

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO

NAYARA LOPES SANCHES

A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DOS MAGISTRADOS NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DO CASO PORTA DOS FUNDOS

Uberlândia

2022

NAYARA LOPES SANCHES

A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DOS MAGISTRADOS NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DO CASO PORTA DOS FUNDOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais, Hermenêutica.

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Uberlândia

2022

NAYARA LOPES SANCHES

A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DOS MAGISTRADOS NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS SOB A ÓTICA DO CASO PORTA DOS FUNDOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais, Hermenêutica.

Uberlândia, 22 de julho de 2022.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Alexandre Garrido da Silva (UFU)

Professora Doutora Shirlei Silmara de Freitas Mello (UFU)

Dedico este trabalho aos meus pais, Cleses Niara Lopes Sanches e José Angelo Sanches, pelas oportunidades que colocaram no meu caminho, à minha avó Rosália Eliana Correa Lopes, pelo amor e incentivo aos meus sonhos, e minha

madrinha Thelma Sanches, por me mostrar o poder da educação.

“A educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo.”

(MANDELA, Nelson)

RESUMO

A partir do estudo do julgamento da Reclamação Constitucional nº 38782, este artigo fomentou a discussão sobre os limites impostos aos magistrados quando em casos de forte aspecto político e moral, percorrendo a concretização dos direitos e garantias constitucionais, bem como investigando o processo de construção das normas jurídicas em relação aos elementos religiosos do Estado. Partindo de uma análise dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna, o trabalho examinou a perspectiva dos magistrados em julgamento de casos envolvendo o conflito de direitos e a liberdade religiosa, mormente aos elementos religiosos constantes no caso concreto e a vinculação do Estado-juiz à determinada crença ou religião, principalmente considerando a laicidade do Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Colisão entre direitos fundamentais. Direito à liberdade de expressão. Direito à liberdade religiosa. Caso do Porta dos Fundos. Protagonismo dos magistrados.

ABSTRACT

Through the study of the judgment of Constitutional Complaint nº 38782, this article promoted the discussion about the limits imposed on magistrates in cases of strong political and moral aspect, going through the realization of constitutional rights and guarantees, as well as investigating the process of construction of norms in relation to the religious elements of the State. Starting from an analysis of the fundamental rights guaranteed in the Constitution, the work examined the perspective of the magistrates in judgment of cases involving conflict of rights and religious freedom, especially the religious elements contained in the concrete case and the binding of the State-judge to a certain belief or religion, especially considering the secular nature of the Brazilian State.

Keywords: Collision between fundamental rights. Right to freedom of expression. Right to religious freedom. Porta dos Fundos' Case. Protagonism of the magistrates.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS | 14 |
| 3 ANÁLISE DO CASO “PORTA DOS FUNDOS” SOB A ÓTICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E RELIGIÃO | 19 |
| 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 25 |

1 INTRODUÇÃO

A diversidade religiosa inicia com as crenças de matriz africana trazidas no período colonial, juntamente com as tradições indígenas das comunidades nativas, bem como pela religião católica dos colonizadores. Contudo, apesar desse mosaico religioso, o catolicismo apostólico romano é a religião dominante em número de professantes no país com 64,6% da população, seguido da religião evangélica com 22,2%, conforme dados obtidos pelo último censo demográfico de 2010. Ainda assim, 2% da população se declara espírita, 3,2% engloba as crenças de matriz africana e demais, e 8% se auto declaram sem religião.

Nesse cenário, busca-se examinar a influência da religião no cotidiano da população, tendo como foco o contexto de criação das normas jurídicas e o seu papel exercido nas regras morais e sociais, de 1988, com destaque na decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do caso “Especial de Natal do Porta dos Fundos” mediante Reclamação Constitucional 38.782, procedente do Rio de Janeiro.

A Reclamação proposta buscou validar os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/DF e da ADI 2.404/DF, em face da decisão proferida pelo Desembargador Benedicto Abicair, relator do Agravo de Instrumento 0083896-72.2019.8.19.0000, e da decisão judicial proferida pelo Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa, no plantão judiciário do referido Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 0343734-56.2019.8.19.0001.

O caso decorre da Ação Civil Pública nº 0332259- 06.2019.8.19.0001, com pedido liminar, ajuizada pela Associação Dom Bosco de Fé e Cultura em face de Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A e da Netflix, cuja pretensão era a proibição da exibição da produção “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”, além da condenação em danos morais coletivos.

De forma breve, cumpre sintetizar o contexto da produção veiculada pelos requeridos. Assim, o filme inicia com os três reis magos caminhando em direção a festa de aniversário surpresa de 30 anos de Jesus Cristo, onde se encontram, dentre outros convidados, Maria , José e Deus.

