

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Elias Noello Paranhos

AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE
RELIGIOSA PELA CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOTRANSFOBIA

Passo Fundo

2022

Elias Noello Paranhos

AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE
RELIGIOSA PELA CRIMINALIZAÇÃO DA
HOMOTRANSFOBIA

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de Fahd Medeiros Awad.

Passo Fundo

2022

A Cristo Jesus, que morreu em meu lugar; a Deus Pai, que dantes me conheceu; ao Espírito Santo, Consolador da minha alma;

Aos meus pais: provedores, apoiadores, conselheiros; sem eles, nada seria feito;

À minha tia, que desde cedo tem sido como uma mãe;

À Igreja do Senhor, base sustentadora nas adversidades da vida;

Aos meus queridos amigos, com quem tenho o prazer de compartilhar conhecimento.

Agradeço a Deus, Criador e Provedor de todas as coisas, que me deu a capacidade para a elaboração deste trabalho;

Agradeço ao Prof. Fahd Medeiros Awad, que me orientou durante este processo;

Agradeço aos meus pais, que sempre estiveram comigo quando mais precisei, nunca poupando esforços para me auxiliar durante a confecção desta monografia.

“O temor do Senhor é o princípio da sabedoria, e o conhecimento do Santo é prudência” (Provérbios 10.9)

RESUMO

A equiparação da homotransfobia às condutas de racismo pela ADO 26, quando em conflito com discursos ofensivos, pode entrar em choque com a liberdade religiosa, que se externaliza por meio do proselitismo. As implicações daí decorrentes são sensíveis, variando entre preferências e concepções prévias do julgador, mas sempre tendo por base o conflito entre dignidade da pessoa humana e a liberdade de crença e de culto. Para compreender o assunto, três momentos são necessários: a abordagem sobre direitos fundamentais na Constituição de 1988, a fixação do direito à liberdade religiosa como um *cluster right* no ordenamento jurídico e as nuances da ponderação entre os preceitos fundamentais mencionados. A metodologia utilizada para tanto foi a pesquisa bibliográfica, buscando doutrinadores nacionais e internacionais e trazendo à baila suas contribuições para o tema. Não obstante, a jurisprudência pátria acerca da interpretação desses direitos, bem como a contribuição dos ordenamentos jurídicos alienígenas (alemão e estadunidense) para a solução dos casos concretos. Em suma, os direitos fundamentais serão analisados no tocante ao seu âmbito de proteção, a interpretação a eles aplicada e o princípio-mor que os origina: a dignidade da pessoa humana. A liberdade religiosa será vista com relação ao seu conteúdo normativo, seu instrumento de externalização (proselitismo) e aplicação prática em precedentes nacionais. Por fim, o conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana será abordado em aspectos doutrinários, jurisprudenciais e comparativos com os ordenamentos alienígenas.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; discurso de ódio; homotransfobia; liberdade religiosa; proselitismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1.1. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais
- 1.2. Noções introdutórias de hermenêutica constitucional
- 1.3. Dignidade da Pessoa Humana como princípio-mor

2. A DOGMATIZAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

- 2.1. O conteúdo normativo do direito fundamental à liberdade religiosa
- 2.2. O proselitismo como externalização da liberdade de crença e de culto
- 2.3. Casuística nacional quanto à liberdade religiosa

3. AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO PROSELITISMO PELA HOMOTRANSFOBIA

- 3.1. Ponderação entre princípios: liberdade de expressão vs. dignidade da pessoa humana
- 3.2. A penalização de atos ofensivos à dignidade humana como limitação ao proselitismo
- 3.3. Contribuições do direito comparado

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Após longos anos de irrazoável ausência de implementação e concretização dos mandamentos constitucionais referentes à criminalização de condutas preconceituosas contra homossexuais e transexuais, o Supremo Tribunal Federal (STF), unanimemente, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733 para, entre outros, equiparar as condutas homotransfóbicas aos diversos tipos penais existentes na Lei nº 7.716/89 (Lei do Preconceito) (BRASIL, 2019, p. 2).

Aderindo à teoria concretista, o órgão máximo do Poder Judiciário, por injustificável inércia legislativa na regulação dos preceitos fundamentais, utilizou a ação como instrumento para concretização de direitos, visando à punição de atos de discriminação praticados contra indivíduos homossexuais ou transexuais, isto é, em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero do ofendido (BRASIL, 2019, p. 2).

Para tanto, fez uso da técnica da interpretação conforme a Constituição para enquadrar, no conceito de racismo, as condutas acima mencionadas, destacando que não se trata de analogia *in malam partem*, absolutamente vedada em matéria penal (BRASIL, 2019, p. 3).

Assim, pelo fato de as vítimas pertencerem a grupo vulnerável (LGBTI+), fora da hegemonia social, são considerados estranhos, diferentes, marginais do ordenamento jurídico e, por conseguinte, expostos à inferiorização e estigmatização, excluídos da proteção estatal (BRASIL, 2019, p. 6), motivo pelo qual se entendeu por bem estender o conceito de racismo para abranger, também, a homotransfobia.

Noutra senda, é notório que diversos grupos cristãos, especialmente aqueles oriundos do protestantismo, têm em seus dogmas como pecaminosa a conduta homossexual, de modo que, ao externalizar a crença, podem acabar incorrendo em discursos de ódio, conduta criminalizada pelo artigo 20 da Lei do Preconceito.

Adiantando-se, o Supremo Tribunal Federal reafirmou que o direito de divulgar a fé é assegurado, seja por palavra, por imagem ou por qualquer outro meio, externando-se as convicções conforme o próprio pensamento e de acordo com o aprendido em livros e códigos sagrados, bem como a liberdade de ensinar a linha doutrinária ou teológica, buscar e conquistar prosélitos e realizar atos de culto da liturgia, em espaços públicos e privados (BRASIL, 2019, p. 8).

Não obstante, condicionou esse exercício com condutas que não caracterizem discurso de ódio, isto é, as que incitam discriminação, hostilidade ou violência contra pessoas, em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero (BRASIL, 2019, p. 8).

Com efeito, manifestações que estimulam a hostilidade, incitem a discriminação e provoquem a violência são consideradas *hate speech* (discurso de ódio), não recebendo amparo da Constituição Federal (BRASIL, 2019, p. 8).

Desse modo, a partir da equiparação da homotransfobia ao racismo criminalizado na Lei do Preconceito, cumpre responder-se quais são as suas implicações ao exercício da liberdade religiosa das denominações protestantes por meio do proselitismo religioso.

Para tanto, além do objetivo principal, que é encontrar resposta ao problema acima trazido, outros escopos podem ser destacados, configurando o caminho para se alcançar o alvo principal deste trabalho.

Com isso, duas hipóteses podem exsurgir desta indagação: (i) a limitação ao proselitismo religioso em favor da proteção ao grupo minoritário LGBTI+ ou (ii) a flexibilização de certas condutas ofensivas, prevalecendo a liberdade do indivíduo.

Assim sendo, entre outros pontos, deve-se analisar a dignidade da pessoa humana como princípio-mor da Constituição Federal, visto que é o preceito do qual exsurgem todos os demais e o filtro pelo qual as interpretações normativas devem passar.

Ademais, é importante abordar o âmbito de proteção aos direitos fundamentais e compreender a ponderação entre princípios constitucionais, para que, com isso, possa-se chegar à melhor aplicação possível nos casos concretos relativos à problemática.

Seguindo, é necessário entender o exercício da liberdade religiosa por meio do proselitismo religioso, que é soma do direito à liberdade de expressão com o direito à liberdade de crença e de culto.

Além disso, compreender a forma resolução dos conflitos de outros princípios fundamentais frente à liberdade religiosa é de suma importância, para que se perceba como o Tribunal Constitucional pátrio tem interpretado esse direito. Para tanto, é abordar casos pátrios referentes aos conflitos de direitos e garantias constitucionais.

Por fim, visando ao enriquecimento da causa em âmbito nacional, buscar-se-ão possíveis respostas no direito comparado, trazendo ao cenário brasileiro as justificativas e concepções utilizadas nos ordenamentos alienígenas.

Desse modo, o presente trabalho se divide em três partes, cada qual com três subcapítulos.

Num primeiro momento, serão abordados, de forma geral, os direitos fundamentais da Constituição Federal, discorrendo-se brevemente sobre o neoconstitucionalismo, movimento importantíssimo na era do pós-positivismo.

Em sequência, aspectos do âmbito de proteção das normas constitucionais serão discutidos, visando à compreensão de quais fatos são abrangidos pela tutela da Lei Máxima, tema importante para, posteriormente, compreender quais condutas proselitistas são abarcadas pela liberdade religiosa.

A seguir, mecanismos de interpretação das normas fundamentais serão explicitados, visando demonstrar de que maneira o hermenuta deve compreender as disposições constitucionais e qual a melhor forma de aplicá-las.

O último assunto dentro do primeiro capítulo é a dignidade da pessoa humana, que, além de fundamento da República, é tida como princípio-mor do ordenamento jurídico e como norte interpretativo para todas as demais normas, sejam constitucionais, sejam infraconstitucionais.

Num segundo momento, o trabalho abordará especificamente a liberdade religiosa, direito fundamental sobre o qual podem incidir as implicações pela criminalização da homotransfobia.

Desse modo, o primeiro tema nesse grande item é o conteúdo normativo da liberdade religiosa, entendendo quais direitos encontram-se daí decorrem, bem como seu histórico evolutivo e principais discussões.

Após isso, verificar-se-á que o instrumento para externalização da liberdade religiosa é o proselitismo, que, como dito, é a soma da liberdade de expressão com a liberdade de crença e de culto, ambos protegidos constitucionalmente. É justamente esse preceito que poderá sofrer restrições judiciais e/ou legais em decorrência da equiparação do discurso de ódio contra homossexuais ao racismo.

Concluindo-se, a fim de se ter um norte no tocante à interpretação da liberdade religiosa em âmbito nacional, isto é, com quanta flexibilidade ou rigidez o princípio é analisado, discorrer-se-á sobre a casuística pátria no tocante ao tema.

O último momento deste trabalho tratará sobre as possíveis limitações à liberdade religiosa pela interpretação conforme a Constituição aqui versada, ou seja, entre o livre exercício de qualquer crença e a dignidade da pessoa humana, no tocante aos direitos da personalidade do indivíduo.

Assim, discutir-se-á, no aspecto doutrinário, o choque entre liberdade religiosa e o princípio-mor, verificando-se a ponderação entre os institutos e as vertentes científicas acerca do prevalecimento de um sobre o outro.

Após, a criminalização do *hate speech* será analisada, abordando-se a plausibilidade de limitação do exercício da liberdade religiosa por conta de tal penalização, inclusive citando-se precedente nacional sobre o conflito.

Por fim, a fim de buscar contribuições para o direito pátrio, abordar-se-ão casos internacionais sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, analisando-se os argumentos e ponderações trazidas pelos órgãos jurisdicionais alienígenas.

Com todos esses fatos em vista, passa-se ao desenvolvimento do presente trabalho, como meio para a solução do conflito suscitado.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A principal característica do Direito Constitucional é a presença dos direitos fundamentais na Carta Maior da República, outorgando aos indivíduos, grupos e classes sociais a garantia inalienável de proteção aos seus direitos.

Com efeito, os direitos fundamentais são considerados como o parâmetro para medição do grau democrático de certa sociedade, ao mesmo tempo em que dependem dela para a plena eficácia dentro do regime político (BRANCO, 2002, p. 104).

Historicamente, há diversos prismas sob os quais se pode analisar a evolução dos direitos fundamentais, que acompanha o crescimento do fenômeno denominado de constitucionalismo. Não obstante o fato de a sua concepção moderna ter surgido com as Revoluções Burguesas, o constitucionalismo possui vertentes mais remotas, deste antes do período do período medievo (SARLET *et al*, 2018, p. 42).

Define-se o constitucionalismo como o movimento que visa à limitação do poder autoritário estatal e ao estabelecimento de direitos fundamentais no documento que institui o ordenamento jurídico de determinada sociedade (LENZA, 2019, p. 64), baseado em aspectos políticos, sociais e culturais que questionam os planos jurídicos dos esquemas tradicionais de domínio político, ao mesmo tempo em que o reinventam e o fundamentam (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Nessa senda, percebe-se a existência de traços do constitucionalismo, especialmente no tocante à limitação do poder estatal, no pensamento jurídico hebreu, em que os atos e decisões do rei estavam adstritos aos padrões da Lei de Moisés, com fiscalização dos profetas sempre que a atividade soberana ultrapassasse os limites escriturísticos (LENZA, 2019, p. 65).

Classicamente, aponta-se a duas fases importantes no estudo do constitucionalismo e dos direitos fundamentais: a da Antiguidade, em que a liberdade se constituía da possibilidade de o cidadão exercer seus direitos políticos, e a da Era Moderna, em que a vida pessoal está no cerne do exercício da liberdade individual (BRANCO, 2002, p. 105).

Ainda na Antiguidade, o termo constituição designava um modelo de organização política da sociedade, com base no disposto nas obras de Aristóteles e Platão, especialmente (SARLET *et al*, 2018, p. 42).

Já no período medievo, com base especialmente nos escritos de Tomás de Aquino, a liberdade individual passou a ter por base a ideia de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e, portanto, possui direitos que devem ser respeitados pela sociedade e

pelo próprio direito positivo. Nessa linha, então, a discrepância entre o direito posto e o direito individual (natural) do cidadão, permitiria a resistência deste frente àquele (BRANCO, 2002, p. 105).

Foi neste momento histórico que surgiram as regras gerais de organização política, firmadas especialmente na forte tradição e nos costumes da sociedade existentes na época, derivados, em grande parte, da Igreja (SARLET *et al*, 2018, p. 41).

