam azo à extirpação dos vídeos das redes de computadores.

Essa conclusão também é a sustentada por Dworkin. Na visão do pensador, de forma análoga ao que se expôs, as religiões afro-brasileiras certamente ostentam um direito de não-discriminação. Para o pensador, no entanto, a efetividade desse direito está associada a políticas estatais de promoção da tolerância. Essas políticas não passam, todavia, por restringir a liberdade de expressão, mesmo quando está a se tratar de discurso de ódio. Em sua abordagem, a restrição operada pelo Poder Judiciário, conforme se extrai de sua obra, violaria, ela sim, o princípio da dignidade humana, fundamento primeiro da liberdade de expressão.

Há, ademais, uma peculiaridade oriunda da justaposição, *in casu*, da liberdade de expressão à liberdade religiosa. Isso em decorrência do fato de que, embora flagrantemente discriminatória, a manifestação dos emissores da designação evangélica exposta no vídeo pode consistir em parte do conjunto dogmático ostentado por aquela confissão. O cerceamento do vídeo, sob esse argumento, implicaria, dessa forma, portanto, violação não só à liberdade de expressão como também à liberdade de crença daquela confissão; e o ente público estaria a sindicá-la e a exercer juízo crítico –

---

<sup>244</sup> WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* p. 120.

consequentemente, a afastar-se do seu centro de neutralidade – acerca de convicções mundividenciais dessa ou daquela cosmovisão, exame que não lhe caberia. Ter-se-ia, aqui, a proteção oriunda da liberdade negativa de confissão religiosa, em sua dimensão coletiva.

Fernando Toller reconhece a importância de um controle judicial relativamente à liberdade de expressão em certos casos. Afirma ele, nesse sentido, que embora seja de “uso marginal” e “não deva substituir o sistema de responsabilidades ulteriores”, “em caso de uma comunicação *não protegida constitucionalmente* uma proibição judicial *pode ser ainda mais eficiente* do que uma norma civil ou penal com efeitos *a posteriori*”<sup>245</sup>.

As diferentes conclusões a que se chega tomando-se por base as diferentes argumentações construídas em sede dogmática denotam o quão delicado e complexo é o tratamento dessa questão. Há que se notar que, embora nesse caso a consequência seja mais gravosa à liberdade de expressão – a exclusão de conteúdo, sobre o qual o Poder Judiciário, como pressuposto ao deslinde, teve de efetuar juízo de valor –, o acórdão que apresentou as razões à restrição, encampado como fundamentação pela sentença que decidiu a lide, não careceu de fundamentos para fazê-lo. Pelo contrário, aliás; embora possa encontrar a oposição daqueles que sustentam ponto de vista antagônico, sua fundamentação mostrou-se nimamente afinada com a argumentação daqueles que também perfilham pela restrição, e, portanto, aceitável do ponto de vista argumentativo, o que dá pouca margem a se suscitar arbitrariedade – por desvio argumentativo – em medida tão extrema como a limitação à livre expressão. O que se quer dizer é que a medida extrema de exclusão dos vídeos, os quais perfazem certo tipo de manifestação do pensamento, não se deu de forma leviana e superficial. A condenação foi levada a efeito por fundamentação que encontra sustentação no aporte teórico e jurisprudencial que perfilha pela exclusão do discurso de ódio – por mais que se possa dela discordar.

---

<sup>245</sup> TOLLER, Fernando M. *O Formalismo na Liberdade de Expressão*. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110. Grifos originais.

## CONCLUSÃO

O problema das restrições à liberdade de expressão suscita, via de regra, e compreensivelmente, grandes controvérsias. A liberdade de manifestação do pensamento encarna um dos mais basilares direitos fundamentais, e, por uma análise historiográfica, pode-se verificar que sempre esteve muito suscetível às arbitrariedades daqueles que detêm o poder e que enxergam na restrição a esse direito uma forma de controle social. Decerto que essa é uma das razões a que se proceda com tanta cautela quando se trata de operar algum tipo de limite à expressão do pensamento.