A princípio é apresentada Maria como uma mulher inconveniente e de linguajar vulgar. Nesse trecho, além da comemoração surpresa, Maria e José utilizam do momento para anunciar

a Jesus que ele é o filho de Deus, o qual era até o momento conhecido como “tio” de Cristo. Nesse ponto o diálogo entre Maria e Deus sugere que Jesus foi fruto de uma relação carnal entre ambos, e que Maria não seria virgem.

Quanto a figura de Jesus Cristo, este é retratado como um homem homossexual, que havia ficado 40 dias no deserto em busca de seu auto conhecimento, juntamente com Orlando, homem homossexual que demonstra ter relações amorosas com o filho de Deus.

No delinear da produção, após as revelações sobre a história de Cristo, este último se questiona sobre a missão que lhe foi dada por Deus de levar a palavra aos demais, de modo que, para compreender sobre quais caminhos a seguir, Jesus ingere um chá de ervas que o transmite para o plano espiritual. Nesse espaço, Cristo se encontra com Shiva, Buda e Jah, momento o qual tem revelações sobre seu destino e quão importante será seu papel na sociedade.

Cumprido destacar que as cenas não incitam a violência contra os símbolos religiosos ou com a história bíblica, mas sim através do humor e da sátira, buscam exibir uma versão cômica do aniversário de Jesus e dos desdobramentos desta comemoração, ao passo que a proibição da exibição não encontra respaldo para qualquer ingerência estatal, uma vez que não há incitação ao ódio religioso ou a fé cristã.

Muito embora, a Associação alegou que a exibição da produção artística desrespeitou a fé, a honra e a dignidade de milhões de católicos brasileiros, tendo em vista a retratação da figura de Jesus Cristo como homossexual pueril e Maria como adúltera, em confronto com valores sagrados da religião, bem como em violação às garantias fundamentais de liberdade de consciência e de crença e da intimidade, da vida privada e da honra, consagrados no artigo 5º, VI e X da CRFB, ultrapassando os limites da liberdade de expressão,

Em sede de primeiro grau o magistrado da 16ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro indeferiu o pedido liminar de suspensão da exibição da produção, decisão esta confirmada em sede de Agravo de Instrumento pelo desembargador do plantão judiciário Cezar Augusto Rodrigues Costa, no entanto, ao final da decisão o magistrado constou de ofício a obrigação da Netflix incluir “no início do filme e na publicidade do mesmo um aviso de gatilho de que se trata de uma sátira que envolve valores caros e sagrados da fé cristã”.

Não obstante, o referido Agravo de Instrumento foi distribuído à Sexta Câmara Cível sob a relatoria do desembargador Benedicto Abicair, o qual deferiu o efeito suspensivo,

determinando a suspensão da exibição do filme pela Netflix, sob o argumento de que a produção poderia “provocar danos mais graves e irreparáveis do que a suspensão de sua veiculação”.

De tal forma, o presente artigo abordará a atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma análise acerca do protagonismo dos tribunais em casos difíceis que envolvem a mídia e opinião pública, com enfoque no julgamento da Reclamação 38782/RJ ajuizada pela Netflix Entretenimento, cujo tema reflete os valores morais religiosos, a partir da interpretação profunda dos princípios constitucionais, em especial a liberdade de religião e crença e a liberdade de expressão.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO PROTAGONISMO DOS TRIBUNAIS

A fim de compreender a colisão dos direitos fundamentais, demonstra-se importante delinear sobre o que são direitos fundamentais, os quais são princípios positivados na ordem constitucional dos Estados como tradução dos fatores que compõem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e funcionam como limites aos demais direitos previstos naquele ordenamento jurídico.

Especificamente sobre a colisão entre o direito fundamental à liberdade religiosa e o direito fundamental à liberdade de expressão artística, cumpre destacar seus elementos.

A liberdade de expressão é um direito previsto no artigo 5º, IX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), com a finalidade de garantir a liberdade de manifestação, de comunicação, de expressão de atividades artísticas e demais meios utilizados pela pessoa para externalizar seus pensamentos. Desdobramento disso, é a liberdade de comunicação social, prevista no artigo 220 do Diploma Constitucional, que prevê a vedação à restrição da manifestação do pensamento - o que é diferente de se dizer que o direito é absoluto, vale ressaltar - sob pena de certas limitações a esse direito serem consideradas censura, conforme parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

Nesse sentido, esse direito fundamental protege o fato de que o artista cria sua obra, que é embebida de pensamentos, sentimentos, emoções e ideias do criador, para que ela seja apreciada pelo público (XEREZ, 2012). Para além de garantir a liberdade do autor da obra, o texto constitucional ainda busca garantir o acesso das pessoas às obras, por meio da

dicção dos artigos 215 e 216, por exemplo, que ratificam a tutela dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiando o acesso de todos às manifestações artísticas (BRASIL, 1988).