A Magna Carta, de 1215, que dispunha limitações aos atos do rei frente aos súditos, especialmente àqueles que tinham grandes posses de terras, também marca a presença do constitucionalismo histórico neste período.

Posteriormente, com o advento das teorias contratualistas, sobreveio a primazia do indivíduo sobre o Estado, especialmente como resposta ao absolutismo até então vigente. Nesse pensamento, especialmente traçado por John Locke, o cidadão, visando garantir sua vida, liberdade e propriedade, reunia-se em sociedade e cedia parte de sua liberdade para que o Estado garantisse a proteção desses bens, o que legitimava sua existência e atuação (BRANCO, 2002, p. 105).

É essa vertente filosófica que fundamenta as Revoluções Burguesas nos séculos XVII e XVIII, com documentos regentes de países como Inglaterra, França e Estados Unidos da América, seguindo para outros países europeus e americanos posteriormente.

São elas as responsáveis por iniciar o constitucionalismo moderno, além de estabelecerem os direitos de primeira dimensão, que são aqueles relacionados às liberdades individuais e que constituem abstenções do Estado frente aos cidadãos.

Assim, as teorias contratualistas inspiraram a elaboração da Declaração da Virgínia, em 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, que dispunham em seu conteúdo a existência de direitos inatos pertencentes ao homem, que o exerce de forma livre e sem aliená-los ao viver em sociedade (BRANCO, 2002, p. 105).

Dessa forma, em que pese a existência de direitos fundamentais desde a Antiguidade, é a partir do constitucionalismo que essas garantias passam a ser previstas nos documentos fundamentais do Estado, que legitimam e limitam a atuação estatal.

Modernamente, considera-se como ponto de partida desse movimento a Revolução Gloriosa, ocorrida na Inglaterra em 1688, que impôs limites permanentes à monarquia, instituiu o parlamentarismo no país e assegurou proteção aos direitos individuais por meio do documento chamado de *Bill of Rights* (BARCELLOS, 2018, p. 25)

O movimento constitucional moderno surge como resposta ao absolutismo, visando à legitimação do liberalismo político e econômico, garantindo a liberdade do cidadão frente

ao Estado e propiciando a existência do livre mercado, por meio da separação dos poderes e da previsão de direitos individuais na Constituição, documento maior do ordenamento (BRANCO, 2002, p. 108).

Como principais aspectos desse marco do constitucionalismo, tem-se a primazia da lei como fonte do direito (afastando-se do direito consuetudinário), o início das codificações e a mudança do poder soberano, até então figurado no príncipe, para a vontade geral expressada por meio das leis (SARLET *et al*, 2018, p. 43).

Também surge a ideia de personalidade jurídica do Estado, tornando-o sujeito de direitos e deveres e permitindo seja-lhe exigido comportamento de acordo com o Direito, com base nos direitos exercitáveis pelos indivíduos contra os poderes públicos (BRANCO, 2002, p. 109).

Com efeito, nessa fase do constitucionalismo são reconhecidos e positivados os direitos à liberdade, que constituem verdadeira abstenção do Estado frente ao indivíduo, isto é, a prestação negativa do poder público, de onde decorre o livre exercício da liberdade de consciência, da inviolabilidade do domicílio, da liberdade de crença e culto, entre outros (BRANCO, 2002, p. 109).

Essa prestação negativa do Poder Público, isto é, o dever de não intervir na esfera privada dos cidadãos, especialmente no que tange ao direito de propriedade, modelou o denominado Estado Liberal, caracterizado pelo absentéismo estatal.

Posteriormente, entre os séculos XIX e XX, os movimentos comunistas europeus, que refletiram em países americanos e africanos, também fizeram uso da Constituição para fundamentar seu modelo de Estado. A partir disso, o constitucionalismo passa a prever direitos trabalhistas e sociais nos documentos fundamentais dos ordenamentos jurídicos, como é o exemplo da Constituição Mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (Alemanha – 1919) (BARCELLOS, 2018, p. 27).

Com efeito, Constituições que derivaram dessa fase do constitucionalismo passaram a prever em seus dispositivos normas programáticas, de conteúdo social, que dispõem sobre metas e programas de governo a serem executados pelo Estado (LENZA, 2019, p. 67).

Busca-se, nessa linha, alcançar a liberdade real para todos os indivíduos, por meio de atuação do Estado, daí a previsão de direitos à saúde, educação, trabalho digno, entre outros, que constituem verdadeira atuação positiva do poder público, diferentemente da abstenção exigida no constitucionalismo liberal (BRANCO, 2002, p. 110).

Posteriormente, o constitucionalismo passou a prever não apenas direitos individuais e sociais, mas também direitos de titularidade transindividual, isto é, que se dirigem a todos

os cidadãos, sem que se possa individualizar um único entre eles. Nesse sentido, tem-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente saudável, entre outros (BRANCO, 2002, p. 215).

Cada uma dessas fases do constitucionalismo estabeleceu uma dimensão de direitos fundamentais. Assim, na primeira dimensão de direitos fundamentais, têm-se os direitos individuais, na segunda dimensão os direitos sociais e, na terceira dimensão, os direitos transindividuais.

Interessante notar que cada uma dessas dimensões corresponde a um dos lemas da Revolução Francesa, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade, cada qual representando a primeira, a segunda e a terceira dimensão, respectivamente.

A partir do século XXI, desenvolveu-se o denominado neoconstitucionalismo, em que se busca não somente a limitação do poder político, mas, especialmente, a eficácia da Constituição e a concretização dos direitos nela previstos, que deixa de ter caráter meramente retórico (LENZA, 2019, p. 69-70).

Três marcos distintos trazem à baila o denominado neoconstitucionalismo, quais sejam: o histórico, o teórico e o filosófico (BARROSO, 2005, p. 212).

O marco histórico é proveniente do pós-guerra europeu, em países como Alemanha e Itália, que permitiram nova espécie de influência do Direito Constitucional em suas instituições, além de aproximarem as ideias de democracia e constitucionalismo, constituindo Estados Constitucionais de Direito. Já no Brasil, o marco histórico surge com a Constituição de 1988, que dá início ao período de redemocratização do país e inaugura estabilidade institucional inédita na nação (BARROSO, 2005, p. 212-213).

O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, que visa à superação do modelo puro de positivismo com ideias difusas e abrangentes de direito positivo aliado ao jusnaturalismo (BARROSO, 2005, p. 214).

Por fim, no marco teórico, três elementos podem ser encontrados: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 215).

A neoconstitucionalismo traz consigo diversas características marcantes, que remodelam o ordenamento jurídico conforme o desejo da sua Constituição. Assim, são pontos do movimento o chamado estado constitucional de direito, o conteúdo axiológico da Constituição e a concretização de garantias e direitos mínimos.

O Estado de Direito Constitucional é marcado pela presença da Constituição no centro de seu sistema, isto é, superando a ideia de Estado Legislativo e ordenando à lei e aos

Poderes Públicos a obediência à extensa carga valorativa presente no documento fundamental. Desse modo, o texto da Constituição traz consigo valores e axiomas que lhe caracterizam como norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade e centralidade (LENZA, 2019, p. 71).

É o que se vê na imensa maioria dos dispositivos da Constituição Federal, pois não dependem de compatibilidade com normas a elas superiores, diferentemente do que ocorre com os demais regramentos do Direito (MENDES; BRANCO, 2017, p. 74).

Além disso, nota-se o aspecto da imperatividade na imposição expressa de que todos os atos políticos estejam em conformidade a elas, visto que são passíveis de inconstitucionalidade em ocorrendo o contrário disso (MENDES; BRANCO, 2017, p. 74).

Outrossim, a necessidade de um procedimento especial previsto no próprio texto constitucional para mudança destas normas implica em seu caráter de superioridade frente às demais (MENDES; BRANCO, 2017, p. 74).

Por fim, como principal fator de centralidade das disposições da Carta Maior, tem-se que é delas o fundamento de validade de todas as regras inferiores, determinando, orientando ou restringindo o conteúdo delas (MENDES; BRANCO, 2017, p. 74).

Além do Estado Constitucional de Direito, o conteúdo axiológico da Constituição é outro traço importante do neoconstitucionalismo. O conteúdo dessa característica é a presença de valores, tal como a dignidade da pessoa humana, e opções políticas gerais e específicas no Texto Maior (LENZA, 2019, p. 71).

Nesse sentido, os postulados axiológicos previstos na Constituição geram vinculatividade jurídica e, como tal, podem ser objeto de definição não só pelo Poder Legislativo, que, *prima facie*, concretiza os objetivos ali previstos, mas também pela jurisdição constitucional cabível ao Poder Judiciário, mesmo que nem sempre disponha de critérios objetivos de fundamentação preestabelecidos no ordenamento pátrio (MENDES; BRANCO, 2017, p. 65).

O terceiro ponto marcante do neoconstitucionalismo é a concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição não apenas prevê formalmente os direitos mínimos garantidos aos seus abarcados, mas também determina a realização dessas premissas pelo Poder Público, que deve estabelecer condições mínimas de dignidades e proteção de direitos.

Postas as principais noções acerca do movimento que deu origem à concepção atual de Constituição, inclusive à Carta Maior do Brasil, cumpre tecer breves comentários acerca

da ordenação dos dispositivos no texto, para, após, aprofundar-se na questão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao trazer um extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seus tópicos iniciais, antes de expor os dispositivos relativos à organização do Estado e normas gerais.

Nessa senda, cogita-se a existência de duas grandes partes na Carta Maior, quais sejam, (a) parte orgânica e (b) parte dogmática. Na primeira, o constituinte se atenta em dispor sobre normas de estruturação do Estado, de competência dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais, de disciplina das formas de aquisição do poder e de limitação e racionalização à atividade dos seus órgãos essenciais (MENDES; BRANCO, 2017, p. 73).

Por outro lado, na parte dogmática, estão dos direitos fundamentais, bem como suas formas de exercício e mecanismos de garantia, além dos direitos sociais, econômicos e culturais, que norteiam a ação estatal e os valores indispensáveis à sociedade brasileira (MENDES; BRANCO, 2017, p. 73).

Considerando que o escopo deste trabalho consiste em abordar nuances relativas às limitações dos direitos fundamentais, atentar-se-á tão somente à parte dogmática da Constituição Federal. Assim, passa-se ao estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de sua interpretação.

1.1. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais

Característica essencial do já trabalhado neoconstitucionalismo é a presença marcante de direitos fundamentais na Constituição dos Estados, que impõem ao Poder Público os deveres de concretização das garantias nela previstas, ao mesmo tempo em que possibilitam aos indivíduos o exercício de tais direitos, de forma subjetiva.

Os direitos fundamentais são definidos como posições jurídicas objeto de proteção e reconhecimento por parte do Direito Constitucional inerente a cada Estado, bem como pela sociedade dele integrante (SARLET *et al*, 2018, p. 339).

Desse modo, ao mesmo tempo em que dela dependem para sua existência e efetividade, são os direitos fundamentais que servem como parâmetro para a aferição do grau de democracia existente em determinada sociedade (MENDES, 2002, p. 104).

Estritamente, os direitos fundamentais podem ser considerados como posições jurídicas relacionadas a pessoas (naturais ou jurídicas), seja em perspectiva individual, seja transindividual, que foram integradas ao direito constitucional positivo (expressa ou

implicitamente), ao mesmo tempo em que deixaram a esfera da disponibilidade dos poderes estatais. Soma-se a essa definição todas as posições que possam ser equiparadas às demais, com base em seus conteúdos e significados (SARLET *et al*, 2018, p. 342).

Enquadram-se nesse último aspecto as normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais devidamente integrados ao direito pátrio, como se vê no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em suma, os direitos fundamentais são normas postas na Constituição que garantem aos cidadãos determinadas situações jurídicas e, em paralelo, impõem ao Estado o dever de prestação material aos indivíduos, grupos e classes sociais.

Nesse aspecto, os direitos fundamentais se distinguem entre materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, com base na fundamentalidade inerente à espécie.

Com isso, a fundamentalidade formal diz respeito ao direito constitucional positivo, em que a própria Constituição determina, expressa ou implicitamente, o regime jurídico cabível aos direitos previstos, com base em certos elementos.

O primeiro desses elementos é a supremacia hierárquica das normas constitucionais, visto que os direitos fundamentais se encontram no topo do ordenamento jurídico estabelecido pela norma fundamental. A seguir, na qualidade de normas constitucionais, os dispositivos são submetidos a limites formais no processo de alteração, bem como a limites materiais relacionados à reforma, isto é, procedimento agravado e cláusulas pétreas, respectivamente. Por fim, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente e vinculam as autoridades públicas à sua concretização, além de, em certa medida, interferirem nas relações privadas entre os indivíduos (SARLET *et al*, 2018, p. 339).

Desse modo, todos os direitos positivados na Constituição gozam, formalmente, de tal status, devendo serem obedecidos pelas demais normas do sistema jurídico, passando por processo de alteração diferenciado frente às demais disposições do ordenamento e vinculando o Poder Público à sua efetivação.

Por outro lado, a fundamentalidade material diz respeito unicamente ao conteúdo dos direitos, que devem conter disposições fundamentais relacionadas à estrutura do Estado e da sociedade, especialmente no que tange à pessoa humana, para serem considerados constitucionais (SARLET *et al*, 2018, p. 340).

Nesse caso, então, normas que dizem respeito a princípios tangentes à organização do Estado e da sociedade são consideradas materialmente constitucionais, necessitando serem respeitadas pelo legislador ordinário.