De outra banda, também a liberdade religiosa exerce substancial funcionalidade aos indivíduos crentes e não-crentes, assim como ao ente estatal que os tutela. A experiência da fé, a qual deve ser concebida, antes de tudo, como um fato social – desde muito presente nas comunidades – demanda, assim, um tipo de proteção que faça jus às práticas e elementos próprios de cada confissão, bem como à íntima convicção, de crer ou não, da qual decorrem concepções mundividenciais muito próprias, que repercutem sobremaneira no domínio fático.

O tipo de questionamento emergente da ocorrência do discurso de ódio nas sociedades democráticas faz denotar, de um lado, a forma positiva pela qual a liberdade de expressão se apregou às demandas sociais. Há, assim, um problema quando o poder estatal suprime algum tipo de expressão constitucionalmente protegida. De outra banda, porém, a ordem constitucional prima pelo resguardo de outros valores aptos a tutelar o indivíduo em sua inteireza. No que pertine especificamente ao discurso de ódio religioso, a harmonização da liberdade de expressão e da liberdade religiosa apura o campo de análise do *hate speech*.

Há, inegavelmente, não só no Brasil, como no mundo, um ambiente de intolerância religiosa que não raro descamba para atos de extrema violência pelo simples fato de se professar crença diversa da do ofensor. O discurso de ódio religioso parece estar na raiz de muitos desses atos repreensíveis. De início, embora possa parecer ingênuo, a eficácia de uma cultura de tolerância religiosa certamente colocaria em

xeque a possibilidade de ocorrência do *hate speech*. Mais ou menos na esteira da compreensão rawlsiana de sociedade bem-ordenada, a desnecessidade de se tratar desses problemas encontraria efetividade pela prevalência das concepções de justiça e do exercício da alteridade.

Essa não é a realidade, todavia. O discurso de ódio religioso na experiência social revela-se uma rechaçável forma de expressão. A divisão proposta por Jeremy Waldron entre ataques à crença em si e ataques aos indivíduos crentes por sua crença parece, *primo ictu oculi*, satisfazer um tipo de demanda que se tenha em relação ao estabelecimento de certos critérios, a fim de que se possa balancear a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Todavia, parece mais adequado que o manejo desses critérios se dê *a posteriori*, de forma repressiva, a fim de que possa haver o prestígio da liberdade de expressão quando da emissão do discurso, sem que se descure da dignidade humana, que prevalecerá quando se diagnosticar sua violação relativamente ao indivíduo que opta por crer ou não crer.

Esse tipo de desiderato se mostra mais consentâneo com os valores do Estado constitucional e do autogoverno democrático, porquanto prestigia, de uma só vez, a dignidade humana, o princípio da igualdade e a higidez da esfera pública em relação ao tipo de discurso que ingressa, mas que necessita ser extirpado. Dessa forma, portanto, o que se deve perseguir, nesse sentido, é o fortalecimento do Estado democrático e a proteção das liberdades e garantias do indivíduo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão no Brasil – Parte 1, *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 mai. 2006. Disponível em: <<http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2006/05/liberdade-de-expressao-no-brasil-parte-1-36968.html>>. Acesso em 08 out. 2017.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das letras, 2002,

BERGER, Peter. *El dosel sagrado: para uma teoría sociológica de la religión*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1977.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 04 de outubro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em 06 de outubro de 2017.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.....](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.....)>. Acesso em 07 out. 2017.

BRASIL. Justiça Federal de 1ª Instância. 5ª Vara Federal Cível de São Paulo. Processo nº 0023966- 54.2010.403.6100.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. *Habeas corpus* nº 82.424-2. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ELLWANGER%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h38b7sy>>. Acesso em: 26 out 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Antecipação dos efeitos da tutela. Vídeos potencialmente ofensivos e fomentadores do ódio, da discriminação e da intolerância contra as religiões de matrizes africanas. Agravo de instrumento nº 2014.00.00.101043-0. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Roy Reis Friede. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>>. Acesso em 14 nov. 2017.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e Americano. Tradução Maria Angela Jardim de

Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, Brasília, n° 15, p. 117-136, jan-mar. 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes... [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COLIVER, Sandra (ed.). *Striking a Balance: Hate speech, Freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público em defesa do Estado Laico – volume 1*. Brasília: CNMP, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público em defesa do Estado Laico – volume 2*. Brasília: CNMP, 2014.