Em reafirmação do que vem sendo analisado, é essencial destacar que esse direito, assim como os outros dessa natureza, não é considerado absoluto. Afinal, se assim o fosse, não haveria que se falar em colisão de direitos fundamentais nessa situação, já que um prevaleceria sobre o outro, dado esse caráter. Não é o caso. O limite constitucional - permitido, sem que seja considerado censura - ao direito de liberdade de expressão está presente em outros dispositivos da própria Magna Carta (BARROSO, 2004), em dispositivos como o artigo 5º, VI da CF/88, que trata da liberdade religiosa.

Sobre esse direito fundamental, é importante ressaltar que a liberdade de crença pode ser compreendida mediante duas perspectivas: interna e externa. A primeira se refere ao campo da consciência e dos pensamentos, de modo que essa liberdade é ilimitada (ora, não se pode limitar o que se passa unicamente na mente do outro). Por outro lado, do ponto de vista da liberdade de crença externa (sobre a qual se tratará no presente artigo), tem-se a exteriorização desses pensamentos, que aí sim está sujeita aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, uma vez que poderá afetar os demais. É o que já decidiu o STF, em 1949, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1.114, ressaltando que a liberdade de crença ou de consciência é um direito absoluto, insuscetível de limitação, enquanto a liberdade de exercício de culto religioso é um direito relativo, que pode sofrer restrições.

O direito à liberdade de religião ou crença envolve um conjunto de direitos, entre os quais estão a liberdade de culto e de organização religiosa, a possibilidade de ter, não ter, mudar de e renunciar a uma religião ou crença, direitos de manifestação da religião ou crença por meio de celebrações, ritos, ensino, dias de guarda, entre outros, que devem ser igualmente garantidos para que a liberdade de consciência e crença seja efetivamente alcançada.

Diante disso, surgem ao Estado algumas obrigações negativas, como não proibir e não dificultar que alguma religião seja escolhida e seguida, bem como não impor que as pessoas escolham, ou deixem de escolher alguma vertente de religião ou crença, além de se abster de restringir injustificadamente a liberdade de religião e crença. Ademais, lhe é atribuída ainda a obrigação positiva de oferecer condições para que todos professem a que lhe for mais coerente, bem como trabalhar proativamente na promoção desse direito, o que se observa a partir da proteção constitucional que lhe é atribuída.

Ocorre que, devido à irradiação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, conforme a teoria da eficácia horizontal, as mesmas obrigações, de fazer e de não fazer, que são imputadas ao Estado, recaem também sobre todas as pessoas daquela ordem constitucional.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 53), que, segundo a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, eficácia horizontal imediata, tornando mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Sendo assim, é possível avançar à análise do fenômeno da colisão entre eles, especialmente no âmbito das decisões judiciais que contam com o protagonismo do judiciário em matéria moral ou social.

Sobre o assunto, Robert Alexy (1999, p. 68) ensina que essa colisão de direitos fundamentais pode ser entendida de duas formas, quais sejam: estrita ou ampla, sendo que a primeira seria simplesmente a colisão entre dois direitos fundamentais, que podem ser idênticos ou diferentes, inclusive quanto aos seus titulares, enquanto por outro lado o sentido amplo diz respeito à colisão de normas e princípios de bens coletivos com os direitos fundamentais. De toda forma, em qualquer um dos tipos, de acordo com o mesmo autor, a solução advém da compreensão de que, de alguma maneira, limitações ou sacrifícios são efetuados.

É importante salientar que os direitos fundamentais não contam com um rol taxativo, além de que estão espalhados pelo ordenamento jurídico em extensa quantidade, carregando em si a característica primordial de resguardar os mais importantes valores definidos pela sociedade.

Nesse contexto, colisões diretas e indiretas existem e ocorrem o tempo todo, principalmente em razão da já mencionada eficácia horizontal de direitos fundamentais, graças à qual essas prerrogativas máximas incidem nas relações entre os particulares.

Nessa relação, há dois ou mais direitos fundamentais em questão, sendo que, quando o exercício de um interfere no exercício do outro, diz-se estar diante de uma colisão (MENDES, 2003). Nesses casos, o aplicador do direito não pode se valer do critério hierárquico como forma de resolução do embate, uma vez que não há, entre os direitos fundamentais, relação de superioridade ou inferioridade, de modo que, nas colisões, eles estarão em um mesmo patamar

hierárquico. Sendo assim, para a solução da questão, torna-se necessária a realização de uma conciliação cujos critérios e técnicas variam a depender do caso concreto.

