

# **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA – EXPERIÊNCIAS DE UM CASO CONCRETO**

Belisário dos Santos Jr.<sup>1</sup>

## **INTRODUÇÃO – O PAPEL SOCIAL DA ADVOCACIA**

Por suas lutas em favor da cidadania, a advocacia teve papel de destaque na Constituição Federal, agora trintenária. Ali se reconheceu ser o advogado indispensável à administração da justiça, sendo como consequência a ele atribuída a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Em outras palavras o advogado é indispensável ao exercício de um dos poderes da República. A advocacia é verdadeiramente

---

<sup>1</sup> Advogado, integrante de Rubens Naves Santos Jr. Advogados, membro da Comissão Internacional de Juristas, membro do IBAP, Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (1995-2000) e membro da Comissão de Direitos Humanos Paulo Evaristo Arns – Comissão ARNS.

um dos elementos da administração democrática da Justiça.<sup>2</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA lembra ainda que por essa razão o advogado sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Isto no passado, no presente e no futuro.

Por esse mesmo motivo, o ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB, ao tratar da ética do advogado, relembra que nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve ser obstáculo para deter o advogado no exercício de sua nobre missão (art. 31, § 2º).

Nestes tempos difíceis, de polarização política e ideológica, em que o discurso de ódio passou a ser moeda corrente e atos de intolerância a manchete cotidiana, será interessante (re)visitar a magnífica coletânea “HOW CAN YOU REPRESENT THOSE PEOPLE”<sup>3</sup>. Nela proeminentes advogados americanos respondem ao que se chama, no mundo penal, de “Cocktail Party Question”: “Como Você pode representar essa gente?” Em especial se recomenda a leitura do artigo de Monroe H. Freedman, um dos coordenadores do livro: “*Why it’s essential to represent “Those People”*”, escrito em 2013, mas parece visar o nosso atual momento, principalmente quando relembra que o poder de investigar é o poder de destruir. Nestes próximos tempos a independência do advogado será posta à prova ao extremo.

Outra leitura obrigatória será a do CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB que precisa melhor, em toda sua extensão, o papel social do advogado de defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social.

É fundamental assinalar que a luta pela preservação da democracia é a contribuição do advogado para a sociedade, porque a

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 612.

<sup>3</sup> SMITH, Abe e FREEDMAN, Monroe H., **HOW CAN YOU REPRESENT THOSE PEOPLE**, 1ª. ed, New York: Palgrave MacMilan, 2013. P. 73 e ss;

função social do advogado ele a exerce sob quaisquer condições ou regimes. Confirma-se importante realização da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo em conjunto com o Núcleo da Preservação da Memória Política – criando o Memorial da Luta pela Justiça<sup>4</sup>, que se destina a relembrar a atuação dos advogados brasileiros e outros trabalhadores durante e contra a ditadura militar.

Nessa medida, em sua atuação profissional, cumpre ao advogado o compromisso de sempre alargar o campo e as fronteiras das liberdades e garantias e enfrentar cada caso concreto com a devida atenção ao cliente e seus interesses a serem preservados, mas também com um olhar à sua missão crucial de preservar a democracia e o Estado de Direito.

Com esse espírito, participei de interessantíssimo caso de liberdade de expressão com raiz na liberdade religiosa que é, de certa forma, o *leading case* dessa matéria no STF. Este artigo é um pouco a história do caso, em que atuei profissionalmente desde o início até a concessão do habeas corpus anos depois, as questões nele versadas, a limitação que se tentou opor ao instituto do *habeas corpus*, as teses e estratégias que envolveu até ser decidido em última instância pelo Supremo Tribunal Federal.

## **O CASO DE UM LIVRO COMBATIDO COM AÇÃO PENAL**

Um importante líder religioso de São Paulo escreveu um livro dizendo dos deveres do povo católico no sentido de manter os princípios de sua fé ante outras religiões, confissões e crenças e seus símbolos e suas práticas, publicando-o com o sugestivo nome de “Sim, Sim! Não, Não! Reflexões de cura e libertação”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Sediado na antiga sede da Justiça Militar Federal em São Paulo;

<sup>5</sup> <<https://www.saraiva.com.br/sim-sim-nao-nao-10297905.html>>;

O livro se vale de duras afirmações, notadamente em sua parte primeira, para dizer em resumo que aqueles que adotam o catolicismo não podem e não devem conciliar princípios e práticas antagônicas ao estatuído pela doutrina que rege sua fé.