Prosseguindo-se no estudo do tema, cumpre abordar dos distintos aspectos dos direitos fundamentais, isto é, suas dimensões subjetiva e objetiva, cada qual cumprindo função primordial no âmbito protetivo das disposições constitucionais.

Assim, a dimensão subjetiva compreende o fato de os direitos fundamentais ensejarem a pretensão de que se adote certo comportamento, além de permitirem que o poder da vontade produza efeitos em relações jurídicas entre os indivíduos (MENDES; BRANCO, 2017, p. 153).

Ainda, no aspecto em comento, os direitos fundamentais são tratados como direitos públicos subjetivos, possibilitando aos indivíduos que invoquem jurisdicionalmente a norma jurídica contra o Poder Público, exigindo-lhe determinada abstenção, em sendo caso de um direito de liberdade, ou ação, se se tratar de um direito social (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 896).

Desse modo, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais abrange a possibilidade de os indivíduos, titulares dos direitos, fazerem valer judicialmente os poderes, liberdades, ações e abstenções por parte do Estado, que lhes foram garantidas pela norma constitucional, mesmo que o alcance dessa exigência seja flexível e necessite de interpretação para cada disposição fundamental, com análise dos seus limites e outros aspectos a ela relacionados (SARLET *et al*, 2018, p. 367).

Com efeito, essas ações negativas e positivas podem ser exigidas tanto do Estado quanto de outros indivíduos, além de corresponderem a competências que garantem aos titulares dos direitos fundamentais o poder de modificar posições jurídicas a eles relacionadas (MENDES; BRANCO, 2017, p. 153).

Em suma, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à possibilidade de o indivíduo reivindicar do Estado e, também, de outros indivíduos, em suas relações privadas, o efetivo cumprimento das normas dispostas na Constituição Federal.

Nessa senda, é interessante apresentar certas nuances da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que se vinculam a certos fatores para sua aplicação. Inicialmente, a delimitação do espaço de liberdade individual de cada cidadão não é uniforme, de modo que cumpre averiguar até que ponto avança o direito subjetivo em cada caso. Ainda, existem diversas distinções relacionadas ao grau de exigibilidade dos direitos individuais, especialmente àqueles adstritos a prestações sociais materiais. Por fim, as posições jurídicas contidas nas normas emanadas das disposições constitucionais são complexas, pois contêm direitos, liberdades, poderes e pretensão de várias naturezas e direcionadas a inúmeros destinatários (SARLET *et al*, 2018, p. 366).

Com efeito, é de especial complexidade a concretização da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pois é necessário ao intérprete se atentar à abrangência do preceito fundamental cabível ao indivíduo quando da aplicação da norma.

Além disso, as disposições constitucionais possuem preceitos de diversas naturezas em seu texto, tais como direitos, deveres, liberdades e pretensões subjetivas, direcionadas a vários sujeitos.

Não obstante o até aqui falado, os direitos fundamentais não abrangem somente as posições jurídicas subjetivas, mas também apresentam, dentro da ordem constitucional, um conjunto de valores básicos e de ações positivas do Estado, direcionando-lhe a certos fins muito além das simples garantias negativas frente aos indivíduos (SARLET *et al*, 2018, p. 367).

Essa perspectiva, denominada de dimensão objetiva, permite restrições aos direitos individuais, limitando seu conteúdo e abrangência em face dos seus titulares, bem como em relação a bens constitucionalmente valiosos (MENDES; BRANCO, 2018, p. 153).

Assim, então, os direitos fundamentais passam do ponto de vista unicamente individual para a postura de normas estabelecedoras e filtradoras dos valores básicos da sociedade, emanando-se para o ordenamento jurídico como um todo, além de guiar os poderes públicos, exigindo-lhe certas ações ou omissões (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 896).

Pode-se dizer que, enquanto o caráter subjetivo dos direitos fundamentais é concedido aos indivíduos, o caráter objetivo é direcionado ao Estado, sujeitando-o a seguir as diretrizes postas na sua carta fundante.

Com efeito, são vistos como princípios básicos e inerentes à ordem constitucional, participando da essência do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que limitam o poder e direcionam seus atos. Todos os poderes constituídos estão sujeitos a um sistema de valores imposto no ordenamento jurídico pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2018, p. 153).

Nessa dimensão, os direitos fundamentais deixam de ser unicamente pretensões individuais frente ao Estado para constituírem deveres objetivos a serem cumpridos pelo Poder Público, abrangendo a sociedade de forma geral.

A principal característica da dimensão em comento é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, conforme costumeiramente adotado na doutrina alemã, na medida em que fornecem impulsos e padrões para a efetivação e interpretação das normas infraconstitucionais, implicando na unidade do ordenamento jurídico por meio da interpretação conforme aos direitos fundamentais (SARLET *et al*, 2018, p 368).

Essa característica é a responsável pela constitucionalização do Direito Privado, visto que codificações civis e processuais civis passam a se adequar aos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, e abandonam a costumeira patrimonialidade (patrimônio como centro das relações privadas) inerente à espécie para adotar a personificação (pessoa como centro das relações privadas) de seus institutos.

Além disso, outra importante característica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se encontra em vincular o Estado a um dever de proteção de tais disposições contra lesões ou ameaças dos próprios poderes constituídos, de particulares ou, até mesmo, de outros Estados (MENDES; BRANCO, 2018, p. 154).

Ainda, dentro da ideia do referido dever por parte do Estado, há a obrigação permanente imposta aos órgãos estatais de, permanente e preventivamente, zelar pela efetiva proteção dos direitos fundamentais garantidos aos indivíduos, seja de agressão particular, seja de agressão dos poderes públicos (SARLET *et al*, 2018, p. 368).

Vê-se, então, que o dever de proteção imposto ao Estado necessita ser devidamente concretizado pelos seus órgãos constituídos, que devem adotar medidas não só protetivas, mas também de prevenção às agressões aos direitos fundamentais.

O dever de proteção, portanto, diz respeito ao bem jurídico protegido, que é seu objeto de tutela, isto é, as garantias constitucionais. Esse destinatário de proteção não possui fácil identificação, pois os direitos fundamentais são previstos na Carta Maior com indeterminações semânticas que necessitam de interpretação do aplicador do Direito para a extração da norma e seu respectivo âmbito de proteção (SARLET *et al*, 2018, p. 398-399).

Por fim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais garante o direito de defesa por parte do indivíduo, que pode requerer a respectiva prestação por parte do Poder Público, sujeitando os órgãos públicos ao seu cumprimento (MENDES; BRANCO, 2018, p. 154).

Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais abrangem dois aspectos no que toca à proteção dos tutelados, quais sejam, a dimensão subjetiva, correspondente ao direito de o indivíduo exigir determinada pretensão do Estado e de particulares, e a dimensão objetiva, que diz respeito ao estabelecimento de normas fundantes e norteadoras do Estado e que traz consigo características importantes, como a (i) irradiação dos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico, o (ii) dever de proteção das garantias por parte do Estado e o (iii) direito de defesa por parte do indivíduo.

Com base nisso, para que se estabeleça quais relações jurídicas são abrangidas pelo âmbito de proteção da norma, é necessário delimitar o alcance dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Assim, oriundas da tradição constitucional alemã, três categorias dogmáticas são difundidas na ordem constitucional, com o fim de delimitar o alcance das normas constitucionais, quais sejam: limites ou restrições aos direitos fundamentais, limites dos limites e âmbito de proteção (SARLET *et al*, 2018, p. 398).

Inicialmente, os limites aos direitos fundamentais podem ser conceituados como ações ou abstenções dos poderes públicos ou de indivíduos que restrinjam, eliminem ou dificultem o acesso ao bem jurídico tutelado, obstruindo seu exercício (dimensão subjetiva) ou reduzindo a atuação estatal no que tange aos deveres de proteção e defesa (dimensão objetiva) oriundos dos direitos fundamentais (SARLET *et al*, 2018, p. 402).

Desse modo, considerando que tais direitos têm hierarquia constitucional, somente disposições da própria Constituição podem limitá-los ou leis infraconstitucionais baseadas imediatamente na própria Carta Maior. Tem-se, então, os casos de restrição imediata (limitação na própria Constituição) e restrição mediata (restrição por lei baseada imediatamente na Constituição) (MENDES, 2002, p. 227).

Assim sendo, as restrições aos direitos constitucionais somente serão consideradas justificados se possuírem compatibilidade formal e material com a própria Constituição. No primeiro caso está a ideia de hierarquia superior da Carta Maior no ordenamento jurídico, visto que suas normas, oriundas do poder constituinte, são atos de vinculação democrática que figuram no ápice da cadeia normativa do sistema. No tocante à compatibilidade material, tem-se que a Constituição estabelece não somente competências formais, mas também princípios substantivos relacionados especialmente à dignidade da pessoa humana e aos direitos a ela inerentes (SARLET *et al*, 2018, p. 406).

Com efeito, para serem consideradas válidas, então, as limitações aos direitos fundamentais não podem atentar contra as posições normativas formalmente previstas na Constituição, tampouco contra os princípios substanciais por ela garantidos e protegidos.

Além das limitações aos direitos fundamentais provenientes de normas constitucionais ou de leis ordinárias fundamentadas na Constituição, há uma terceira hipótese, qual seja, a restrição advinda de colisão entre normas constitucionais, mesmo que não exista limitação expressa na própria disposição ou autorização para restrição pelo legislador (SARLET *et al*, 2018, p. 402).

Em suma, três são as causas de justificação de limitação aos direitos fundamentais: (a) a disposição expressa em norma constitucional, (b) a autorização explícita na Constituição para limitação pelo legislador e (c) a colisão entre direitos constitucionais.

Diferente das causas de justificação, caracterizados como os motivos permissivos das restrições aos direitos fundamentais, são as espécies de limitações, conceituadas como a forma pela qual se opera referida delimitação.

Com base nisso, existem duas espécies de restrições a direitos constitucionais, quais sejam: (a) limitações internas (iminentes) e (b) limitações externas (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 888).

Os limites iminentes são aqueles que existem dentro do próprio direito, definidos por um processo interno, sem qualquer influência externa, como a colisão com outra norma, por exemplo (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 889).

Os limites iminentes dizem respeito à ideia do núcleo essencial do direito, tratada abaixo.

Por outro lado, os limites externos são restrições impostas por outros direitos fundamentais, seja expressamente, seja autorizando a limitação por meio de leis infraconstitucionais (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 891), conforme tratado supra.

Essa teoria distingue os direitos fundamentais em si das limitações a eles impostas, necessitando de precisa identificação da abrangência de cada norma constitucional frente ao fato jurídico (SARLET *et al*, 2018, p. 399).

Ainda no tocante à definição de limitações externas, admite-se a ideia de uma relação necessária entre o direito individual e a restrição a ele inerente, com o fim de compatibilizar interesses individuais e bens coletivos (MENDES, 2002, p. 224).

Assim sendo, a limitação ao preceito fundamental é responsável por concretizá-lo, permitindo sua aplicação no caso concreto, ao passo que delimita sua abrangência em relação à situação jurídica posta.

Nessa ótica, então, existe, inicialmente, um direito por si só ilimitado, que se converte em um direito limitado ao sofrer restrições. Tem-se, pois, a posição *prima facie*, quando o direito é ainda ilimitado, e a posição definitiva, quando a norma já sofreu as restrições necessárias à sua compatibilização com outras disposições constitucionais (SARLET *et al*, 2018, p. 400).

As limitações expressas no texto constitucional a outras normas fundamentais são denominadas de restrições diretas, pois advindas do próprio texto, sem necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional.

Definidos os aspectos da teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, cumpre abordar as denominadas restrições constitucionais indiretas, que são aquelas oriundas de normas que autorizam a limitação do direito pelo legislador infraconstitucional. Elas podem

ser classificadas como restrição legal simples (reserva legal simples) ou como restrição legal qualificada (reserva legal qualificada) (MENDES, 2002, p. 232).

Na primeira hipótese, da reserva legal simples, as disposições constitucionais permitem a intervenção legislativa sem qualquer exigência no tocante ao conteúdo ou finalidade da lei (MENDES, 2002, p. 232). Assim, ao elaborar a lei ordinária, o legislador não precisará se atentar a qualquer especificidade imposta pela norma constitucional.

Dessa forma, as normas classificadas nessa hipótese permitem a intervenção do legislador no âmbito de proteção do direito fundamental sem estabelecimento de qualquer pressuposto ou objetivo específico a ser observado, de modo que a possibilidade de restrição se torna mais ampla (SARLET *et al*, 2018, p. 403).

Resumidamente, na reserva legal simples não existe qualquer fim ou condição específica a ser adotada pelo legislador ordinário, bastando que se atente à constitucionalidade formal e material da regulamentação da norma.

Por outro lado, no caso da reserva legal qualificada, a restrição trazida pelo legislador ordinária deverá buscar determinado objetivo ou atender a certo requisito expressamente previsto na norma constitucional a ser limitada (MENDES, 2002, p. 232).

Essas espécies de reserva legal, então, se diferem das demais por estabelecerem os referidos objetivos específicos a serem alcançados, de modo que a limitação ao preceito fundamental se torna mais restrita (SARLET *et al*, 2018, p. 403).

Por fim, existem direitos fundamentais que não estabelecem qualquer reserva legal para a regulação pelo legislador ordinário. Nesse caso, as leis infraconstitucionais não podem ir além dos limites estabelecidos pelo próprio âmbito de proteção da norma (MENDES, 2002, p. 240), que será tratada abaixo.

Em suma, as espécies de restrições aos direitos fundamentais são classificadas em (I) limitações internas e (II) limitações externas, subdividindo-se essa em (a) restrições imediatas e (b) restrições mediatas, essas sujeitas à (i) reserva legal simples (sem finalidade ou condição) ou (ii) qualificada (adstrita a limitação a certo fim ou condição de regulação).