A respeito das formas de solução das colisões de direitos fundamentais, Luís Roberto Barroso (2004, p. 9) leciona que, no direito, a dinâmica de subsunção dos fatos à norma foi e é indispensável para a aplicação das premissas ao mundo fático. No entanto, em determinadas situações, não se demonstra suficiente para a solução que se pretende, como é o caso do fenômeno de que trata este capítulo, já que mais de uma norma pode ser aplicada a um mesmo fato, cabendo ao aplicador do direito o dever de escolher qual seria a mais adequada naquela hipótese.

Nesses cenários, então, cada um dos diversos elementos normativos incidentes sobre um mesmo conjunto de fatos deverão, de alguma forma, ser considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, quando da solução final, estarão presentes nuances de cada uma das normas incidentes, embora umas se destaquem sobre as outras, no que ficou chamada de Técnica da Ponderação (BARROSO, 2004).

Também Gilmar Mendes (2003, p. 183), em uma digressão sobre as tentativas que a doutrina apresenta para a colisão de direitos fundamentais, dispõe sobre a mesma técnica, sob a ótica de Robert Alexy, segundo quem a ponderação realiza-se em três planos: no primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção; no segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; por fim, no terceiro plano, então, se realiza a ponderação em sentido específico e estrito.

Trata-se, portanto, de uma técnica de decisão jurídica, utilizada para a resolução dos chamados “hard cases” (casos difíceis), ou seja, aqueles que contam com uma diversidade de fatores a serem levados em consideração, sendo portanto complexos, para os quais não há, de pronto, no ordenamento jurídico, alguma fórmula simples para a sua resolução. Por isso, esses casos exigem do magistrado certa atuação subjetiva, com a realização de escolhas que muitas vezes envolvem certa discricionariedade (BARROSO, 2004).

Especificamente sobre a colisão de direitos fundamentais envolvendo o direito à liberdade de expressão, de um lado, e algum dos direitos da personalidade, de outro, Luís Roberto Barroso (2004, p. 35 e 36) entende que:

(...) destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação. a personalidade pública ou estritamente

privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, os ministros se deparam com certa frequência com situações em que devem exercer a complexa função de resolver colisões entre direitos fundamentais. Gilmar Mendes (2003, p. 179) se propõe ao trabalho de colacionar alguns exemplos e chega a conclusões ricas ao presente artigo, sobre as quais se passa a tratar.

No caso do julgamento da proibição da farra do boi, por exemplo, a Suprema Corte concluiu que a prática ultrapassava os limites da “típica manifestação cultural”, razão pela qual foi considerada inconstitucional. Tratava-se de uma situação em que o direito fundamental à manifestação cultural colidiu-se com o direito fundamental ao meio ambiente (especificamente no tocante à proteção da fauna brasileira, que é desdobramento daquela prerrogativa).

Já na ocasião do *case* relativo à submissão de réu em ação de investigação de paternidade ao exame de DNA (STF, HC 71373), em que ficavam em embate o direito à intangibilidade física do corpo (no caso, do réu, que se recusa a realizar o exame), e o direito à real identidade da criança, restou claro que, no Brasil, o princípio da dignidade humana se demonstra de grande relevância na decisão do processo de ponderação entre os direitos em conflito. Isso fica bem evidente na leitura do voto vencedor, do Ministro Marco Aurélio, segundo o qual:

É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente - ou seja, o da investigação de paternidade - a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade. (STF, HC 71373 p. 27).

No que se refere ao conflito entre a liberdade de expressão (um dos direitos fundamentais que mais pretendemos analisar no presente trabalho) e o direito à honra e à intimidade, salienta Gilmar Mendes (2003, p. 178) que há, no STF, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, tendo em vista as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. É admitido, nesse sentido, o estabelecimento de critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas, o que fica explícito no caso do acórdão proferido no HC nº 78.426.

Sendo assim, apesar de versarem sobre diferentes situações, todos os casos apresentados dispõem de características comuns ao julgamento que se escolheu no presente trabalho como paradigma. Sem exceção, carregam no bojo um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais e exigem daquele a quem incumbe a difícil função de solucioná-los a tomada de uma decisão, ou seja, de uma escolha. Essa resolução, por não encontrar amparo em uma resposta pronta no ordenamento jurídico, evoca para si a necessidade de utilizar o que se convencionou chamar de Técnica da Ponderação, a qual, por falta lógica de um mecanismo exclusivamente objetivo para a missão, inclui a presença do elemento subjetivo da pessoa do magistrado.