Um representante do Ministério Público da Bahia entendeu que esse livro afrontava a doutrina espírita e as religiões de matriz africana e, reproduzindo apenas seis pequenos trechos de um livro de 127 páginas, ofereceu denúncia pedindo a condenação do sacerdote às penas do artigo 20, § 2º da Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor<sup>6</sup>.

Esta forma de agir, com pinçamento de trechos isolados de seu contexto, e consequente perda do sentido original, já havia sido censurada pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso do Bispo de Criciúma/SC<sup>7</sup>:

*“...a imputação se insula em trecho isolado e, depois, seccionado de um sermão, o que suprime, ex ante, a compreensão do seu sentido, objetivada, principalmente em casos tais, com a exigência legal da exposição circunstanciada dos fatos tidos como criminosos (artigo 41 do Código de Processo Criminal...”*

O texto integral e o contexto da obra permitem a conclusão de clara inexistência do ânimo discriminatório. A discriminação só se compõe com o ânimo de suprimir, eliminar ou explorar o que é discriminado. Confira-se esta citação ilustrativa:

---

<sup>6</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional ((Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97), .....§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).....Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97);

<sup>7</sup> **HC 28375 (2003/0074893-6 - 22/03/2004)**, **Relator:** Ministro HAMILTON CARVALHIDO. SEXTA TURMA – **Data do Julgamento** 09/03/2004, DJ 22/03/2004 p. 367 – RSTJ vol. 190 p. 582;

*“Não estou falando contra as pessoas espíritas, contra as pessoas que frequentam umbanda, candomblé, mas estou falando aos cristãos que são inocentes úteis: sem saber dos fatos, vão e fazem tudo isso, só para conseguir o que desejam e do jeito que desejam”<sup>8</sup>.*

E de preconceito não havia que se cuidar, uma vez que preconceito traduz a noção de “conceito ou opinião formados antes de se ter os conhecimentos adequados” ou “opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou razão”<sup>9</sup>. Ora, ainda que não se concorde com os fundamentos do Autor do livro sob análise, eles existem, assentam-se em passagens bíblicas e estão expostos ao longo de 127 páginas, de que a denúncia só havia valorizado seis trechos.

No livro apreendido, o Autor apresentara a Verdade a que servia e que se sustentava na doutrina consagrada nos livros da Bíblia. Não o movia a intenção de preencher o tipo penal de racismo. E a lei 7.716/89 exige conduta dolosa. Sem crime não haveria possibilidade de prosseguimento regular de um processo penal.

Mas, o fato é que a denúncia foi recebida. O processo regular iniciou seu trâmite. O Tribunal de Justiça da Bahia negou a concessão de *habeas corpus*. O trâmite da ação penal só foi sobrestado por liminar concedida pelo Superior Tribunal de Justiça, com parecer favorável do Ministério Público Federal. Mas, a partir de então, um simples pedido de reconhecimento de prescrição foi deferido, mas imediatamente reconsiderado pelo Relator, sob a afirmação de que a hipótese era de racismo, operando-se a vedação do artigo 5º, XLII, que reconhece imprescritível sua prática. Daí em diante o caso voltou a ganhar fôlego, tanto em primeira instância, quanto no STJ. É o que veremos em seguida.

---

<sup>8</sup> pg. 39 do livro citado;

<sup>9</sup> in Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa – MIRADOR 1977, 2ª. ED. P. 1383;

## TEMAS DE ÍNDOLE PURAMENTE PENAIS

Muitas questões de índole puramente penal e processual penal foram debatidas nos sucessivos recursos aos Tribunais. A inépcia grave da denúncia, a falta de motivação da decisão que a recebeu, falta de justa causa para a ação penal, falta de tipicidade da conduta, distinção entre religião e sentimento religioso, a discussão da legalidade de sacrifício religioso de animais, entre outros temas.