COUTINHO, José Pereira. Religião e outros conceitos. *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Vol. XXIV, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. The Right to Ridicule. *The New York Review of Book*, New York, 23 de março de 2006, v. 53, n° 5. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>> Acesso em 09 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FISS, Owen. *Groups and the Equal Protection Clause*. *Philosophy and Public Affairs*, v. 5, p. 107 e ss., 1976. p. 141-142. Disponível em: <law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/Fiss\_groups.pdf>. Acesso em 19 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FORANI, Cristina. Democracia e Discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. *Ethic@*, Florianópolis, v.14, n.2, p.174 -197, dez. 2015.

FORST, Rainer. Os limites da tolerância. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, v. 84, p. 15-29, jul. 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Fé e saber*. Tradução de Fernando Costa. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (eds.). *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

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

NUSSBAUM, Martha. *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012

O'BRIEN, David. M. *Constitucional law and politics*. v. 2. New York: W.W. Norton, 2005

POST, Robert. *Racist speech, Democracy, and the First Amendment*. William and Mary Law Review, 1991.

RAWLS, John. *A justiça como equidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Raisal Duarte da Silva. *O discurso de incitamento ao ódio e a negação do holocausto: restrições à liberdade de expressão?*. Universidade de Coimbra. Trabalho final de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2012. Disponível em: <[www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisalDuarteSilvaRibeiro.pdf](http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/RaisalDuarteSilvaRibeiro.pdf)>.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O Liberalismo Igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. 2014. 274 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista de Direito GV*, São Paulo, jan-jun/2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STARCK, Christian. *Raices historicas de la libertad religiosa moderna*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, n. 47, p. 9-123, Mayo/Agosto de 1996.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V.; KARLAN, Pamela S. *The First Amendment*. New York: Aspen Publishers, 2003.

STRAUSS, David A. Why Be Tolerant? (reviewing Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*). *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 53, p. 1485-1507, 1986. p. 1490. Disponível em: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11328&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11328&context=journal_articles)>. Acesso em 02 nov. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995.

TOLLER, Fernando M. *O Formalismo na Liberdade de Expressão*. Tradução Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2012.

## ANEXO

Descrição dos vídeos objeto da demanda veiculada na peça inicial de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal:

Primeiro vídeo: “Bispo Macedo - Livro caboclos guias Orixás” - [http://www.youtube.com/watch?v=\\_Z2ndCtck-c](http://www.youtube.com/watch?v=_Z2ndCtck-c) O conteúdo difunde a ideia de que todos os males que acometem as pessoas estão relacionados à influência das religiões em que orixás, caboclos e guias se manifestam. Não à toa quem faz a explanação tem em mãos um livro de sua própria autoria cujo título é direto: **“Deuses ou demônios?”**

Segundo vídeo: “Bispo Macedo entrevista o ex-pai de santo que o desafiou”- <http://www.youtube.com/watch?v=e2fOoRIjhu8>. Esse vídeo mostra uma entrevista vinculando o vício em drogas a um suposto o ex-pai de santo. O pastor diz que o suposto ex-adepto é “macho” porque está nesse “desafio”. No programa, o senhor, então chamado de Gilberto, é submetido a uma sessão comandada pelo próprio pastor, que começa a lhe dar ordens e a submetê-lo. A partir daí ele começa a conversar com todas as **entidades a quem denomina de “legião de demônios”**.

Terceiro vídeo: “Cantor Felipe Santana Jesus já revelou pr. Wellington filho do fogo” <http://www.youtube.com/watch?v=6cUITFcd4II>. Na música, intitulada como ritmo pentecostal, ele diz que “fizeram o trabalho para a maldita pomba-gira (aquela maldita)”, que o “negócio é forte”. “Quebra esse alguidar, essa macumba que fizeram pro teu lar”. Aos berros ele afirma que **“a batalha tá travada, meu Deus quer te usar”**. “Desce do salto, você tem que marchar”.