Assim, conclui-se a abordagem dos principais aspectos relacionados à limitação dos direitos fundamentais.

Não obstante isso, a evolução da doutrina constitucional, especialmente a de matriz germânica, desenvolveu uma série de instrumentos com o objetivo de controlar as restrições direcionadas aos direitos fundamentais, evitando sua excessiva fragilização e esvaziamento (SARLET *et al*, 2018, p. 406).

São os denominados limites dos limites, que, além de decorrerem da própria Constituição, relacionam-se à necessidade de proteção do núcleo essencial da norma fundamental, garantindo a clareza, determinação e proporcionalidade das limitações impostas (MENDES, 2002, p. 241).

Com isso, todas as nuances tratadas acima, acerca das restrições aos direitos fundamentais, não permitem que as limitações alcancem o extremo de esvaziar o conteúdo da norma, fazendo com que perca totalmente seu âmbito de proteção e, conseqüentemente, a própria razão de ser.

Dessa forma, as leis ordinárias que limitam os direitos fundamentais precisam obedecer a certos critérios, quais sejam: (a) não ferir o núcleo essencial, (b) possuir razoabilidade e (c) possuir proporcionalidade (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 892).

Os aspectos relacionados à razoabilidade e proporcionalidade serão abordados quando do estudo da interpretação das normas constitucionais. As nuances do núcleo essencial serão tratadas a seguir.

A proteção do núcleo essencial indica uma parcela do conteúdo da norma fundamental sem a qual ela perde a mínima eficácia, deixando de abranger as situações jurídicas para as quais foi criada e, por conseguinte, deixando de ser reconhecida como um direito fundamental (SARLET *et al*, 2018, p. 414).

Com isso, o núcleo essencial da norma compreende um mínimo intangível e irreduzível, que é seu núcleo sensível, o qual inadmite qualquer hipótese de restrição por parte do legislador ordinário (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 892).

Quanto à determinação do núcleo essencial, o processo de ponderação necessário para sua definição deu origem a duas teorias acerca do tema. São elas: a teoria absoluta e a teoria relativa (SARLET *et al*, 2018, p. 414).

Para os adeptos da teoria absoluta, o núcleo essencial (do alemão *wesensgehalt*) constitui uma unidade substancial autônoma, que, independentemente de qualquer situação, não sofreria qualquer ingerência do legislador infraconstitucional (MENDES, 2002, p. 243). Com isso, nessa hipótese, o respeito ao núcleo essencial serve como um filtro ao exame de proporcionalidade na elaboração da norma ordinária (SARLET *et al*, 2018, p. 414).

Assim, a determinação do núcleo essencial do direito fundamental é feita por meio da análise abstrata da norma, sem abordar os aspectos do caso concreto, buscando o intérprete a identificação do núcleo irreduzível e intangível da norma fundamental (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 893).

Nesse sentido, a determinação do núcleo essencial não necessita do filtro trazido por um caso concreto ou pela colisão com outro direito, analisando-se abstratamente a norma para compreender o fim para o qual ela se dirige, mesmo sem expandir a análise para diversas situações hipotéticas, permanecendo tão somente no mínimo protegido pelo preceito fundamental.

A principal consequência da adoção da teoria absoluta do núcleo essencial é a ideia de um limite do limite ao legislador infraconstitucional, que não poderia regular a norma além do núcleo intangível. Além disso, esta teoria exige a justificação por parte do legislador para restringir o direito fundamental (MENDES, 2002, p. 244).

Por outro lado, os adeptos da teoria relativa afirmam que o núcleo essencial da norma fundamental deve ser definido em cada caso concreto, considerando o objetivo perseguido pela norma limitadora do direito constitucional (MENDES, 2002, p. 244). Assim, o exame de proporcionalidade da lei ordinária absorveria o próprio método de delimitação do núcleo essencial (SARLET *et al*, 2018, p. 414).

Com efeito, cada caso concreto determina a aplicação do princípio da proporcionalidade para que seja delimitado o núcleo essencial da norma (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 893).

Nessa senda, a determinação do núcleo essencial passará, necessariamente, pela ponderação num caso concreto ou numa colisão com outros direitos, não cabendo ao intérprete buscar pelo núcleo essencial abstrato, mas sim analisar a situação jurídica posta e verificar se está ou não abarcada pelo essencial da norma protetiva. Com a aplicação dessa teoria, então, diversos fatos jurídicos abrangidos pelo direito fundamental podem ser percebidos, visto que a análise abrange casos concretos.

Desse modo, conclui-se que os direitos fundamentais podem sofrer limitações por parte do legislador infraconstitucional, desde que tal limitação não atinja seu núcleo essencial de proteção, utilizando-se, para tanto, a doutrina dos “limites dos limites”.

Quanto ao último aspecto relacionado às restrições dos direitos fundamentais, o âmbito de proteção é pressuposto primordial para o desenvolvimento de qualquer direito constitucional (MENDES, 2002, p. 210).

Assim, conceitua-se o âmbito de proteção como a parcela da realidade que a Constituição definiu como objeto de prestação especial pelas normas fundamentais, bem como a fração da vida abarcada pela proteção de uma garantia constitucional (MENDES, 2002, p. 211).

Para que se determine o âmbito de proteção de certo direito individual, é necessário se atentar para o seu objeto de proteção e, também, para as possíveis agressões a este objeto. Não faz parte do âmbito de proteção a simples possibilidade de limitação a determinada norma (MENDES, 2002, p. 211-212).

Na realidade, as limitações aos direitos fundamentais auxiliam na delimitação do âmbito de proteção, pois o legislador infraconstitucional, ao regulamentar a disposição constitucional, interpreta-a e concretiza-a, indicando desde logo determinadas situações que são abrangidas pelo direito fundamental, bem como os fatos jurídicos que se encontram fora da esfera protetiva da norma.

Com efeito, sistematicamente, podem-se apontar certos aspectos necessários para a determinação do âmbito de proteção da norma constitucional. Assim, em primeiro lugar, deve-se identificar os bens jurídicos protegidos pelo direito fundamental, bem como a amplitude dessa garantia (âmbito de proteção). Posteriormente, deve o intérprete verificar possíveis limitações expressas na Constituição (restrições expressas) e identificar eventuais reservas legais simples e qualificadas (MENDES, 2002, p. 212-213).

Outro aspecto importante no tocante ao âmbito de proteção é a possibilidade de conformação da norma fundamental, isto é, a permissão para que a lei ordinária concretize o direito fundamental ou dê densidade à garantia constitucional (MENDES, 2002, p. 216), permitindo que o âmbito de proteção alcance mais situações jurídicas, ao mesmo tempo em que facilita a delimitação do seu espaço protetivo.

Esses são os chamados direitos fundamentais com âmbito de proteção normativo, ou seja, que dependem da sua concretização pelo legislador ordinário. Ao mesmo tempo em que necessitam de conformação pelas leis infraconstitucionais, vinculam e obrigam o Poder Público ao seu efetivo cumprimento (MENDES, 2002, p. 216).

Nesse caso, a norma constitucional tão somente dispõe um direito, mas sem indicar seus destinatários e aspectos, cabendo ao legislador ordinário regulamentar sua eficácia e aplicabilidade para os fatos que entender necessários.

Com isso, verifica-se que o âmbito de proteção da norma fundamental é o aspecto responsável por indicar quais situações jurídicas são ou não alcançadas pelo direito fundamental, de modo que, para que se determine a melhor solução num conflito entre direitos, é necessário ter em mente o espaço protetivo da norma, com sua devida limitação.

Ainda, dentro da abordagem sobre os aspectos relativos aos direitos fundamentais, deve-se compreender as principais características apontadas pela doutrina para a solução dos conflitos entre disposições constitucionais.

1.2. Noções introdutórias de hermenêutica constitucional

Tendo como objetivo a compreensão das disposições constitucionais, extraído-se do texto a norma aplicável ao caso concreto, é necessário ter em mente as principais noções relacionadas à interpretação constitucional, aspecto primordial da hermenêutica jurídica.

Com efeito, as principais características da interpretação das normas constitucionais foram desenvolvidas doutrinariamente ao longo da evolução histórico-jurídica; cada momento científico deixou, para a matéria, sua contribuição.

Conceitua-se a hermenêutica jurídica como um processo interpretativo e de aplicação da norma, compreendendo a integralidade do fenômeno jurídico para o qual se busca solução (CAMARGO, 2001, p. 15).

Há, pois, diferenciação entre os conceitos de hermenêutica, interpretação e aplicação da norma. A primeira compreende um domínio teórico, que instrumentaliza a criação, estudo e facilitação da compreensão dos princípios usados para a interpretação do direito. A interpretação trata de uma atividade prática, que revela o conteúdo, alcance e significado de uma norma, com o objetivo de adequá-la para o caso concreto. Por fim, a aplicação da norma é a conclusão do processo interpretativo, eis que efetivamente concretiza a norma jurídica posta, fazendo-a incidir sobre o caso fático (BARROSO, 2009, p. 107).

Dessa forma, estão correlacionados esses tópicos de estudo, já que a hermenêutica é ciência responsável por estudar a melhor interpretação dos preceitos legais e constitucionais, visando extrair seu conteúdo completo para o caso concreto em questão.

Com isso, cumpre abordar brevemente a evolução da hermenêutica jurídica, buscando-se abordar as contribuições trazidas por cada escola de interpretação.

Inicialmente, a Escola da Exegese surgiu em paralelo ao Código de Napoleão. Seu princípio era o de seguir à risca o que estava escrito, não deixando espaços para interpretação. O juiz era um mero funcionário com o dever de aplicar a lei, sem poder adequá-la em cada caso concreto (CAMARGO, 2001, p. 68-69). Naturalmente, vigorava, à época, o princípio da supremacia da lei, em que a norma escrita prevalecia sobre valores e direitos naturais.

A partir desse pensamento, desenvolveu-se a denominada ciência do Direito, que deu origem à Escola Histórica. Nesse âmbito, a certeza do direito advinha não da codificação escrita, mas da ciência jurídica (CAMARGO, 2001, p. 80).

Tendo por base a ideia do método científico, característica principal dessa espécie de saber, desenvolveram-se métodos de interpretação da lei, especialmente pela contribuição de Savigny (1779-1861), quais sejam: gramatical, histórico, lógico e sistemático (CAMARGO, 2001, p. 83). Posteriormente, acrescentou-se a esse conjunto o método teleológico, relacionado ao fim da norma.

Desse modo, na perspectiva do método clássico, a interpretação se dá com base no texto da norma (gramatical), de sua conexão com outras espécies normativas (sistemática), de seu objetivo (teleológica), além de seu processo de criação (histórica) (BARROSO, 2009, p. 129).

Para Savigny, o melhor método de ter a certeza do Direito seria o científico. Visando à construção do melhor direito, a Escola Histórica propunha que ele partisse do povo, estudado pelos cientistas (doutrinadores). Para interpretar a lei, o intérprete deveria se colocar no lugar do Legislador, com as técnicas citadas.

Com efeito, são esses os denominados métodos clássicos de interpretação, derivados do sistema proposto por Savigny em 1840 (BARROSO, 2009, p. 129). Desse modo, cumpre analisar os aspectos de cada método interpretativo, pois apesar de antigos, ainda possuem grande relevância para a hermenêutica jurídica.

Inicialmente, assim como em qualquer outra norma jurídica, a interpretação parte do texto, isto é, do elemento semântico disposto na Constituição, que possui diversas possibilidades de sentido em seu texto (BARCELLOS, 2018, p. 86-87).

Assim, a interpretação gramatical, também denominada de literal, delimita o espaço interpretativo disponível para o hermeneuta, mesmo que isso signifique uma abrangência demasiada do texto (BARROSO, 2009, p. 134).

A interpretação gramatical, portanto, é aquela que advém do próprio texto da norma. No caso de princípios fundamentais, a zona hermenêutica se torna demasiadamente grande, visto que abrange uma infinidade de situações. Para corrigir esse aspecto, faz-se uso dos outros métodos de interpretação.

Discriminando-se acerca dos precedentes legislativos da norma, do trabalho preparatório para sua publicação e da situação política no momento em que criada (*occasio legis*), interpreta-se historicamente a disposição legal ou constitucional (BARROSO, 2009, p. 136). O método em comento permite verificar se a situação fática para a qual se quer extrair a norma é semelhante ou, até mesmo, igual àquela em que o constituinte ou legislador se encontrava no momento em que elaborou a disposição.

Outrossim, o texto legal sempre estará posto em um contexto normativo mais amplo, que imprescindivelmente necessitará ser considerado. Assim se dá a interpretação sistemática (BARCELLOS, 2018, p. 87).

Tal método advém da ideia de unidade do ordenamento jurídico, princípio que faz o hermenauta considerar a disposição dentro do contexto amplo no qual se encontra, estabelecendo conexões internas dentro do sistema, responsáveis por unir institutos e normas jurídicas (BARROSO, 2009, p. 140).

Cuida-se, pois, de considerar as leis, códigos e consolidações que dizem respeito ao preceito objeto de interpretação, para que tais disposições sejam consideradas quando da aplicação da norma jurídica.

Por fim, como último método clássico a ser analisado, tem-se a interpretação teleológica, que diz respeito ao fim objetivado pela norma, não por quem a elaborou, embora seu contexto histórico auxilie nesta busca (BARCELLOS, 2018, p. 87).