3 ANÁLISE DO CASO “PORTA DOS FUNDOS” SOB A ÓTICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E RELIGIÃO

O *case* escolhido neste trabalho para ser o paradigma da discussão que se pretendeu fomentar é o que ficou midiaticamente conhecido como “O Caso do Porta dos Fundos”. Refere-se aos autos de nº 0332259-06.2019.8.19.0001, distribuídos à 16ª Vara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sobre a exibição do especial de Natal “A Primeira Tentação de Cristo” produzido pela produtora Porta dos Fundos.

A escolha desse processo como caso-paradigma para a análise advém da ênfase e da reação do público às decisões judiciais que o envolviam na época do julgamento, especialmente quanto às discussões fomentadas acerca da liberdade de expressão, em colisão com a liberdade religiosa, o que culminou em ataques violentos à produtora.

O caso se desdobra a partir da Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura em face da Produtora e Distribuidora Porta dos Fundos S.A (neste trabalho chamada apenas de “Porta dos Fundos”) e da Netflix Entretenimento Brasil Ltda

(doravante denominada somente “Netflix”), em razão da produção e veiculação do filme “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”.

A obra, que tem como sinopse oficial a seguinte: “Jesus está fazendo 30 anos e traz um convidado surpresa para conhecer a família”, visa à retratação de uma passagem bíblica de maneira satírica, pretensiosamente cômica e avessa aos valores pregados pelo cristianismo, crença daqueles que seguem os ensinamentos de Jesus Cristo, que por sua vez é abordado na trama em questão como o protagonista.

Na inicial, enfatizou a parte autora que “a honra e a dignidade de milhões de católicos foi gravemente vilipendiada”, afinal “Jesus é retratado como um homossexual pueril, Maria como uma adúltera desbocada e José como um idiota traído”. Por isso, requereu liminarmente a suspensão do filme.

A liminar foi, inicialmente, indeferida pela juíza Adriana Sucena Monteiro Jara Moura, segundo a qual, no caso, “De um lado está o direito à liberdade de expressão artística enquanto corolário da liberdade de expressão e pensamento e de outro a liberdade religiosa e a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, consubstanciadas no sentimento religioso.” Ou seja, reconheceu-se, desde já, que o caso envolvia a colisão entre dois caros direitos fundamentais.

Nesse contexto, segundo a magistrada, era necessário:

(...) analisar o filme em si, o meio em que este é exibido e o alcance de sua veiculação, a fim de averiguar se houve ou não abuso da liberdade de expressão e do direito de sátira e crítica, de forma a justificar o acolhimento da liminar requerida, que pretende proibir a exibição do mesmo ou qualquer outro tipo de referência e de propaganda correlata por parte dos réus, o que configuraria inequivocamente censura decretada pelo Poder Judiciário.

Nos termos do que foi apreciado no capítulo anterior do presente artigo, no mencionado trecho da decisão, é possível assumir que a lide dizia respeito ainda a um “*hard case*”, por ser embebido de complexidades e exigir a análise não só dos fatos expostos nos autos, mas também do contexto em que eles estão inseridos, e dos efeitos da mitigação de um direito fundamental mediante o prevalecimento do outro.

Diante do exposto, a primeira representante do Poder Judiciário decidiu pela necessidade de se prezar pelo direito à liberdade de expressão artística, no caso concreto, principalmente porque:

(...) somente deve ser proibida a exibição, publicação ou circulação de conteúdo, em verdadeira censura, que possa caracterizar ilícito, incitando a violência, a discriminação, a violação de direitos humanos, em discurso de ódio.

E ainda:

O funcionamento da democracia exige absoluto respeito à ampla liberdade de expressão, inclusive da criação artística, garantindo-se, portanto, os diversos discursos, antagônicos - moralistas e obscenos, conservadores e progressistas, científicos, literários, jornalísticos ou humorísticos.

Vale ressaltar que, para a sua tomada de decisão, a magistrada considerou o alcance da obra, no sentido de que somente tinha acesso a ela aqueles que assim optassem, visto que não foi exibido em local público. Assim expôs:

(...) elemento essencial na presente decisão que o filme controverso está sendo disponibilizado para exibição na plataforma de streaming da ré Netflix, para os seus assinantes. Ou seja, não se trata de exibição em local público e de imagens que alcancem àqueles que não desejam ver o seu conteúdo. Não há exposição a seu conteúdo a não ser por opção daqueles que desejam vê-lo.