Quarto vídeo: “Demônio é desafiado por pessoas que duvidavam que ele estivesse manifestado” - <http://www.youtube.com/watch?v=4V8rBpbieL8> - Na parte de baixo do vídeo é possível ler “obreiros em foco”. Primeiro entra no palco uma mulher que desconfia e diz que é da “mundial”. Um rapaz surge e pergunta se “é mentira ou verdade **os demônios a quem serve na casa de umbanda, onde frequenta**” Nesse vídeo o pastor “manda” o cobra-coral se manifestar, o que de pronto é atendido. Imediatamente, o suposto adepto da umbanda diz que “nunca mais vai servir a ele, o “cobra-coral”. Em seguida, o pastor, no comando da sessão, começa a realizar o que diz ser uma **queima da legião de demônios** que estariam abrigados no corpo do mencionado cidadão. Ao final, o rapaz, chamado Rafael, diz que não vai mais servir **“àquele demônio”**.

Quinto vídeo: “Entrevista com encosto – demônio na criança sexta-feira forte”- <http://www.youtube.com/watch?v=ugLfekyIdSw>. Neste vídeo, o **pastor relaciona supostos “furtos” cometidos por uma criança a espíritos, a quem ele denomina de demônios**. Esses espíritos seriam Cosme e Damião, Exu-Mirim, Exu-pedrinha etc..

Sexto vídeo: “Ex-macumbeira” - <http://www.youtube.com/watch?v=fHscE1p-AvA>. O depoimento mostra uma “ex-macumbeira” dizendo o que era e o que fazia; que jogava búzios...”mentira do capeta”; segue contando suas peripécias. Afirma que quando ainda era “macumbeira”, disse para uma crente (que mandava Jesus pegá-la) que “ia arrancar seus dois olhos e vou comer”; que quando ela, então “macumbeira”, foi pegar no cabelo “de fogo”, Jesus a jogou na parede; a depoente, a certa altura, diz que falou pro marido que queria matar essa crente, que queria convertê-la, falando “quebra ela Jesus”; enquanto o vídeo vai mostra o título “ex-macumbeira”, a depoente segue

com sua pregação, culminando com o relato do dia em que “deus começou a “quebrar” e, finalmente, ela foi “salva”. Esse foi seu testemunho de conversão.

Sétimo vídeo: “Ex-macumbeiro, hoje liberto pelo poder de deus parte 1” <http://www.youtube.com/watch?v=mgAAX53Di6M>. Denominado “ex-macumbeiro” **atrela todos os seus vícios a entidades de umbanda, vinculando uma imagem demonizada** a tudo o que se relaciona com aquela religião.

Oitavo vídeo: “Ex-pai de santo se converte e aprende a sacrificar para o deus vivo – Amigos da Universal” <http://www.youtube.com/watch?v=VMXDxEyj3Yo>. Na entrevista com uma ex-obreira, o pastor diz que ela, após não fazer sua parte na “fogueira santa de Israel”, porque “não dava tudo de si, era oca por dentro”, “nunca tinha feito o perfeito sacrifício, se poupava, nunca deu tudo o que podia dar, mas que ficava na igreja apenas para manter seu uniforme, sua capa”. Segundo o pastor, **ela “deixou de ser uma filha de deus e foi bater cabeça para o diabo”**. Ela, por sua vez, **vincula o alcoolismo de seu marido, um suposto ex-pai de santo, e também toda a vida desregrada dela ao fato de ter abandonado a igreja e se ligado às coisas das entidades**. Por fim o pastor diz que ela deixou de ser Jacó e passou a ser Israel.

Nono vídeo: “Ex-mae de santo Sara Capeta – Testemunho” <http://www.youtube.com/watch?v=CpG5ZM3aY6A>. “**Sara capeta**” atribui todas as suas **mazelas existenciais aos trinta e dois anos que esteve ligada ao candomblé**, mas que **hoje finalmente está livre**.