Com efeito, o espírito e a finalidade da norma devem ser compreendidos quando da aplicação, por isso utiliza-se o método teleológico para se encontrar o valor ou bem jurídico alvo da proteção ou regulação quando da edição do preceito

Trata-se, portanto, de considerar o texto e o sistema no qual a norma está inserida, para que, assim, compreenda-se para qual fim ela se dirige, podendo-se utilizar o contexto histórico em que foi promulgada para tal fim (BARROSO, 2009, p. 143).

Utilizar tais formas de análise das normas constitui o método clássico de interpretação, na forma ensinada por Savigny. Assim, a interpretação constitucional, embora de singular importância para a ordem jurídica, não fugiria a tais padrões (MENDES; BRANCO, 2017, p. 92). Com isso, então, tem-se um dos diversos métodos de interpretação das normas constitucionais.

Prosseguindo-se na evolução da hermenêutica, tem-se o desenvolvimento do positivismo jurídico. O positivismo deriva da teoria de August Comte, que aplicava, basicamente, o método científico (empírico) nas ciências sociais. Contudo, diferencia-se no aspecto de que, para o jurista, o importante é a lei escrita, o que ela traz em seu conteúdo, não o fim social para qual ela foi criada.

Assim, em análise puramente objetiva do direito, muito mais importante era o conjunto de normas emanadas do Estado do que a realidade social para a qual era elaborada (CAMARGO, 2001, p. 91).

Três são os aspectos principais do positivismo jurídico, quais sejam: (a) a validade ou competência da lei, (b) o comportamento autorizado ou facultado pela lei e (c) a

interpretação como uma operação mental na aplicação do Direito (CAMARGO, 2001, p. 111-115).

Desse modo, para o positivismo, pouco importa o conteúdo da lei, mas sim sua validade (se seguiu o processo formal de criação) e sua competência (se emanada da autoridade correta – o Estado). Ademais, comportamentos previstos em lei eram considerados bons, enquanto que condutas por ela vedadas eram tidas como ruins, afastando-se qualquer valoração da própria norma. Por fim, a interpretação era apenas um processo na aplicação da norma, visto que o juiz agia como “boca da lei”.

Foi esse pensamento de afastar da lei qualquer interpretação acerca de seu conteúdo, bem como de impedir a análise dos axiomas por ela garantidos que legitimou regimes totalitários na Europa (leia-se, nazismo e fascismo), eclodindo na II Guerra Mundial.

O principal expoente desta doutrina foi o austríaco Hans Kelsen (1881-1973). Os kelsenianos defendiam a ideia de uma lei imposta pelo Estado sendo aplicada sem qualquer crítica valorativa. A Teoria Pura do Direito (1934), obra mais importante de Kelsen, foi desenvolvida em uma Áustria universalista e neutra perante uma I Guerra Mundial. O objetivo do livro era levar a jurisprudência a um ideal de cientificidade. Kelsen criou um sistema de norma fundamental, de onde todas as outras devem derivar, pensamento do qual se originou o atual princípio da supremacia da Constituição, tratado abaixo.

Em que pese o fato de o positivismo jurídico ter fracassado como sistema de criação de normas, porquanto fundamentou referidos regimes totalitários, sua contribuição ao Direito Contemporâneo não deve ser desprezada, eis que a teoria de Kelsen é a responsável pela criação do conceito de norma fundamental.

Adentra-se, após a II Guerra Mundial, no chamado pós-positivismo. Sua principal característica é a de que o esforço da persuasão e do convencimento estruturam e fundamentam as construções presentes nas decisões judiciais (CAMARGO, 2001, p. 141).

Desse modo, a atividade do juiz é muito mais criadora de normas do que declarativa, de modo que se torna não apenas uma “boca da lei”, mas sim um criador do direito para o caso fático (BARCELLOS, 2018, p. 89).

Na linha pós-positivista, então, o objetivo da interpretação é de compor cada caso concreto, independentemente da lei existente. Como contribuições para o pós-positivismo, podem-se destacar alguns autores, cujas obras estruturaram tal pensamento jurídico hermenêutico.

Assim, cita-se Theodor Viehweg (1907-1988), responsável por resgatar da Antiguidade Clássica aspectos do direito romano, especialmente o modelo jurídico utilizado

pelos pretores e jurisconsultos (CAMARGO, 2001, p. 144). Desenvolveu, pois, o método da tópica, que fornece indicações de comportamento para determinada situação (CAMARGO, 2001, p. 153).

A tópica não parte de um sistema previamente estabelecido, mas vai criando pontos de conexão entre os fatos, utilizando a técnica de inventar, ou seja, criar a resposta. Para a hermenêutica a tópica é de grande valia, pelo fato de não partir de algo previamente definido, mas sim de juntar inúmeras conexões e encontrar a resposta mais justa.

Assim, o método da tópica, na interpretação constitucional, toma a Carta Maior como um conjunto aberto de regras e princípios, cabendo ao hermenauta escolher o mais adequado para solucionar de forma justa o caso fático em análise. O foco, pois, é a lide, valendo as normas como um catálogo de princípios, responsável por conter o argumento mais adequado para a resolução da questão concreta (MENDES; BRANCO, 2017, p. 93).

Além de Viehweg, outra grande contribuição para o pensamento jurídico atual adveio da obra de Recaséns Siches (1903-1977), que trouxe a função de solidariedade e cooperação social ao Direito. Na linha do jurista, a interpretação da norma dependia da análise de três níveis de problema: descobrir a norma válida para o caso, converter a lei em norma individual para a questão e eleger o melhor método de interpretação (CAMARGO, 2001, p. 166).

Concluído o assunto relacionado à evolução da hermenêutica jurídica, com sua valiosa contribuição ao pensamento jurídico contemporâneo, cumpre abordar aspectos da interpretação constitucional na hodiernidade.

De início, assim como as leis ordinárias e demais disposições legislativas, os preceitos constitucionais também estão sujeitos ao conflito espacial e temporal. Para resolver, faz-se uso de dois institutos: o direito intertemporal (fundado no princípio da não retroatividade e no respeito às situações preexistentes) e o direito internacional privado (fundado no princípio da territorialidade e no reconhecimento das situações jurídicas constituídas no âmbito de eficácia de uma lei estrangeira).

Desse modo, para solucionar o choque de normas emanadas de diferentes Estados soberanos, o direito internacional privado é o responsável por indicar qual das normas relacionadas à mesma matéria é que prevalecerá na situação fática (BARROSO, 2009, p. 13-14).

Alguns aspectos principais do direito internacional privado devem ser anotados, para que melhor se compreenda sua função no direito constitucional. Assim, (a) tratados são incorporados como se fossem leis infraconstitucionais e se sujeitam ao critério cronológico

de solução de antinomias. (b) se o tratado for derogado, o país deve denunciá-lo internacionalmente, sob pena de ser responsabilizado; (c) o tratado que for aprovado em Constituição já vigente fica sujeito à inconstitucionalidade material e formal declarada por órgão competente; (d) se o tratado for anterior à nova Constituição e com ela incompatível, será ineficaz (BARROSO, 2009, p. 33-34).

Não obstante, tais características não se aplicam no caso de tratados internacionais cujo conteúdo seja relacionado aos direitos humanos, pois, nesse caso, duas formas de incorporação do documento ao sistema pátrio podem existir, quais sejam, (I) aprovação pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, em que a disposição será equivalente às emendas constitucionais, integrando o “bloco de constitucionalidade”, ou (II) incorporação ao ordenamento jurídico com status de supralegalidade, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343.

Quanto ao conflito de leis no tempo, solucionado pelo direito intertemporal, tem-se que seu objeto é a limitação do domínio de duas normas consecutivas relacionadas ao mesmo assunto (BARROSO, 2009, p. 55).

O direito intertemporal é regido pelo princípio da irretroatividade, de modo que as mudanças na Constituição não podem atingir ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, sob pena de extinguir por completo o princípio da segurança jurídica. Naturalmente, tal princípio não se aplica ao Constituinte originário, que não está sujeito a qualquer sistemática ou ordenamento prévio (BARROSO, 2009, p. 59).

Concluída a apresentação das nuances dos conflitos espaciais e temporais de normas constitucionais, passa-se ao estudo da interpretação das normas constitucionais quanto ao seu conteúdo. Inicialmente, cumpre trazer à baila classificações importantes no tocante à interpretação.

Quanto à origem, assim como nas leis ordinárias, a interpretação pode ser legislativa, administrativa ou judicial.

A interpretação legislativa constitucional se destina à estruturação do Poder Legislativo, à observância do processo adequado na elaboração das leis e à apreciação de vetos do Poder Executivo quando baseados em inconstitucionalidade. A interpretação administrativa constitucional é realizada pelo Poder Executivo quando necessita pautar a própria conduta, além de quando veta determinada lei por motivo de ofensa à Constituição. Por fim, a interpretação judicial constitucional se caracteriza pela *judicial review* (revisão judicial), que se dá pela aplicação de um preceito constitucional (questão constitucional) ou

pela análise da compatibilidade de uma norma frente à Constituição (controle de constitucionalidade) (BARROSO, 2009, p. 120-121).

Quanto à extensão, a interpretação pode ser classificada em extensiva (quando o constituinte não abrangeu todas as situações possíveis no texto da norma), restritiva (quando o constituinte abrange em demasia os casos abarcados pelo preceito) e declarativa (quando o intérprete simplesmente declara o conteúdo da disposição constitucional).

Normas que estabelecem benefícios, impõem restrições ou têm natureza fiscal são objeto de interpretação restritiva. Por outro lado, norma fixadoras de direitos e garantias e estabelecedoras de prazos são alvo da interpretação extensiva (BARROSO, 2009, p. 124-125).

Quanto ao objeto da interpretação, que são as disposições constitucionais, a forma de compreender a norma depende da característica da norma. Assim, a Constituição comporta as normas-disposição (ou normas-regra) e as normas-princípio. As primeiras dirigem-se a situações específicas, com eficácia restrita somente a elas. Por outro lado, as normas-princípio possuem maior abstração e finalidade destacada no ordenamento jurídico (BARROSO, 2009, p. 155).

Para a solução de conflitos entre normas-regra, duas possibilidades há: a presença de uma cláusula de exclusão em uma das disposições ou a declaração de invalidade de uma das regras. Assim, se duas disposições podem ser aplicadas ao caso, uma deve conter o elemento de exclusão da outra, caso contrário, o intérprete deve extirpar do ordenamento jurídico aquela que não se aplica à situação específica (ALEXY, 2008, p. 92).

Quanto aos princípios (normas-princípio), três funções lhe são outorgadas: (a) embasar decisões políticas do constituinte, expressando os valores que criaram ou reorganizaram a ordem estatal; (b) unificar o sistema normativo, agindo como fio condutor entre os elementos dispostos no Texto Fundamental; e (c) condicionar a ação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e pautar a interpretação e aplicação de todas as normas existentes (BARROSO, 2009, p. 160).

Os princípios têm a solução de seus conflitos por meio da ponderação, que surge a partir da incapacidade da subsunção da norma ao caso concreto, funcionando como meio de aplicação do preceito ao fato (SARLET *et al*, 2018, p. 232). Regula-se, pois, pelos princípios instrumentais, vistos abaixo.

Por fim, no caso de conflito entre princípio e regra, prevalece a última, por ser mais específica, comprimindo-se o princípio (BARCELLOS, 2018, p. 93).

Em síntese, existem duas espécies de disposições normativas na Constituição, as regras e os princípios, cada qual com sua função, complementares entre si no Estado Democrático de Direito (BARCELLOS, 2018, p. 93).

Desse modo, cumpre prosseguir nas noções básica de interpretação constitucional, passando-se ao estudo das peculiaridades dessa espécie hermenêutica, bem como dos princípios instrumentais utilizados para a compreensão das cláusulas constitucionais.

A Constituição de 1988, fruto do neoconstitucionalismo, possui características únicas e marcantes, das quais pode-se citar a superioridade hierárquica, a veiculação de normas principiológicas em sua natureza, a presença de normas programáticas e o caráter político (BARROSO, 2009, p. 111). Por conta disso, a interpretação constitucional é norteadada por dois princípios cardeais: (a) supremacia da Constituição, que invalida toda norma com ela incompatível e (b) continuidade da ordem jurídica, que visa preservar a vigência da legislação anterior ao advento da Carta Fundamental (BARROSO, 2009, p. 71-71).

São estes os princípios constitucionais instrumentais: (a) supremacia da Constituição, (b) presunção de constitucionalidade das leis, (c) interpretação conforme a Constituição, (d) unidade da Constituição, (e) razoabilidade/proporcionalidade e (f) efetividade.

(a) Supremacia da Constituição: a interpretação constitucional está baseada integralmente na superioridade jurídica da Norma Fundamental sobre as demais espécies normativas do Estado (BARROSO, 2009, p. 165). Como já visto, esse princípio decorre da obra de Kelsen.

Em seu aspecto formal, a Constituição serve como fonte de toda a legislação ordinária. Materialmente, a Carta Maior subordina os poderes públicos aos axiomas nela previstos. Por fim, esse princípio possibilita o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (*judicial review*), responsável por proteger a observância da supremacia constitucional (BARROSO, 2009, p. 165).

Noutras palavras, significa que os direitos fundamentais consagrados na Constituição estão no topo da hierarquia legislativa, de modo que os demais atos normativos, administrativos e jurídicos devem basear-se nas disposições previstas na Carta Maior (SARLET *et al*, 2018, p. 237).

(b) Presunção de Veracidade: esse princípio vincula os Poderes à impossibilidade de intervir na esfera uns dos outros, sendo vedada a atuação em juízo de conveniência e oportunidade. Duas regras práticas decorrem dessa disposição: (i) em não sendo evidente a inconstitucionalidade, deve o órgão se abster de declará-la; (ii) em havendo uma única interpretação da norma, deve o órgão utilizá-la (BARROSO, 2009, p. 179).