Também é importante para os fins deste trabalho ressaltar o trecho da decisão em que a juíza versa sobre a função do Poder Judiciário naquela ocasião:

Ao assistir ao filme podemos achar que o mesmo não tem graça, que se vale de humor de mau gosto, utilizando-se de expressões grosseiras relacionadas a símbolos religiosos.” (...) “há que se ressaltar que o juiz não é crítico de arte e, conforme já restou assente em nossa jurisprudência, não cabe ao Judiciário julgar a qualidade do humor, da sátira, posto que matéria estranha às suas atribuições.

Em síntese, o que a magistrada explicita é que não cabe ao magistrado competente, diante daquela situação, mitigar o direito fundamental à liberdade de expressão artística das rés, com base em convicções ou opiniões pessoais.

Isso é ratificado pelo fato de que ela tenta racionalizar os critérios que fundamentam a sua decisão, ao afirmar que, no caso em tela, o filme “Especial de Natal Porta dos Fundos: a primeira tentação de Cristo” não feriu a liberdade religiosa dos cristãos, visto que não cometeu ilícito, incitação à violência, discriminação ou violação de direitos humanos, em discursos de ódio, que seriam elementos essenciais, do ponto de vista jurídico, à caracterização de conduta que deve ser reprimida mediante a proibição da exibição de uma obra artística.

Nada obstante, a parte autora recorreu da decisão supra analisada, ocasião em que o desembargador Benedicto Abicair, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), proferiu nova decisão liminar, atendendo o pedido da Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura. Assim, restou determinado que a produtora Porta dos Fundos e a Netflix retirassem o filme do ar, o que, no entendimento do magistrado, seria “mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã”.

A decisão do referido desembargador é fundamentada, entre outros pontos, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 14.303, pelo STF, como um precedente para estabelecer que a liberdade de expressão encontra limites na incitação ao ódio contra denominações religiosas, entendendo, portanto, que o filme do Porta dos Fundos teria cometido esses ilícitos.

Na verdade, o julgador justifica a concessão da liminar na distinção que faz entre "crítica", "debate" e "achincalhe", ressaltando que, enquanto as duas primeiras seriam lícitas e estariam amparadas pelo direito constitucional à liberdade de expressão, a última seria um abuso desses direitos, por meio do ato de "desmerecer algo ou alguém por motivos subjetivos, sem medir consequências", considerando portanto que as rés teriam achincalhado os valores cristãos por meio do filme. Sobre esse ponto, merece ser esclarecido que o RHC utilizado pelo julgador para justificar seu entendimento não trata sobre “achincalhe”, mas sim sobre “discurso de ódio”, que possui uma diferença substancial, principalmente no que diz respeito ao tratamento que o direito dá aos atos cometidos.

Para o magistrado, ainda, o Porta dos Fundos “não foi centrado e comedido” ao se manifestar sobre o especial de Natal nas redes sociais, “agindo com agressividade e deboche”. Na sua visão, as redes sociais são “incontroláveis” e a Netflix pode ser acessada “por qualquer um, inclusive menores”.

Também utiliza, na sua fundamentação, obras doutrinárias, para reiterar o caráter não absoluto do direito à liberdade de expressão e a possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de que o legislativo discipline o exercício de tal direito, "tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas".

Por fim, vale mencionar que, para o desembargador, no momento de sua decisão, a exibição do especial de Natal provocaria mais danos do que sua suspensão, em alusão ao atentado cometido à sede do Porta dos Fundos, quando do lançamento do filme.

Diante do exposto, é possível perceber como a decisão do julgador é embebida de aspectos subjetivos que foram utilizados para resolver aquele caso difícil. Mais do que isso, apesar de tentar se valer de padrões jurídicos para fundamentar seu entendimento, o desembargador acabou por distorcê-los a fim de que atendessem à finalidade de justificar a sua perspectiva. É o que fica evidente quando se depara, na decisão, com a utilização de trechos de obras doutrinárias e decisões que, na verdade, versam sobre o contrário do que pretende provar o magistrado.

Enfim, a publicação dessa decisão liminar de restrição à veiculação do conteúdo pela plataforma de *streaming*, a Netflix interpôs Reclamação Constitucional, com pedido liminar, que passou a tramitar sob o nº 38.782, em face das decisões proferidas pelo TJRJ.

Dessa maneira, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, situação em que o Ministro Dias Toffoli, no bojo da Reclamação, concedeu o pedido de medida liminar da recorrente para que a proibição de exibição do especial de Natal do Porta dos Fundos fosse suspensa.

A decisão do Ministro, muito em concordância com aquela proferida em primeiro grau pela juíza Adriana Sucena Monteiro Jara Moura, lembra que:

O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. (...) Não se descuida da relevância do respeito à fé cristã (assim como de todas as demais crenças religiosas ou a ausência dela). Não é de se supor, contudo, que uma sátira humorística tenha o condão de abalar valores da fé cristã, cuja existência retrocede há mais de 2 (dois) mil anos, estando insculpida na crença da maioria dos cidadãos brasileiros.