O saudoso Professor René Ariel Dotti ofereceu brilhante parecer em relação a algumas dessas questões, destacando aspectos penais relevantes à defesa,

Realço aqui, no entanto, trecho de natureza filosófico-política, que dá conta de uma especial sensibilidade em torno da liberdade de expressão:

“A posição crítica de um livro pode e deve ser enfrentada com outro livro, e não com a fogueira da Inquisição (atualizada com a função de retribuição da pena criminal) ou com a restrição penal da liberdade.<sup>10</sup>”

(Professor René Ariel Dotti)

Mas, para os objetivos da presente coletânea, este artigo se centrará nos aspectos mais claramente identificados com as liberdades de expressão e de religião, deixando de lado aspectos outros sumamente interessantes, mas que podem ser consulados por via de acesso aos autos originais do RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 134.682 BAHIA, ante o Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>10</sup> In parecer do jurista Prof. René Ariel Dotti, fornecido ao Peticionário, anexado a este Habeas Corpus e que será referido doravante como Parecer Dotti.

## LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A ideia central, na defesa penal de um livro, cuja matriz é a sustentação dos princípios básicos da religião de seu autor, é lembrar que ainda não desertaram do texto constitucional a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Estão ali previstas em várias passagens, principalmente no seu artigo 5º.

Em parecer específico no caso, e lembrando ter sido o livro destinado a crentes católicos, exatamente por que se lhe cobrava coerência com sua fé, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, assim se expressa:

“...a livre manifestação do pensamento implica, à evidência, o direito de expor as próprias convicções, mesmo que de possível contestação pelos que pensam diferentemente. E, na medida em que estas convicções são levadas àqueles que são favoráveis às mesmas, como forma de fortalecê-las, não há porquê, os que delas não comungam, outorgarem-se o direito de silenciá-las, visto que não as são dirigidas.”

E, tratando especificamente do artigo 220 da Constituição Federal, que versa sobre a liberdade de manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, o Parecer IVES GANDRA relembra que<sup>11</sup>:

“Não contente o legislador em dizer que tais manifestações não sofrerão qualquer restrição, reforçou a dicção, ao dizer que as limitações não poderiam ser de qualquer natureza, ou seja, “sob qualquer forma, processo ou veículo”. À nitidez, o constituinte entendeu que, ao falar em veículo (meio de comunicação social), processo (qualquer tipo de divulgação) ou forma (latitude máxima), eliminaria qualquer

---

<sup>11</sup> SILVA MARTINS, Ives Gandra, “in COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 8º. Volume, SARAIVA, p.873;

atentado sobre a liberdade de imprensa ou a livre manifestação do pensamento.”

A democracia vive desse entrelaçamento de ideias, da circulação livre de pensamentos. Daí a proteção dada pela Constituição. É que ideias se combatem com outras ideias. A refutação de argumentos deve ser feita por meio de raciocínios que sejam consistentemente opostos. Essa é a arte da retórica.

Do contrário, as pessoas só poderiam divulgar fatos e manifestar opiniões que promovessem a louvação dos indivíduos, o que, conforme ensina o constitucionalista LUIZ ROBERTO BARROSO, parece de difícil compatibilização com um Estado plural e democrático<sup>12</sup>.

As liberdades dos cidadãos, entre elas a de expressão, correspondem a uma exigência de “não fazer” por parte de toda autoridade, de todos que detêm alguma espécie de poder. As liberdades são tuteladas por uma conduta omissiva do Estado. O Estado não poderá ser o obstáculo que se antepõe ao seu exercício. E, como já visto acima, ideias não se combatem com direito penal.

Em termos de religião, a questão da liberdade de expressão ganha dimensão especial. A liberdade de consciência e de crença é absolutamente assegurada, com proteção do *exercício* dos cultos religiosos, garantida a proteção aos locais em que isto ocorre e a suas liturgias (CF, art. 5º, VI).

Em relação à liberdade de expressão religiosa, respeitada a liberdade dos outros, assegura-se o direito de cada cidadão defender por que formas e meios se atinge a dimensão de Deus por ele especialmente professada. E aqui está implícito o direito de cada qual entender que sua forma de se ligar a Deus pode ser a verdadeira.

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto. COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE. CRITÉRIOS DE PONDENRAÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI DE IMPRENSA. in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, jan-mar 2004, Volume 235, p. 1-36.

Assim, impedir que alguém afirme sua verdade, porque outras pessoas entendem que a verdade está em outra parte, e se sensibilizam sempre que isto é questionado, é negar a expressão livre. De outra forma, a liberdade de expressão restaria letra morta no texto da Constituição.