(c) Interpretação Conforme a Constituição: esse princípio, além de funcionar como norte para a interpretação constitucional, serve como instrumento de adequação legislativa à normativa fundamental.

São características deste princípio instrumental as seguintes: (i) em havendo mais de uma interpretação plausível para determinado preceito, deve-se buscar aquela que melhor compatibilize a disposição positivada com a Constituição; (ii) busca um sentido não tão aparente pela simples leitura do texto; (iii) exclui interpretações incompatíveis com a sistemática constitucional; e (iv) funciona como mecanismo de controle de constitucionalidade, para adequar normas à Constituição em vez de declará-las inconstitucionais (BARROSO, 2009, p. 193).

Assim, referida técnica visa unir os princípios da supremacia da Constituição com a presunção de constitucionalidade das leis, buscando entre as possíveis interpretações a que melhor se adéqua aos valores da Lei Maior, excluindo as com ela incompatíveis (BARCELLOS, 2018, p. 87).

(d) Unidade da Constituição: para existir como unidade, o ordenamento jurídico como um todo constitui um sistema de elementos entre si coordenados, que se apoiam mutuamente e servem como pressupostos recíprocos uns aos outros (BARROSO, 2001, p. 202). É por esse meio que se evita contradições normativas e antinomias reais ou aparentes, interpretando-se globalmente a Constituição e harmonizando-se eventual tensão existente entre normas fundamentais quando da aplicação a certo caso concreto (SARLET *et al*, 2018, p. 230).

(e) Razoabilidade/Proporcionalidade: a razoabilidade constitui parâmetro de valoração de atos dos poderes públicos, aferindo se possuem o principal axioma do ordenamento jurídico, que é a justiça (BARROSO, 2009, p. 230). Assim, ambos os princípios guardam relação com a justiça, a equidade, a isonomia, a prudência e a moderação, bem como demonstram o fato de que o Estado é fundado no Direito, nunca no não arbítrio (SARLET *et al*, 2018, p.234).

O princípio da proporcionalidade possui três elementos, desenvolvidos na doutrina alemã e aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, que não se confundem com o exercício mental realizado na aplicação da razoabilidade (SARLET *et al*, 2018, p. 236). Com efeito, extrai-se da proporcionalidade em sentido lato a (i) adequação, a (ii) necessidade e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação determina que as medidas adotadas pelo Estado sejam aptas para atingirem o objetivo proposto. A necessidade, também chamada de exigibilidade, impõem que inexista meio menos gravoso para alcançar o fim pretendido. Por

fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o exame entre o ônus imposto pela medida e o benefício por ela trazido, para verificar se é proporcional à interferência nos direitos fundamentais do cidadão (BARROSO, 2009, p. 235).

Sempre, pois, que o Poder Público desejar impor determinada medida, especialmente se for restritiva, necessitará analisar se é adequada ao fim proposto (é capaz de atingir o objetivo?), se é necessária (existe forma menos gravosa para atingir o objetivo?) e se é proporcional (o custo-benefício é válido?), para, só então, efetivá-la no mundo jurídico.

(f) Efetividade: trata-se da realização do Direito, isto é, sua concretização no mundo fático, materializando preceitos legais e simbolizando a aproximação entre o dever-ser, característico do Direito, e a realidade (BARROSO, 2009, p. 254-255).

Nessa senda, cumpre abordar brevemente as variadas nuances da eficácia das normas constitucionais, em consolidada doutrina proposta por José Antônio da Silva. Assim, existem (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (não necessitam de qualquer concretização pelo legislador ordinário); (ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata (aplicáveis por si só, mas que podem ser restringidas pelo legislador ordinário); e (iii) normas de eficácia limitada (que dependem da materialização pelo legislador ordinário) (BARROSO, 2009, p. 257).

Verifica-se, portanto, que certas normas criadas pelo Poder Constituinte Originário já possuem efetividade por natureza, enquanto que outras dependem da atuação dos poderes constituídos para que atinjam o fim ao qual foram propostas na realidade social.

Finalizando esta exposição, cumpre analisar outros dois métodos interpretativos da Constituição, que se aliam ao método clássico e ao método da tópica, já analisados supra. São eles o método científico-espiritual e o método jurídico-estruturante.

O método-científico espiritual foi proposto pelo jurista alemão Smend e enxerga a Constituição como um sistema que apresenta a cultura e os valores de determinado povo, devendo o intérprete se aproximar dos axiomas postos na Constituição (MENDES; BRANCO, 2017, p. 93).

Esse método é o que mais se aproxima do conceito sociológico de Constituição, elaborado por Ferdinand Lassale, que analisa o documento como o conjunto de valores de determinada sociedade, responsáveis por fundar o próprio Estado.

Por fim, o método jurídico-estruturante não confunde a norma com o texto (que é a disposição escrita da qual se extrai a norma), mas utiliza a realidade social na qual incide para buscar a norma no preceito positivado. Não pode o intérprete abrir mão da análise do

mundo fático para realizar a interpretação da Constituição (MENDES; BRANCO, 2017, p. 94).

Nesse sentido está a teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale, para o qual a norma nasce de um fato (situação concreta na realidade social) sobre o qual se aplica um valor (ao qual a sociedade tem como determinante para a solução do problema).

Conclui-se, então, esta breve exposição acerca dos principais pontos da hermenêutica constitucional, em que se verificou a contribuição histórica à interpretação, especialmente com o método clássico, e a existência de princípios instrumentais para aplicação das normas constitucionais.

Com o objetivo de concluir o assunto dos direitos fundamentais, cerne da Constituição de 1988, passa-se ao estudo da dignidade da pessoa, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-mor da Constituição Federal.

1.3. Dignidade da Pessoa Humana como princípio-mor

A dignidade da pessoa humana, disposta na Constituição Federal como fundamento da República, é vista como princípio-mor do ordenamento jurídico, servindo como norte para a elaboração, interpretação e aplicação das normas.

Referido princípio, como a imensa maioria dos demais, não surgiu do acaso nos ordenamentos jurídicos atuais, mas foi construído ao longo do tempo, agregando nuances em períodos históricos distintos.

Com efeito, quatro momentos foram imprescindíveis para a formação do atual conceito de dignidade da pessoa humana, quais sejam, (a) o advento cristianismo, (b) o iluminismo, (c) o kantismo e (d) o período do pós-guerra na Europa (BARCELLOS, 2018, p. 155).

(a) Pensamento cristão: o período histórico de expansão do cristianismo foi o responsável pela primeira ideia de valorização do ser humano como um ser eivado de dignidade.

A mensagem de Jesus Cristo e seus discípulos alterou a realidade no mundo antigo, passando a tratar o homem com seu valor individual. É que a salvação anunciada pelo Messias, além de ser individual, não prescindia de uma decisão pessoal (BARCELLOS, 2018, p. 155).

É também com base nessa premissa, além da contribuição do pensamento estoico, que, na Idade Média, Tomás de Aquino refere-se, pela primeira vez, à dignidade da pessoa

humana (SARLET, 1998, p. 18), reforçando a ideia de que o homem é um ser individual e tem, intrinsecamente, valor a si atribuído.

(b) Pensamento humanista: é no período do Iluminismo, responsável pelo desenvolvimento do humanismo, isto é, o homem como o centro de todas as coisas, que a individualidade inerente a cada ser humano voltou a ser reforçada.

A construção teórica deste pensamento gera uma série de consequências contributivas para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, especialmente o exercício da democracia e a atenção dada aos direitos fundamentais do cidadão (BARCELLOS, 2018, p. 155).

(c) Pensamento kantiano: a obra do filósofo Immanuel Kant é o principal marco teórico na construção da dignidade da pessoa humana. Esse pensador é responsável por trazer à baila o entendimento de que o ser humano, sendo pessoa, é um fim em si mesmo, jamais podendo ser considerado como um meio para determinado objetivo. Assim, a instrumentalização do homem é absolutamente proibida, ideia que inspira a atual filosofia e jusfilosofia (SARLET, 1998, p. 16).

Com efeito, para Kant, por constituir um fim em si mesmo, o homem não pode ser considerado como uma função do Estado, da sociedade ou da nação, pois dispõe de dignidade intrínseca. Nesse sentido, os ordenamentos jurídico e social é que devem ser organizados em benefício das pessoas, na sua concepção individual (BARCELLOS, 2018, p. 156).

Para validar seu entendimento, o filósofo compara coisas do mundo que são precificadas e as que têm dignidade, em oposição mútua. Assim, tudo aquilo que não possui preço ou possibilidade de substituição é dotado de dignidade; e tudo que possui dignidade não pode ser valorado ou substituído (SARLET, 1998, p. 18).

Vê-se, pois, que a percepção do homem como fim em si mesmo, característica principal do pensamento kantiano, impede que ele seja usado como instrumento para o atingimento de certa finalidade. Assim, nem o Estado, nem o Direito, nem qualquer outro indivíduo, podem tratar determinada pessoa de maneira aquém da dignidade que lhe é inerente, visto que é insubstituível e de impossível valoração.

(d) Pós-guerra europeu: a dignidade da pessoa humana recebeu outra importante contribuição após o fim da II Guerra Mundial, responsável por desolar o continente europeu e por fazer a humanidade testemunhar os horrores causados pelo Holocausto, episódio trágico em que a dignidade humana foi extirpada dos indivíduos de origem judaica.

O aval legal para o genocídio judaico fez com que o Positivismo Jurídico entrasse em crise. A principal resposta para tal insucesso, verificado especialmente pela derrota do nazifascismo amparado na legalidade para a prática de suas barbáries, foi a primazia do indivíduo fundamentado na dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998, p. 19).

A reação aos horrores causados por esses movimentos políticos levou à consagração do princípio ora trabalhado, tanto no plano internacional quanto no ordenamento interno, como valor supremo dos ordenamentos jurídicos, bem como norte da atuação do Estado e dos organismos internacionais (BARCELLOS, 2018, p. 157).

O principal documento produzido neste período foi a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que acolheu a dignidade da pessoa humana como centro norteador de direitos e serviu de inspiração para a formação de textos constitucionais posteriores, elaborados nas reformas jurídico-constitucionais realizadas no pós-guerra (SARLET, 1998, p. 19).

Verifica-se, pois, que os males causados pelo nazismo só puderam ser remediados com a acolhida da dignidade humana, construída ao longo da história, como princípio regente dos direitos humanos, intrínsecos a todas as pessoas.

Em suma, os quatro momentos históricos trouxeram contribuições elementares para a construção do conceito hodierno de dignidade da pessoa humana: seja com o cristianismo valorizando a individualidade do ser; seja com o humanismo atribuindo ao homem direitos individuais; seja com Kant considerando o ser humano como fim em si mesmo; seja como resposta à barbárie constante na II Guerra Mundial: o homem possui dignidade, pois essa lhe é um valor intrínseco, inalienável e inegociável.

A imensa violação ao valor intrínseco do homem durante a II Guerra fez com que os mais diversos países passassem a adotar a dignidade da pessoa humana como princípio de valor supremo em suas ordens jurídicas.

Nessa linha, a primeira vez em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como princípio fundamental expresso foi na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, declarando-a inviolável e impondo a todos os poderes estatais o dever de proteção. O fundamento para esta positivação constitucional foi o tormento causado pelo Estado Nazista contra a dignidade humana, visto que praticou inúmeros crimes em nome do seu interesse (SILVA, 1998, p. 89).

Com efeito, o Tribunal Constitucional desse país entende que a dignidade da pessoa humana figura no topo do sistema jurídico do país, apresentando-se como um valor supremo

e absoluto, que serve de base à interpretação das demais normas constitucionais (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.115).

Pela mesma razão é que a Constituição Portuguesa reconheceu o país como uma República baseada na dignidade da pessoa humana (SILVA, 1998, p. 89). Seu Tribunal Constitucional, em 1984, reconheceu a dignidade humana como princípio estrutural do ordenamento jurídico do país e, em 1994, afirmou que o princípio da ressocialização está fundado na dignidade da pessoa (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.115).

Além desses países, a Constituição Espanhola erigiu o princípio ao patamar soberano, garantindo aos indivíduos direitos invioláveis, livre construção da personalidade e outros direitos de ordem política e social (SILVA, 1998, p. 89).

Na França, embora não previsto tacitamente, o princípio em comento é avalizado pelo Conselho Constitucional, que no ano de 1994, ao combinar passagens do preâmbulo da Carta Maior de 1946, erigiu a dignidade da pessoa humana ao status constitucional (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.115).

Por fim, a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento do país pela Constituição da República Federativa do Brasil, baseada no Estado Democrático de Direito, especialmente por conta das violações a direito ocorridas no período do Regime Militar (SILVA, 1998, p. 89).

A Carta Maior Brasileira reconhece a existência do princípio e transforma-o em um valor supremo do ordenamento jurídico pátrio, justamente ao considerá-lo como fundamento da República (SILVA, 1998, p. 91).

Assim, a dignidade da pessoa humana está no centro da ordem jurídica pátria, sendo a razão fundamental para a estruturação e organização do Estado Democrático de Direito e para a própria formação legislativa (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 385).

Com efeito, somente pode ser considerado como fundamento por se constituir em um valor supremo, responsável por fundamentar a República, a Federação, a Democracia e o próprio Direito interno, de modo que não se resume a um princípio de ordem jurídica, mas também político, social, cultural e econômico, regendo todo o sistema pátrio, como natural de um axioma supremo (SILVA, 1998, p. 92).

Assim se vê que o último momento histórico comentado foi responsável por fazer com que os Estados de Direito se preocupassem não só em garantir aos cidadãos a dignidade da pessoa humana, mas também de torná-la o valor supremo da ordem pátria, responsável por nortear toda a produção legislativa e judicial do país, regular as atividades realizadas pelos poderes constituídos e balizar as relações entre Estado e indivíduos.