Décimo vídeo: “Exu Caveira explica como Lucifer se tornou o Diabo” - <http://www.youtube.com/watch?v=XIMKTbshw10>. Em formato de entrevista, o missionário pergunta: “**Exu-Caveira, porque você caiu na onda de Lúcifer, como ele conseguiu iludir vocês, já que vocês eram anjos de Deus. O que ele prometia?**” O entrevistado então responde que Lúcifer teria prometido que eles seriam deuses. Então ele, o entrevistado, “ficou do lado de Lúcifer, porque também queria o trono de Deus, e que não gosta do teu deus”, ele diz ao interlocutor. O interlocutor segue dizendo que “**a batalha final vai chegar**”.

Décimo primeiro vídeo: “Jovem ex-pai de santo manifesta um demonio na hora da Reconciliação. Pastor Eliseu Lustosa” - <http://www.youtube.com/watch?v=zAacdHtkrp4>. O conteúdo já inicia com os caracteres: “**Jovem ex-pai de santo manifesta um demônio na hora da reconciliação**”. E assim seguem as demonstrações de como tudo teria ocorrido, diante da câmera. No fim, a guitarra e a bateria silenciam e entra em cena a publicidade “conheça mais do ministério do Pr. Eliseu Lustosa visitando nossa igreja: Rua Itaguari Qd 74 Lt 13 Parque Amazônia Goiânia-Goiás [www.ativacaoprofetica.com](http://www.ativacaoprofetica.com)”.

Décimo segundo vídeo: “Pomba gira rainha e Oxossi Mutalambó na Igreja Universal - <http://www.youtube.com/watch?v=FPjQ2s-CZDk>. O início da gravação traz logo a advertência: “Obviamente que Antes disso tudo, há Houve um Ensaio”. O conteúdo mostra o pastor interrogando à suposta pomba gira rainha a respeito da **homossexualidade** do rapaz em que ela está se manifestando, no palco da igreja. Ela responde que ele é homossexual desde os nove anos e que a última relação foi há “apenas trinta dias”. **O pastor logo em seguida diz que, “se esse menino não se libertar, morre de HIV antes dos trinta anos**”. Então a referida entidade retruca, afirmando que “ele já está com o vírus HIV”. Como ela diz que o rapaz já sabe disso, desde o último carnaval, no pelourinho, o pastor afirma que ele não tem com o que se

desesperar, desde que se volte para Jesus, “se não empacota antes dos trinta”. O pastor pergunta “quem foi confirmado na cabeça dele quando ele serviu a você?”. Diante da resposta obtida, ele prossegue: “e olha só **que desgraça, ele fala em linguagem, em dialeto do candomblé**”, “**ele foi raspado com Oxossi mutalambó, traçado com Oxum...**”. O vídeo adverte, “agora a pior parte”. **O pastor manda Oxossi se manifestar. “Quem já serviu os encostos, conhece”**. E, com raiva, **manda a entidade ficar de joelhos. “você vai passar humilhação agora, Oxossi mutalombó, pro Jesus vivo, anda de joelho!”**. O vídeo adverte: “Inédito, Oxossi mutalambó falando”.

Décimo terceiro vídeo: **“PR Melvin – A minha família é de jeová”** <http://www.youtube.com/watch?v=pSWOaCQCh1E>. Nesse vídeo, fica evidente o **intuito de relacionar as causas dos males que acometem à família ao culto dos orixás ou entidades de umbanda.**