O que importa é garantir o direito de um religioso dirigir-se ao seu público (no caso, o católico) dizendo-lhe para não adorar ou possuir determinados símbolos, com críticas às práticas e aos textos de doutrinas que entende opostas à sua, valendo-se de trechos bíblicos.

A liberdade de expressão incidiu, na hipótese do livro “Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação”, protegendo o direito de o Autor manifestar sua convicção de padre da religião católica, de expressar ideias que são absolutamente lícitas e em si mesmas nada encerram de preconceito ou discriminação.

As assertivas feitas no livro e criticadas na denúncia penal oferecida ou se fundamentam em textos bíblicos ou são comparações necessárias à proclamação da convicção pessoal do seu Autor, a serem respondidas senão com aceitação ou crítica, talvez com outros livros, com artigos, com e-mails sóbrios ou indignados, ou até com demonstrações de tolerância, como alguns dos escritos que acompanham a representação inicial que alicerça a denúncia.

Após exaustiva e completa análise do caso, IVES GANDRA assim conclui<sup>13</sup> do ponto de vista da liberdade de expressão prevista na Constituição

- a. não vejo qualquer discriminação, em livro escrito para católicos, que um autor católico defenda que os católicos sejam católicos e que creiam na superioridade de seu credo, manifestando sua visão pessoal sobre qualquer religião, inclusive a espírita;

---

<sup>13</sup> Pg. 44/47 do Parecer IVES GANDRA lançado nos autos;

- b. não conheço nenhuma religião cujos seguidores não a considerem melhor do que as outras, nem procurem demonstrar a seus fieis que assim é;<sup>14</sup>
- c. Considero censura à liberdade de crença e de expressão, a proibição de interpretação do evangelho, à luz de passagens que relatam episódios de pessoas possuídas por espíritos malignos, à época de Cristo, exposta pelo autor, que, em sua pessoal visão, critica a consulta aos espíritos;
- d. Considero que o inciso VI do art. 5º da Constituição foi violado pela apresentação da denúncia, que maculou a inviolabilidade da liberdade de expressão e de crença do autor;<sup>15</sup>
- e. Considero, também, maculado o inciso VIII do art. 5º, pelo Ministério Público, pois pretende privar o autor do direito de crença, expresso na interpretação, embora pessoal, de passagens do Evangelho em que Jesus Cristo expulsa espíritos malignos do corpo de possuídos: é de se lembrar que, para os seguidores do islamismo, os cristãos são tidos, entre os xiitas, como servidores de Satã;<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> O vocábulo religião vem de religar o homem com Deus, em face de sua queda original (“religo, avi, atum, are” em latim).

<sup>15</sup> André Ramos Tavares escreve: “Em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso á informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão. Esta situação faz com que, na advertência de JÔNATAS MACHADO: “(...) uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga circunscrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado actual da teorização, impossível, se é que não o será de todo” (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2008, p. 578/579);

<sup>16</sup> César Arruda Castanho escreve: “Nas lutas pela sucessão de Maomé formaram-se duas correntes sunitas e xiitas. O islamismo se estendeu por outros países com a força das armas, penetrando no século VII na Síria, Pérsia (Irã) e Egito; no sé-

- f. Considero, por outro lado, que fere, a proposição dos eminentes procuradores, o inciso IV do art. 3º da C.F., que veda qualquer discriminação, visto que pretende proibir que um escritor católico diga para católicos o porquê devem acreditar na sua fé e não na dos outros.”

O certo é que, jamais, em casos como o da exposição de convicções religiosas, a resposta deve ter o peso do Estado, com a censura e o cerceamento da opinião e, pior, com o início de processo penal que pode conduzir à perda da liberdade do autor de um livro. Estamos no Brasil. Vivemos um Estado Democrático de Direito. Definitivamente temos de aprender a conviver com a crítica, com antagonismos, com opinião divergente, com gente que pensa diferente e quer se expressar, direitos que a Constituição assegura para todos.

## DA LIBERDADE DE RELIGIÃO

Tratando da liberdade de crença assegurada pela Constituição da República, o Professor ANDRÉ RAMOS TAVARES entende não haver sentido entender que a liberdade de religião (prevista basicamente pelo artigo 5º, VI) possa existir **sem** a liberdade de divulgação dessa crença.