Verifica-se, então, que o Estado Constitucional de Direito, característica basilar do neoconstitucionalismo, é marcado pela presença da dignidade da pessoa humana como seu princípio-mor, como seu valor supremo, de onde todas as demais garantias e direitos decorrem e imanam às variadas espécies de relações, horizontais ou verticais, presentes nos ordenamentos jurídico, político e social.

Com tudo que foi exposto, cumpre agora entender o que significa a dignidade da pessoa humana, adentrando-se nas nuances intrínsecas ao seu conceito, para que se possa melhor compreender a sua abrangência e conteúdo.

Desse modo, a dignidade humana, que é um fenômeno preexistente à ordem jurídica e por esta incorporada, é a ideia que reconhece um valor intrínseco aos seres humanos, que tem status diferente na natureza, concedendo-lhe a titularidade de direitos que independem de serem atribuídos por certa ordem jurídica (BARCELLOS, 2018, p. 157).

Com efeito, do pensamento kantiano se extrai o reconhecimento do ser humano com um ente dotado de valor inerente, fato que é incorporado pela ordem jurídica (positivado), o que lhe garante direitos naturais e intrínsecos que não dependem de previsão formal.

Assim, a dignidade da pessoa humana é qualidade inerente, não divorciável e definidora do ser humano. É por essa condição (ser humano) que o homem é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado, independentemente de qualquer outra particularidade. É, por fim, um valor inerente do ser humano, que o identifica entre os demais seres da natureza (SARLET, 1998, p. 15).

Especificando-se os conceitos, tem-se que pessoa é apenas o ser humano, racional; e que todo ser humano, indistintamente, é pessoa, isto é, ser espiritual fonte e destino de valores inerentes. Todo ser humano, ao viver com semelhantes, vê no próximo sua correspondência e o reflexo de sua espiritualidade, de modo que, ao desconsiderá-lo, despreza a si próprio (SILVA, 1998, p. 90).

Com isso, pessoa é todo ser humano, por ser racional. A simples condição de ser da espécie humana já torna a pessoa destinatária de valores espirituais inerentes, que não podem ser desprezados, sob pena de ser desmerecida a própria humanidade.

A dignidade, por sua vez, é o atributo intrínseco e essencial da pessoa humana, que é o único ser que possui valor interno e superior a qualquer precificação ou substituição; é, pois, a própria natureza humana (SILVA, 1998, p. 91).

A dignidade da pessoa humana é a responsável por fazer o homem merecedor de respeito por parte do Estado e, também, da sociedade, abarcando uma gama de direitos fundamentais que impedem o tratamento degradante ou desumano da pessoa, além de lhe

garantir condições mínimas para uma vida digna, proporcionando-lhe meios para exercer sua participação ativa na formação do destino da própria existência, juntamente com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Assim, com base nas experiências históricas da violação à própria natureza do ser humano, tida aqui como sua dignidade, sua positivação como base da República serve como maneira de reconhecer o *homo noumenon*, isto é, o indivíduo como sendo limite e fundamento da ordem jurídica, para que ela seja uma organização que serve ao homem e não o contrário (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Verifica-se, pois, que é abarcado pelo conceito de dignidade da pessoa humana a ideia do homem no centro do ordenamento jurídico, sendo o alvo de toda a produção normativa nele existente.

Dessa maneira, a consagração do princípio como valor supremo da República torna o ser humano a base, o eixo principal, o centro do universo jurídico (SARLET, 1998, p. 22).

Finalizando o tema da conceituação do princípio, a dignidade pode ser empregada como forma de comportamento ou como atributo intrínseco da pessoa humana. Como trabalhado, é no segundo conceito que melhor se encaixa o termo e é essa a definição adotada pela Constituição, que tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, independentemente da forma que se comporte, pois mesmo uma conduta indigna não será suficiente para privar dos indivíduos os direitos que lhe são inerentes, salvo atitudes penalmente condenáveis (SILVA, 1998, p. 93). Mesmo nesse último caso, a restrição de direitos aplicada penalmente não restringe integralmente o leque de garantias à dignidade que recebe o indivíduo.

Em suma, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como o valor intrínseco a todos os seres humanos, de onde decorrem seus direitos inerentes e irrenunciáveis, que devem ser respeitados e reconhecidos pelo Estado e sociedade, fazendo com que a ordem jurídica exista para benefício do homem, nunca o contrário, independentemente de sua conduta.

Quanto ao seu fundamento, a dignidade possui base tanto jurídica quanto filosófica. Assim, na acepção jurídica, o acolhimento constitucional expresso da dignidade da pessoa humana como princípio-mor, ou “princípio dos princípios” é o fator responsável por fundamentar o instituto juridicamente (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.112).

Na acepção filosófica, por sua vez, existem três possíveis teorias, quais sejam: (i) teoria do dote, (ii) teoria da prestação e (iii) teoria do reconhecimento. Para a primeira, (i) teoria do dote, a dignidade da pessoa humana consiste em um dote dado por Deus ao homem

ou construído na Natureza, conforme as bases religiosas e filosóficas dos indivíduos. Para a (ii) teoria da prestação, a dignidade da pessoa humana é adquirida individualmente e produzida autonomamente pelo próprio sujeito, de acordo com seu comportamento, que pode resultar em um objeto bem ou malsucedido. Para essa visão, o valor não é algo dado previamente, mas sim alcançado pela pessoa, que pode, também, ter sua realização frustrada por ela. Por fim, para a (iii) teoria do reconhecimento, a dignidade da pessoa humana se trata de uma comunhão solidária entre seres semelhantes, que adquire eficácia normativa ao ser institucionalizada (positivada) como base fundamental do Estado (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.112).

Em síntese, a teoria do dote entende que a dignidade humana é algo preexistente ao próprio indivíduo, eis que presente na Natureza ou concedida pelo Criador; a teoria da prestação considera que o valor é construído pelo indivíduo de acordo com o seu comportamento, podendo ter um resultado positivo ou negativo; e a teoria do reconhecimento compreende o princípio como uma comunhão entre semelhantes, de respeito mútuo, que adquire eficácia normativa ao ser positivada como base do ordenamento jurídico.

Como se vê, a teoria mais condizente com a realidade, que, portanto, serve como acepção filosófica da dignidade da pessoa humana, é a última, visto que trata o valor como inerente ao ser humano e reconhecido pela ordem jurídica para receber eficácia normativa. Assim, o fundamento filosófico abarca o próprio fundamento jurídico, que, como visto, é a institucionalização do valor.

Posto isso, integra o conteúdo da dignidade da pessoa humana uma série de características, como bem sistematizado pelo jurista Jorge Miranda. Assim, fazem parte do princípio as seguintes nuances:

(a) o princípio se reporta a todas as pessoas, que têm dignidade pessoal, individual e concretamente;

(b) a dignidade é pertencente à pessoa, que, embora viva em sociedade, não adquire o valor da situação em que se encontra, visto que lhe é inerente;

(c) considerando que, para a pessoa humana, o ser prevalece em detrimento do ter, a liberdade deve ser tida como superior à propriedade;

(d) a proteção desse valor supremo é de concepção universalista, atribuindo-se direitos a todas as pessoas;

(e) o axioma pressupõe a autonomia da pessoa para dirigir a própria vida, bem como sua autodeterminação perante o Estado, entes públicos e sociedade (MIRANDA, 1991 *apud* GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 386-387).

Com efeito, todas as pessoas possuem dignidade, axioma que é naturalmente intrínseco ao ser humano, eis que faz parte de sua essência, de modo que pode dela desfrutar de maneira individual (cada ser é diferente dos demais) e concretamente (o valor é externalizado, não permanece na mera abstração).

Ademais, nem a sociedade, nem as circunstâncias temporais são responsáveis por garantir ao ser humano a sua dignidade, pois esse valor já lhe é intrínseco.

Sempre que o direito à liberdade estiver em choque com o direito à propriedade, em que pese ambos fundamentais, deve prevalecer o primeiro, pois a pessoa humana é um ser, não um objeto, de modo que a liberdade, pertencente ao ente, deve prevalecer sobre a propriedade, característica de um bem.

Ainda, todas as pessoas são titulares de direitos individuais, independentemente da ordem jurídica a qual pertença. São essas garantias as responsáveis por permitir ao cidadão que dirija os rumos da própria vida, sem interferências estatais ou sociais.

Entretanto, não basta ao cidadão a liberdade meramente reconhecida constitucionalmente, pois o desenvolvimento vital intrínseco à dignidade humana necessita de condições mínimas de existência, que sejam dignas, nos termos da justiça social e da ordem econômica vigente (SILVA, 1998, p. 93).

A dignidade humana garante direitos individuais; os direitos individuais permitem o livre desenvolvimento do indivíduo. Assim, somente se materialmente garantidos, isto é, existentes na realidade (não apenas na lei), é que as disposições constitucionais permitirão ao cidadão viver com a dignidade que lhe é essencial.

Desse modo, o homem tem sua dignidade violada não somente quando privado de certas liberdades fundamentais, mas também quando não lhe é materialmente garantido acesso à alimentação, à educação básica, à saúde e a outros bens existenciais mínimos (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 385). Qualquer ato que viole a dignidade da pessoa atinge o centro da condição humana, promove o desprezo ao homem e fere ao princípio da igualdade, visto que não devem existir níveis de dignidade maiores a uns e menores a outros: a dignidade é idêntica a todos os homens (SARLET, 1998, p. 16).

Abordadas as nuances da construção do princípio supremo da ordem constitucional, bem como sua conceituação, fundamentos jurídico e filosófico e características, cumpre analisar aspectos relacionados aos seus efeitos no ordenamento jurídico do Estado.

Inicialmente, frisa-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio com grau de abstração altamente elevado.

Ela descreve uma realidade complexa, por conta de duas ordens de razões que refletem no ordenamento jurídico: (a) a dignidade humana vai além do mero acesso a prestações estatais como saúde, educação, alimentação e moradia e (b) a forma como tais bens interagem entre si (BARCELLOS, 2018, p. 157-158).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana garante ao indivíduo todos os bens jurídicos necessários ao desenvolvimento de sua vida. A dificuldade reside no fato de haver uma infinidade de possíveis bens existenciais dentro desta concepção, visto que situações e realidades sociais diferem para cada sujeito de direitos. Além disso, outra complexidade existe no tocante ao relacionamento dos direitos individuais entre si, visto que uns supõe a preexistência de outros, de modo que, ausente esses, inevitavelmente estarão ausentes aqueles.

Exemplificando, a Constituição Federal garante aos cidadãos o direito de acesso à educação e à saúde, de maneira formal. Entretanto, na realidade, restrições como o baixo nível de escolaridade e o alto índice de mortalidade infantil, por exemplo, configuram restrições ao exercício de tais direitos em seu aspecto material (LEYTER; PARANHOS, 2019, p. 49).

Apesar disso, o grau de abstração elevado do princípio em comento não é suficiente para retirar a sua eficácia do mundo jurídico, especialmente nos países que a trazem como norma fundamental expressa, como é o caso do Brasil (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.118).

Desse modo, a dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além de um dever de abstenção, caracterizado pela existência de direitos de liberdade, a obrigação de prestações positivas, que visam efetivar o valor e proteger a pessoa humana. Cumpre ao ordenamento político respeitar, proteger e promover condições mínimas para o exercício digno da vida individual de cada cidadão (GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 386).

Assim, o valor supremo da ordem jurídica comporta eficácia interpretativa, conduzindo o hermeneuta a escolher, dentro os possíveis sentidos do texto, aquele que melhor se encaixe na proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2018, p. 160). É, pois, critério de interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.121).

Dentro dessa concepção, denominada de dimensão axiológica, a dignidade da pessoa humana atua como referencial axiológico (valorativo) e teleológico, regendo toda a interpretação constitucional e infraconstitucional do sistema jurídico pátrio (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.121).

Além disso, possui eficácia negativa, no sentido de que sua incidência permite a declaração de inconstitucionalidade de normas que violem seu núcleo central (BARCELLOS, 2018, p. 160). É, nesse caso, medida de proteção dos direitos fundamentais, tanto como limite dos limites quanto como garantidora do núcleo mínimo da norma da constitucional (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.121).

Assim, a dignidade da pessoa humana serve como parâmetro de controle de constitucionalidade das limitações aos direitos fundamentais, bem como das intervenções restritivas realizadas pelos poderes constituídos, especialmente quando da produção infraconstitucional (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.123).

Por fim, o valor supremo possui eficácia positiva, vedando o retrocesso da ordem social (BARCELLOS, 2018, p. 160) nos conflitos entre direitos constitucionais, atuando como parâmetro de ponderação (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.121).

Nesse sentido, então, trata-se de um parâmetro de demasiada importância, evitando que o hermeneuta haja arbitrariamente e diminuindo o risco de que a ponderação enfraqueça extremamente os direitos fundamentais frente aos interesses majoritários (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.122).

Em suma, a dignidade da pessoa humana possui eficácia no ordenamento em três principais sentidos: (i) interpretativo (dimensão axiológica), em que serve como norte na interpretação jurídica, (ii) negativo (dimensão protetiva), em que atua como limitação às restrições de direitos fundamentais, e (iii) positivo (dimensão ponderativa), funcionando como vedação ao retrocesso e esvaziamento semântico quando da ponderação entre princípios.

Por fim, cumpre abordar a flexibilidade do princípio, isto é, se absoluto ou relativo. Grande parte da doutrina entende se tratar de princípio absoluto, por conta principalmente da teoria de Kant, que considera a dignidade como inerente ao ser humano, um fim em si mesmo (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.117).