Décimo quarto vídeo: “Pr Wellington Silva – Testemunho – ex-bruxo” <http://www.youtube.com/watch?v=5LYBySdpjog>. Trata-se de manifesto e grosseiro caso de intolerância, ódio e discriminação, não apenas por motivos religiosos, mas **também por motivos étnicos e de origem**. O pastor se auto declarou um convertido, pois, há 21 anos, conforme disse, foi o segundo maior feiticeiro do estado do Mato Grosso e teve vários terreiros em diversos estados. **Que tinha 23 pactos com Satanás: “eu falo em dois dialetos africanos, Ketu e Angola; que não existe como alguém ser de bruxaria e de magia negra, ou ter sido, e não falar em africano; então “vou falar em africano” e logo em seguida vou dizer em português; de repente tem aí alguém aí que já foi de candomblé ou é; se estiverem aí eu vou dar um conselho de corpo presente: faça como um dia eu fiz, crie vergonha na cara e admita que Jesus é rei dos reis e senhor dos senhores....; todas as imagens das esculturas do clero estão nos terreiros.....depois ele entendeu que todas aquelas figuras eram demônios. E quem trouxe essa farsa para o Brasil foi um tal de Alan Kardec; diz que no Rio de Janeiro está o túmulo de Alan Kardec.... após fazer uma breve digressão sobre o significado da palavra, ou pretendeu assim ensinar, o pastor se referiu aos babalorixás como se fossem filhos do demônio ou coisa que o valha; chamou o orixá Omolu de demônio; diz que conversava com o senhor dos demônios, o dono da cabeça e o senhor do seu destino. Começou a sua história de voduns da nação de angola; o pastor diz que tem muitos testemunhos mentirosos por aí; ele discorre sobre o bori; a partir do que satanás poderia entrar e sair a hora que quisesse, em qualquer lugar, sempre sabendo o que se passa em sua mente; “é horrível a magia negra, é horrível o candomblé”; raspado e catulado; o pastor então começa a discorrer sobre os rituais do candomblé de Angola, ao mesmo tempo que fala sobre o que vai pela mente do Diabo; e assim segue, tentando mostrar o que é o ritual do bori e que conhece o que passa na cabeça do diabo; o pastor explicou o que aconteceu no dia em que lhe visitaram para fazer um suposto pacto de morte; diz que com quinze anos se tornou príncipe da magia negra, ligado aos voduns; acrescenta que estava ligado a drogas, com demônios até o último fio da cabeça; o pastor afirma que “a palavra axé significa força de Satanás e Ilê-Axé casa de força de Satanás”; e ele repete. Satanás é mestre em disfarçar ritmos; o que ele tinha de música ele perdeu. Por isso ele “usa os tambores”; o pastor diz, não diga o que não sabe, e cita, como exemplo, a música “dandalunda”, e diz que “dandalunda é Oxum, viu!. “dandalunda é nome de uma Oxum, de um demônio,” e explica que um trecho da música significa “que Oxum traga sobre mim todos os males dos mortos que estão sobre as águas”; ele prossegue, diz que “todo ano as baianas que lavam as escadas**

do Nosso Senhor do Bonfim levam sobre a cabeça o nome das pessoas que elas mataram o ano todo na magia negra”; e “elas jogam aquela água”, que também carregam sobre as cabeças, na “cara dos santos”; o pastor faz isso para provar que demônios não têm medo de cruz ou patuá; depois vem “um camarada de vestidão e coloca um suspiro na boca dizendo que é o corpo de Cristo, e vão todos pra praia despachar macumba para iemanjá”; E prossegue, diz que tinha muita raiva de crente, que sua maior vontade era matar um crente; aí o pastor dirige sua verve contra “Jorge, aquele do cavalo branco”; falou que dentro da imagem, que estava em sua sala, tinha um assentamento de Satanás; mais à frente, diz que o axexê significa um ritual de entrega da alma aos demônios. E assim segue, culminando com a exposição do dia em que, segundo o pastor, queimou todos os objetos relacionados ao culto que realizava em sua casa, dizendo que a partir daquele dia Satanás estava expulso. Depois ele fala: **“toca no irmão do teu lado e diz, você pode fechar todos os terreiros de macumba do teu bairro”**. Disse que quebrou o São Jorge, indo pedaço por todo lado; após ter agarrado o assentamento que havia feito para Satanás, materializaram-se todos os chefes de legiões; E segue até o final, vinculando o candomblé a demônios, dizendo que Jesus vai usá-lo para tirar muitos que estão nas mãos de Satanás; ameaça que se alguém se intrometer no seu ministério vai ser ferido por Cristo, “com um câncer na boca”. Para finalizar, o pastor opera sua cura e depois realiza uma espécie de batismo de conversão.