Em parecer especialmente oferecido ao caso concreto, o emite constitucionalista afirma:

“...Em resumo do que foi desenvolvido até o presente momento, tem-se a liberdade de crença, assegurada basicamente no

---

culo VIII atingiu a África do Norte, Espanha e algumas partes da Índia: no século XI estendeu-se à Ásia Menor: e a partir do século XV por toda a Europa. Como herdeiro do helenismo, o islamismo em sua luta contra o cristianismo criou uma cultura própria com bastante sucesso em filosofia, direito, arte etc. As missões católicas não conseguiram êxito nos territórios onde o islamismo predominava como religião” (grifos meus) (Dicionário Universal das Idéias, Editora Meca, p. 239);

art. 5º, VI, da CB, a qual denota a proteção dada ao indivíduo de professar a sua crença (dimensão coletiva da liberdade religiosa). Há uma liberdade de expressão religiosa, bem como uma liberdade de divulgação de sua crença. Viu-se, ademais, que, invariavelmente, as religiões detêm pretensões universalistas, sendo reputadas, por isto, teorias morais de primeira ordem, o que implica a negação, por uma religião, dos valores detidos pelas demais. Intentar impor uma tolerância dogmática (de forma que esta não possa exercer o seu discurso proselitista) a uma religião de natureza universalista é impor a sua negação, conforme bem destacou Geoffrey Harrison (“Relativism and Tolerance”. In Peter Laslett e James Fishkin (ed.), *Philosophy*, 5<sup>th</sup> series. New Haven: Yale University Press, 1979, p. 287).

Com vistas a cumprir sua pretensão universalizante, as religiões, invariavelmente, lançam mão do proselitismo religioso, com o intuito de arregimentar crentes, prosélitos. Este recurso se encontra devidamente protegido pela liberdade constitucional de divulgação da crença. Aliás, outra não poderia ser a conclusão, uma vez que o proselitismo invariavelmente afigura-se como um dos elementos basilares do cristianismo e da Igreja católica (vide, nesse sentido, MARCOS, 16 e 15 e Atos dos Apóstolos, 2, 38-39).”

Há outras decisões dos Tribunais brasileiros que entendem não ser possível criminalizar a exteriorização da liberdade de crença religiosa, como se vê deste julgado do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, citado por CELSO DELMANTO<sup>56</sup>:

“...a assertiva de que determinadas religiões traduzem “possessões demoníacas” ou “espíritos imundos” espelham tão-somente posição ideológica, dogmática, de crença religiosa”...(TACrSP, RJDTACr 23/374).”

Assim, se a liberdade de crença envolve o direito de pugnar por novas adesões, no caso que se examina, o livro se dirige exclusivamente para reforçar as adesões já obtidas à fé cristã de credo católico

ou para convencer àqueles indecisos entre a fé católica e a doutrina espírita ou os cultos de origem africana.

A obra é de proselitismo, no sentido de manter os seguidores conquistados pela Igreja Católica. Até mesmo poderia se dizer ser o livro uma obra de apologética, no sentido léxico e teológico da expressão:

“Apologética, 1. Parte da Teologia destinada a defender a religião contra os ataques dos adversários. 2. Defesa argumentativa sistemática ou discurso em defesa de alguma doutrina, teoria ou idéia.”<sup>17</sup>

Ninguém espera que os partidários da doutrina e dos cultos a quem um livro de cunho religioso possa se opor aceitem sua mensagem. A polêmica entre as religiões e cultos é antiga. Suas comunicações e pretensões partem de valores religiosos históricos, contidos em documentos religiosos e não criados pelo livro em questão. De um padre de uma confissão religiosa, não se espera nem se poderia exigir conduta diversa da de sustentar sua fé e a doutrina em que ela se funda.

Ora, entre os pressupostos da culpabilidade, além da imputabilidade e da consciência da ilicitude da ação ou da omissão, está precisamente a exigibilidade de conduta diversa<sup>18</sup>. Nas circunstâncias dadas, ao lado do procedimento punível, deverá estar presente, para contraposição, um comportamento conforme o Direito, que pode ser exigido de todo homem normal em condições normais.

Se a liberdade de pregar é ínsita à liberdade de culto e de exercício desse culto, não há outro comportamento a ser exigido daquele que, professando uma religião, quer dela dizer ser melhor que a dos outros.