Sobre a decisão de mérito, os ministros da Suprema Corte acompanharam o relator, ministro Gilmar Mendes, para quem o filme "não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica realizada por meio de sátira, elementos caros ao cristianismo".

Isso porque, segundo o ministro, “por mais questionável que possa vir a ser a qualidade desta produção artística, não identifico em seu conteúdo fundamento que justifique qualquer tipo de ingerência estatal”.

Assim, apesar de assumir que se tratava de um caso sensível, afastou a alegação de que houve ofensa à honra e à dignidade dos católicos brasileiros, de modo que a definição de qual conteúdo pode ou não ser divulgado, por meio da censura, somente deveria se dar em situações excepcionais, para que fosse evitada a ocorrência de imposição de determinada visão de mundo.

Gilmar Mendes defendeu ainda que o livre debate de ideias deve ser assegurado na medida do possível, "permitindo que cada indivíduo forme suas próprias convicções a partir de informações que escolha obter".

Também em um esforço para se valer de critérios objetivos para realizar a ponderação dos direitos fundamentais, o ministro ressaltou que o objeto da lide era conteúdo veiculado em plataforma de transmissão particular, com acesso voluntário e controlado pelo próprio usuário, sendo possível não só optar por não assistir, como também cancelar a assinatura.

Ao final, então, a 2ª Turma do STF, por votação unânime, julgou procedente a reclamação para cassar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nos autos dos agravos de instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000 e nº 0343734-56.2019.8.19.0001, nos termos do voto do Relator, resultando na seguinte ementa:

Reclamação. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. Limites da liberdade artística. 6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. Proibição de divulgação de determinado conteúdo deve-se dar apenas em casos excepcionalíssimos, como na hipótese de configurar ocorrência de prática ilícita, de incitação à violência ou à discriminação, bem como de propagação de discurso de ódio. 7. Distinção entre intolerância religiosa e crítica religiosa. Obra que não incita violência contra grupos religiosos, mas constitui mera crítica, realizada por meio de sátira, a elementos caros ao Cristianismo. 8. Reclamação julgada procedente.

O julgamento teve grande impacto e repercussão, especialmente por se tratar de um “caso difícil”, em que as decisões dos magistrados foram embasadas não somente nas normas positivas, uma vez que foi necessária a interpretação da norma jurídica por meio do exercício moral e político dos aplicadores do direito em relação ao caso concreto. Nesse ponto, a

relevância pôde ser demonstrada ante a promoção de discussões quanto à moral religiosa e difusão de conteúdo satírico com elementos religiosos. Ainda assim, os limites da liberdade artística foram aclamados, bem como a liberdade de expressão e a proibição da censura.

Dito isso, destaca-se a atuação do Poder Judiciário, na figura dos tribunais que apreciaram a lide, de forma protagonista em matéria predominantemente política. Nesse ponto, o acórdão do Supremo Tribunal Federal no caso em análise ressalta que a controvérsia relativa ao conteúdo, sua qualidade e pertinência segundo padrões religiosos, políticos ou ideológicos, não deveria ser matéria discutida pelo Judiciário, não competindo ao Estado-juiz, portanto, cercear eventual liberdade de expressão e manifestação artística, mas sim quando ocorrer impedimento à expressão do outro, empecilhos às garantias constitucionais, ou então tolhimento de direitos previstos.

Nesse ponto, busca-se reduzir o protagonismo dos tribunais constitucionais nas decisões de governos, definições de políticas públicas e questões morais controversas. Isso porque este papel deve ser desempenhado pelos representantes eleitos para a resolução de tais conflitos, perante a atuação do legislativo e a participação da sociedade civil.

O chamado *juiz minimalista* atua de forma menos ambiciosa, visando solucionar o conflito sem adentrar em regras morais, de forma cautelosa e objetiva. Tais magistrados deixam questões controversas em aberto e se baseiam apenas em pontos indispensáveis para a justificação da decisão, distanciando-se da leitura moral.

No caso em tela, é possível verificar a atuação dos magistrados em matéria distinta da função do Poder Judiciário, fenômeno esse conhecido como “judicialização da política”. Isso promove uma assimetria entre os poderes, vez que os tribunais assumem papel de efetivação dos direitos sociais e regulação dos sujeitos e suas atividades, encargo este do poder legislativo, o qual possui legitimidade e soberania popular para tanto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto proposto para análise, qual seja: as decisões judiciais proferidas no bojo dos autos do Caso “Porta dos Fundos”, com o objetivo de evidenciar a influência do pensamento moral e religioso dos magistrados em suas decisões perpassa por temas de maior abrangência, como a colisão entre direitos fundamentais e a resolução de “hard cases”.