Décimo sexto vídeo: “Testemunho do ex-pai de santo Pr Alexandre Marcos” - <http://www.youtube.com/watch?v=3TkWoXcB3HQ>. Com fotografias ao fundo, sucedem-se dizeres que pretendem contar a trajetória do pastor. Diz que ele foi “dado num candomblé como oferenda, quando ainda estava no ventre da mãe; foi abandonado aos dois anos de idade; aos seis anos morava embaixo de marquises na cidade do Rio de Janeiro; viciado em drogas pesadas como o craque, desde os sete; que aos nove foi raspado e cortado com seu primeiro pacto com “echucaveira”; aos doze foi violentado sexualmente por quatro homens; voltou ao terreiro e fez grandes pactos; tornou-se filho de Ogum com “echu” e iemanjá e fez ao todo 247 pactos satânicos; aos quinze se tornou pai de santo; dono de terreiro aos dezessete; depois tantos outros, em várias cidades; que durante toda essa humilhação, escravidão e violência de Satanás; que **além de tudo, traficante aos 11 anos e detento por 7 anos em banguzinho; seitas, umbanda, Wicca, santo-daime e budismo**. Libertado aos 30 anos pelo senhor Jesus Cristo”.

Décimo sétimo vídeo: “Testemunho ex-mãe de santo Ivoni Silva” - <http://www.youtube.com/watch?v=gxvsQ36Rhc4>. De início uma voz surge, dizendo que agora “você vai ouvir agora o testemunho da irmã Ivone Silva, ex mãe de santo que consultava artistas famosos. Ouça com atenção”. A **denominada ex-mãe de santo diz quer era conhecida, nacional e internacionalmente como “baiana do Brasil”**. Começa então a relatar histórias de suas “**endemoniações**”, iniciando com suas visões e visitas que recebia em seu quarto. “Eram quatro pessoas que pareciam ter vindo de uma orgia”. Ela “era pequena e queria saber quem eram”. Que acreditava que eram seus amigos. Que ouvia vozes. Que cresceu com as “endemoniações”. Que viu que “tinha poderes para mexer com cartas, **jogar búzios**”; Que procurou um terreiro, que tinha uma mãe de santo; que um “**demônio do terreiro**” veio para conversar com ela e disse que ela era muito querida; que no dia do seu aniversário um bode correu até o seu bolo. Que depois foi no terreiro e o diabo estava lá; que achava que tudo ali era amigo, guia,

orixá..só que viu que estava altamente enganada, pois lá no terreiro ela aprendeu, entre tantas coisas, a “arriar” para todo tipo de Satanás. Em seguida falou que **tudo é demoníaco, desde jogo de cartas, trabalho de macumba, espiritismo, tudo é demoníaco.** Nessa “endemoniação” ela teve três casamentos fracassados, que tinha dinheiro, fazia viagens, tinha carro, roupa, porque o diabo dava dinheiro...mas não tinha Jesus. **Que nunca foi família, relacionando isso aos cultos de matriz afro-brasileira.** ‘A baiana foi criando fama, ficou forte, destemida. **O diabo ensinou tudo,** com ele do lado, nem precisou minha mãe de santo me ensinar”. Deus a resgatou da sujeira. “Meus irmãos, isso é capeta!” Cada orixá tinha a roupa deles, porque eu tinha uma senhora casa de santo. E assim segue, relatando suas “endemoniações”. Adiante, depois de falar novamente que estava com tudo o que era demônio, “na encruzilhada”, pede: **“você, pai de santo, mãe de santo, filha de santo, mãe pequena, ogã, cambono, pelo amor de deus, larga tudo isso hoje, escuta a voz de deus, isso é endemoniação pura...”**<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Optou-se por manter os grifos como constam da referida Ação Civil Pública.