---

<sup>17</sup> in Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa – MIRADOR 1977, 2ª. ED. P. 166;

<sup>18</sup> pg. 62/3 do Parecer ARIEL DOTTI, lançado nos autos;

ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>19</sup>:

“Em razão disto, não há como pretender que a mensagem constante do livro em apreço apregoe a convivência com as demais religiões. Nem isso poderia ser erigido como pressuposto constitucional ao livre exercício da liberdade de religião. Pelo contrário, isso implicaria a negação desta religião, conforme visto. Ressalte-se que a própria obra é consciente da intensidade (“polêmica”) da mensagem que passa, mas o faz por que esta está apenas a externar os valores de sua religião.”

Prossegue o festejado constitucionalista para registrar o que poderá ser interpretação constitucionalmente adequada do artigo 20, e seus parágrafos 2º. e 3º., da Lei n. 7.716/89, em face da liberdade religiosa. O discurso religioso proselitista não merece ser criminalizado. Igualmente, não se pode reputar como discriminação qualquer discurso que avenge desigualdades<sup>20</sup>. E vale-se do magistério de NORBERTO BOBBIO, para esclarecer que a desigualdade desemboca em discriminação quando completa três passos<sup>21</sup>. O primeiro consiste na realização de um juízo de fato: no caso “a diferenciação legítima (e não discriminatória) entre o Cristianismo e o Espiritismo”. O segundo passo envolve a realização de um juízo de valor: na diferenciação entre dois grupos, a qualificação de um deles como superior ou melhor. Até aqui não há discriminação. A etapa derradeira, conta-nos o RAMOS TAVARES<sup>22</sup>:

“A etapa derradeira para configurar uma desigualdade efetivamente como discriminação (penalmente sancionável e condenável) reside num juízo obrigacional, por parte daquele que se reputa superior, de explorar, escravizar ou eliminar aquele que é considerado inferior:

---

<sup>19</sup> Parecer lançado nos autos;

<sup>20</sup> Pg 68 do Parecer RAMOS TAVARES lançados nos autos;

<sup>21</sup> pg 68do Parecer RAMOS TAVARES lançado nos autos;

<sup>22</sup> pg 71 do Parecer RAMOS TAVARES lançado nos autos;

“Para que a discriminação libere todas as suas conseqüências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a conseqüência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo.” (NORBERTO BOBBIO. Elogio da serenidade, São Paulo: Editora Unesp, 2000, p. 109, original não grifado).

Em outras palavras, um discurso desigualador somente redundará em discriminação se trazer em seu conteúdo um dever, por parte daqueles que se autoproclamam superiores, de explorar, escravizar ou eliminar (eliminação, aqui, em um sentido físico ou territorial) os considerados inferiores. Este ponto é essencial para a resolução da dúvida que paira sobre os limites do discurso religioso proselitista e a sua configuração ou não em prática discriminatória.”

Essa é a magna questão, ante um livro acusado de racismo: a mensagem é simples discurso proselitista ou um proibido e abominável discurso discriminatório<sup>23,?</sup>

## O DISCURSO DE ÓDIO

O livro do religioso católico chegaria às raias da discriminação proibida, reconhecimento para o qual é necessária a presença do sentido de explorar e eliminar?

É precisamente a resposta à questão acima que pode distinguir este caso de outro famoso, o caso Elwanger, em que o Autor dos escritos incriminados parecia querer o mal para todos os que não professassem sua doutrina política, o nazismo, em nome de que o mundo assistiu estarrecido ao Holocausto.

No julgamento do Habeas Corpus 82,424 – RS, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried

---

<sup>23</sup> pg 72 e ss do Parecer RAMOS TAVARES lançado nos autos;

Ellwanger imposta a ele pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. O julgamento do Habeas Corpus (HC 82424) ajuizado pela defesa de Ellwanger foi rejeitado pelo Plenário por maioria de sete votos a três, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.

Interessante analisar os votos desse importante acórdão sobre liberdade de expressão. O Ministro Marco Aurélio disse em seu voto vencido:

“Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos”, disse adiante.”

Mas, a maioria entendeu que o livro poderia servir à prática de racismo, reconhecendo na ideia matriz – o nazismo – e na forma do discurso o viés de *hate speech*.