Considerando o caso em questão, tem-se que, em primeiro grau, a juíza responsável pela apreciação do pedido liminar não só reconheceu a ocorrência de colisão entre direitos fundamentais na lide, como se valeu de critérios mais objetivos para resolvê-lo, o que, no caso concreto, culminou na prevalência do direito à liberdade de expressão, sob a perspectiva de que o direito à liberdade religiosa assim não seria ferido.

Posteriormente, com a suspensão da exibição do programa na plataforma de *streaming* Netflix constata-se que o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pelo preavalecimento do direito à liberdade religiosa, sob os argumentos de presença de incitação ao ódio no episódio e do fato de que a liberdade de expressão não pode servir como justificativa para que qualquer manifestação, de modo que a suspensão da exibição traria menos consequências negativas do que a exibição, sendo essa a melhor decisão para a comunidade cristã e a sociedade.

Sobre esse ponto, o presente artigo questiona, de maneira fundamentada, os argumentos considerados pelo desembargador do TJRJ em sua decisão, ao passo que, objetivamente, não teria havido o cometimento do ilícito de discurso de ódio em matéria religiosa no caso.

Enfim, quando o caso foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento predominante ficou sendo o de que, na situação concreta, não haveria motivos para se proceder à censura da obra artística, principalmente em razão da falta de ofensa à liberdade religiosa, o que foi analisado e fundamentado mediante a clareza de que não cabe ao Poder Judiciário intervir na cara liberdade de expressão com base em motivos subjetivos do julgador.

De tal forma, foi possível perceber que, embora o protagonismo dos tribunais viesse ao atendimento da democratização e afirmação do Estado Social e Democrático de Direito, tendo em vista seu viés concretizador de políticas públicas e efetivação de direitos dos cidadãos, cumpre ressaltar que há particularidades a essa atuação que não cabe ao Judiciário, o que prejudica e interfere na função dos demais poderes.

Assim sendo, em casos que envolvem aparente colisão de princípios é essencial a atuação do juiz minimalista, o qual analisa de forma racional o caso concreto e, através de argumentação, soluciona a lide com o mínimo de interferência na esfera moral, visto que ao ultrapassar os limites da liberdade criativa, o magistrado resulta em decisões arbitrárias,

No caso do Especial de Natal, a experiência resultante da exibição do filme é subjetiva, isto é, a análise sobre o conteúdo da produção é estético e particular, uma vez que não foi

demonstrado violação de direitos ou incitação ao ódio. Dessa forma, a decisão do desembargador em sede de Agravo de Instrumento avançou perante os limites da construção da norma, envolvendo elementos psíquicos em sua fundamentação e censurando a produção em razão de valores individuais.

Por esse motivo, o mencionado protagonismo pode ser nocivo à própria democracia, sendo essencial a delimitação do judiciário e a observância quanto às situações alheias às suas funções, como em decisões de cunho religioso e moral.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. v. 217. p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>. Acesso em 04 jul. 2022.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. Brazil. In: ROBBERS, Gerhard et al (ed.). *Encyclopedia of Law and Religion*. Boston: Brill Nijhoff, 2016. p. 42-59.
- BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 235. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Acesso em: 07 jul 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 71373. MIN. FRANCISCO REZEK. Brasília, 18/11/1994. Diário de Justiça.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 20. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório de Jurisprudência IOB*. vol. 1 Tributário, constitucional e administrativo. 1ª quinzena de março de 2003. n. 5, p. 178-185, São Paulo: IOB. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_55.pdf Acesso em: 04 jul 2022.
- MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: O Princípio da Liberdade Religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [S.I], v. 18, p. 225-242, jan. 2012.
- RODRIGUES, Elisa. A formação do Estado secular brasileiro: notas sobre a relação entre religião, laicidade e esfera pública (the formation of brazilian secular state...) - doi. *Horizonte*, [S.L.], v. 11, n. 29, p. 149-174, 27 mar. 2013. Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. <http://dx.doi.org/10.5752/p.2175-5841.2013v11n29p149>.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo , Democracia e Expertise: O Supremo Tribunal Federal Diante de Questões Políticas e Científicas Complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 107-142, dez. 2008.
- VIEIRA, Thiago Rafael. O Estado Laico Colaborativo Brasileiro. In: VIEIRA, Thiago Rafael; REGINA, Jean Marques. *Direito religioso: questões práticas e teóricas*. Porto Alegre: Vida Nova, 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte. 2012. 281 f. Tese (doutorado em direito) -Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em 06 jul. 2022.