Importante será consultar a obra de JEREMY WALDRON, *The Harm In Hate Speech*, de que cito este trecho<sup>24</sup>:

“In fact, though the two ideas – hate speech and hate crimes – do have a distant connection, they really raise quite different issues in our thinking about law. The idea of hate crimes is an idea that definitely does focus on motivation: it treats the harboring of certain motivations in regard to unlawful acts like assault or murder as a distinct element of crime or as an aggravating factor. But in most hate speech legislation, hatred

---

<sup>24</sup> WALDRON, Jeremy. **THE HARM IN HATE SPEECH**. 1ª. ed. US: HARVARD, 2014. P. 35;

is relevant not as the motivation of certain actions, but as a possible effect of certain forms of speech.”

A liberdade de expressão anda de braços dados com a proibição do discurso de ódio o que, sendo fácil de dizer, não é tão obviamente constatável na prática. Alberto da Silva Franco<sup>25</sup> afirma que:

O proselitismo, portanto, possui legitimidade constitucional e, no exercício do proselitismo, não tem cabimento o Estado interferir penalmente, a não ser em situações excepcionais, como, por exemplo, quando o proselitismo incita à violência ou promove “uma guerra santa contra as demais religiões. Estes conteúdos, desnecessário seria dizê-lo, não estão protegidos pela liberdade de divulgação de crenças”.

E prossegue para concluir, com apoio na doutrina de WEINGARTNER NETO, que a proibição do *hate speech* merece ser cercada de cautelas:

...“valorar e proscrever qualquer das opiniões em confronto implicaria a existência de um sistema de censura, ‘de tendência expansiva, razão pela qual uma ‘doutrina de restrição do discurso a partir do ódio’ (*hate speech; hate crimes*) em nome de uma ‘moralmente correta *política de amor*’, tem que ser objeto de maior precaução, sob pena da ‘nova liberdade de expressão’ confundir-se com a ‘velha censura’. O papel do direito penal e do direito civil nesta equação, ainda não é claro – em boa medida, o problema parece reconduzir-se à questão de saber qual o alcance que deve ser dado à obrigação de tolerância. (...). Só deveria haver limitações de expressão quando houvesse uma intenção clara de incitar o ódio racial ou religioso, e não quando o objetivo fosse expressar opiniões, por mais desagradáveis que sejam”<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> ALBERTO SILVA FRANCO, parecer especial lançado nos autos;

<sup>26</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 310 e 312.

A ideia matriz do discurso proibido, conforme decisão do STF no caso ELWANGER, era a apologia ao nazismo, a negação do holocausto, ideias consideradas em si nefastas, capazes de gerar ódio, oportunidade em que se tutelou a vedação de qualquer espécie de discriminação, inclusive de viés religioso.

A ideia matriz do livro SIM, SIM! Não, Não! era a defesa da doutrina católica, discurso lícito e constitucionalmente compatível. A negativa do discurso de ódio foi o centro do recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, bem lecionou ANDRÉ RAMOS TAVARES:

“A discriminação religiosa, proibida pelo art. 20, da Lei n. 7.716/89, refere-se ao discurso que incita à supressão da outra religião, por meio de perseguições e atos de violência. Discursos que visam a converter, pela fé, os membros das demais religiões, a outra fé, não hão de ser reputados como discriminatórios.”

Como visto, o simples discurso proselitista ou apologético, em si, tendente a buscar adeptos ou mantê-los no sentido de dar-lhes Salvação, por eloquente que seja, não se caracteriza como discurso de ódio, nada tem a ver com supressão de outro culto ou doutrina por meio de perseguições ou atos de violência.

A Ementa do Caso em estudo

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 134.682 BAHIA

**RELATOR:** MIN. EDSON FACHIN  
**RECTE.(S):** JONAS ABIB  
**ADV.(A/S):** BELISÁRIO DOS SANTOS JÚNIOR E OUTRO(A/S)  
**RECDO.(A/S):** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

### **Acórdão**

1. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação.

2. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas.

5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior.

6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio

ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável.

7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais.

### **Conclusão**

Em resumo.

Um livro como o de autoria desse líder religioso estaria a exigir outro livro, se refutar as ideias ali contidas fosse o intuito de quem pensa diferente.

Ou quem sabe, pensadores de diferentes doutrinas filosóficas deveriam escrever livros dizendo o que os aproxima. Que princípios ou valores professam em comum e, talvez, fossem livros alentados.

Mas, certamente, e é da essência da nossa civilização poder assim proclamar, livros não devem ser queimados na fogueira do direito penal.