Não obstante, a maior parte da doutrina (Alexy, Sarlet, Barroso, Sarmiento etc.) consideram o princípio relativo, assim como todos os demais, podendo ser relativizado em casos muito excepcionais (quase inexistentes), visto que é tido como o “princípio dos princípios”, um “metaprincípio” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 2.117).

Considerando que a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado, o princípio dos demais princípios, o parâmetro de interpretação da produção normativa do ordenamento jurídico e o valor supremo inerente e essencial ao ser humano, não se vislumbra possibilidade de relativizá-lo.

Juridicamente falando, flexibilizar a dignidade da pessoa humana seria o equivalente a relativizar o fundamento do Estado, sua própria razão de ser, fato que permitiria que sua existência entrasse em colapso.

Filosoficamente falando, relativizar a dignidade humana é o mesmo que flexibilizar o próprio homem, eis que torna seu valor supremo e intrínseco passível de restrição por fatores externos, tornando o ser humano um objeto para determinado fim – a finalidade da flexibilização.

Desse modo, após expostos os marcos históricos da evolução, sua previsão nas diversas Constituições pelo mundo, sua conceituação, fundamento e características, além de seu caráter, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é o princípio-mor do Estado, de onde emana toda a produção normativa, bem como o parâmetro para valoração de leis e disposições constitucionais, garantindo ao cidadão o mínimo necessário para o desenvolvimento digno de sua vida.

2. A DOGMATIZAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa é objeto de previsão nas mais diversas Constituições, responsável por garantir ao cidadão o livre exercício de suas crenças e convicções, bem como por permitir que se abstenha de acreditar no sobrenatural.

Ao longo da história, este direito fundamental passou por diversos momentos, com maior ou menor proteção por parte do Estado e, de mesmo modo, difusão em meio ao ambiente sociocultural da época.

Desde a Antiguidade, o fenômeno religioso, sempre relacionado ao transcendente, é visto com positividade social. À época, o monismo característico do mundo pré-cristão fazia com que o poder político e a religião identificassem-se entre si, com duas possíveis variações: a teocracia, em que o elemento religioso sobrepujava ao religioso, e o cesarismo, em que o oposto ocorria (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 27).

Na Grécia Antiga, todas as coisas conhecidas eram condicionadas pelo querer divino, responsável pela explicação de fatos que iam desde aqueles relacionados à existência, até aqueles concernentes à classificação hierárquica social (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 2).

Posteriormente, no Império Romano, apesar de manter postura politeísta e tolerante por grande parte do tempo, a ascensão ao governo de Teodósio (380 d.C.), que trouxe consigo o fortalecimento do Estado, foi o fator responsável por tornar o Cristianismo a

religião oficial do Império, por meio do Edito de Tessalônica (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 3).

Embora o politeísmo tenha perdurado por grande parte dos aproximadamente doze séculos de existência da civilização romana, a principal contribuição religiosa de Roma foi a ascensão do Cristianismo, visto que institucionalizou a crença e tornou-a parte do Estado, fator responsável pela consolidação da cultura judaico-cristã vigente hodiernamente no Ocidente.

É por conta da pregação de Jesus Cristo, que reafirmou o Decálogo Mosaico, que diversos direitos, hoje positivados como fundamentais, são garantidos aos indivíduos desde a Idade Média até a contemporaneidade.

Nesse sentido, Agostinho e Tomás de Aquino trouxeram grande contribuição ao estabelecimento de direitos individuais no período mencionado, especialmente no tocante à liberdade religiosa, com conceitos e definições utilizadas até a atualidade.

Na Idade Média, relativamente à liberdade religiosa, o conceito predominante era o da *libertas ecclesiae*, designador das prerrogativas da Igreja Católica Apostólica Romana, que tinha como uma de suas características a pretensão teológica de concretizar a verdade objetiva e absoluta presente em seus dogmas. Essa concepção frutificou em um ambiente político-confessional, subordinando o Direito às acepções teológicas da religião (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 28).

Com efeito, condutas tidas como heréticas, isto é, contrárias aos dogmas católicos, eram vistas como ofensa a Deus e, como tal, crimes puníveis com a morte. Não obstante isso, é no período da dominância católica que o conceito de penitenciária surge, pois os mosteiros designavam determinada ala (denominada de “ala penitenciária”) para que os criminosos pudessem ficar detidos, refletindo acerca de seus delitos e trabalhando em seu arrependimento e retorno ao meio social.

No Brasil, por forte influência dos portugueses, o catolicismo se alastrou pelo território nacional, influenciando o desenvolvimento inicial da colônia, por meio de seus clérigos, que levavam em consideração ensinar a fé nas escolas desde os anos iniciais, além de catequizar os nativos e os escravos (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 5).

Rompendo o paradigma do catolicismo, o protestantismo surge como divisor de águas e advento do Estado Moderno, titular da solução política dos conflitos teológicos e das guerras religiosas desencadeadas pela Reforma (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 29).

O frade agostiniano alemão Martinho Lutero, em 1517, ao pregar suas 95 teses na catedral de Wittenberg, desencadeia uma série de mudanças nos dogmas religiosos

predominantes na Europa à época, influenciando países como a França (por meio de João Calvino), Suíça (no esforço de Ulrico Zuínglio) e Escócia (com John Knox) a seguirem o mesmo padrão e romperem com a regência católica.

No Brasil, a Reforma Protestante, apesar de reflexos anteriores, passou a difundir-se com maior constância a partir do ano de 1862, com a chegada do presbiterianismo ao país. Posteriormente, em 1900, igrejas pentecostais como a Congregação Cristã no Brasil e Igreja Evangélica Assembleia de Deus, influenciadas pelo movimento da Rua Azusa (EUA), desenvolveram-se no país, agregando inúmeros fiéis, especialmente indivíduos de baixa renda residentes nas periferias das grandes cidades.

É a partir desse ponto que a liberdade religiosa passa a ser efetivamente buscada e, posteriormente, conquistada pelos cidadãos, visto que no período vigia no país a Constituição Monárquica, que instituiu o Catolicismo como religião oficial do Império, permitindo às demais somente o culto doméstico.

O Imperador D. Pedro I outorgou o documento em 1824, destituindo a Assembleia Constituinte formada para tanto. Entre suas características, a Carta Maior estabelecia a Igreja Católica como responsável pelos nascimentos, casamentos e óbitos, vedava a prática religiosa de outras crenças (salvo em culto doméstico), não permitia a exaltação de outros credos e deuses, tampouco forma exterior de templo e condicionava outras práticas litúrgicas ao respeito à religião oficial e à não ofensa à moral pública (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 7).

Vê-se, pois, a ausência da liberdade religiosa, pois embora formalmente prevista, sua efetividade concernia tão somente aos indivíduos professos ao catolicismo.

O panorama vigente começou a ser alterado a partir da difusão das igrejas protestantes, nos termos acima comentados. A forte pressão política pela queda do governo monárquico, aliado ao *lobby* criado pelos setores religiosos, que buscavam exercer suas crenças sem qualquer interferência do Estado, fez com que, em 1889, viesse à tona a República, destituindo o Imperador da época.

Em decorrência do golpe militar que instituiu a República no Brasil, a segunda Constituição Brasileira foi formada, definindo preponderantemente a separação entre Igreja e Estado (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 7).

Desse modo, questões civis como casamentos, nascimentos e óbitos passaram a ser regidos pelo Estado, não mais pela Igreja. Além disso, inexistia qualquer interferência dos poderes públicos nos setores religiosos, em postura de integral absentismo estatal no tocante à profissão de fé.

Posteriormente, em 1934, após a Revolução Constitucionalista de 1932, Getúlio Vargas promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1934, responsável por colocar diversos direitos em prática e dispor como facultativo o ensino religioso nas escolas, respeitando-se sempre a crença do aluno (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 8).

Vigendo por apenas três anos, a Constituição de 1934 cedeu lugar para a de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e fundante do Estado Novo. Com diversas restrições, no tocante à liberdade religiosa, retornou ao sistema adotado na primeira carta republicana (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 8).

Assim, ainda adotando o laicismo¹ do Estado, referido documento trouxe à baila outra vez o absenteísmo estatal frente às crenças nacionais, agindo em caráter quase que de aversão à religiosidade.

A Constituição de 1946, responsável por extinguir o autoritário Regime do Estado Novo, ripristinou os princípios liberais religiosos um ano após a II Guerra Mundial (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 9). Desse modo, o Estado deixou de ter aversão ao fenômeno religioso para agir com neutralidade perante as diversas crenças existentes no território.

Já na Constituição de 1967 (alterada pela Emenda nº 1/69) foi prevista a preservação, fortalecimento e projeção de valores espirituais democráticos, bem como sua defesa, transmitidos por meio do ensino religioso, além da dignidade da pessoa humana e do apreço pela liberdade responsável, protegida por Deus (GUASTALE; GODOY, 2016, p. 10).

Verifica-se que a liberdade religiosa era condicionada ao espírito pátrio e cívico vigente à época, inclusive com homogeneidade entre o ensino religioso e a educação moral e cívica, refletindo o caráter autoritário e rígido do governo então vigente.

Por fim, após o fim do Regime Militar e o advento da redemocratização no Brasil, com o retorno das eleições indiretas e o fim do controle militar sobre os Poderes, a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu para promulgar, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, abordada no capítulo anterior.

A liberdade de culto e crença é prevista no artigo 5º da Constituição, juntamente com um extenso rol de direitos e garantias individuais. Cumpre adiantar que a relação entre

¹ Cumpre diferenciar os conceitos de laicismo e de laicidade. O primeiro é relacionado a uma postura estatal de aversão à religião, sendo contra qualquer confirmação, apoio ou cooperação entre o Poder Público e as denominações de fé. Por outro lado, a laicidade impõe uma postura neutra do Estado, mas não implica em ignorância às manifestações das crenças existentes no território nacional, permitindo a cooperação de interesse público e resguardando símbolos religiosos consolidados na tradição do povo.

Estado e Igreja não é de absentismo, mas sim de neutralidade, permitindo-se o auxílio mútuo quando presente interesse social.

Assim, analisada brevemente a evolução da liberdade religiosa até a hodiernidade, cumpre adentrar em seu conteúdo normativo, para que se possa perceber as situações jurídicas por ela abarcadas ou não.

2.1. O conteúdo normativo do direito fundamental à liberdade religiosa

Postas as noções principais da evolução do direito constitucional à liberdade religiosa, cumpre analisar os aspectos concernentes ao conteúdo do preceito fundamental, compreendendo seu âmbito de proteção e abrangência normativa. Parte-se, pois, ao conceito do objeto protegido.

A liberdade religiosa é o direito constitucionalmente previsto responsável por tutelar as crenças, o culto e as atividades concernentes à religião, seja dos indivíduos, seja das organizações religiosas, ao mesmo tempo em que consagra a neutralidade estatal (TERAOKA, 2010, p. 52).

Com efeito, verifica-se a existência de um duplo aspecto no conceito de liberdade religiosa: (a) a garantia à liberdade de crença da pessoa (física ou jurídica) e (b) a separação entre Estado e Igreja, impondo que aquele não adote qualquer religião em detrimento de outra.

Em verdade, o termo genérico liberdade religiosa abarca uma série de outros direitos, todos concernentes ao bem jurídico protegido. Com isso, conceitua-se o preceito como um direito complexo (*cluster right*), abrangendo vertentes subjetiva (cujos titulares do direito são pessoas físicas ou jurídicas) e objetiva, concernente ao Estado, impondo-lhe prestações (aspecto positivo) e abstenções (aspecto negativo) que vinculam tanto os órgãos públicos quanto os particulares. Ainda, a liberdade de crença e de culto se diferencia da liberdade de consciência, da qual deriva (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 61).

É de se ressaltar, contudo, que o termo “liberdade religiosa” não consta no texto constitucional. Não obstante isso, a tradição doutrinária e jurisprudencial, juntamente com a ausência de expressão mais ampla para compreender a complexa ramificação de posições jusfundamentais concernentes à religião, justificam o uso da definição (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 62).

Ademais, a liberdade de crença e de culto deriva da liberdade de consciência, visto que esta sustenta posição matricial frente àquela. Sinteticamente, a liberdade religiosa deriva

da liberdade de consciência, responsável por tutelar qualquer opção relativa à matéria religiosa, inclusive a rejeição a todas as crenças (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 79).

Em que pese existam posições no sentido de que a liberdade religiosa é a fonte da liberdade de consciência, compreende-se que essa é mais ampla e, por isso, abarca o direito de ter, não ter ou deixar de ter certa crença.

Com efeito, a liberdade de confissão religiosa e ideológica é espécie do direito mais geral da liberdade de consciência, que não se restringe à mera formação da consciência (foro interno), mas abrange também a atuação do sujeito conforme a própria consciência (foro externo), protegendo-se as ações externas do indivíduo mesmo que não motivadas por características ideológicas ou religiosas (SARLET *et al*, 2018, p. 543).

Verifica-se, pois, que a liberdade de consciência compreende duas esferas: (i) esfera interna, responsável pela formação ontológica do agente, e (ii) esfera externa, que é a proteção da atuação individual conforme a consciência do sujeito.

A posição majoritária na doutrina brasileira, então, entende que a liberdade de crença é mais restrita que a liberdade de consciência, que tutela todo pensamento, e que a liberdade religiosa, que tutela todos os aspectos relacionados ao fenômeno religioso. Não obstante, a liberdade de crença é algo inerente à religião, considerada em seus aspectos internos, mesmo que seja para não aderir nenhuma, desgostar de todas ou optar pelo ateísmo (TERAOKA, 2010, p. 49).

Em suma, tem-se a seguinte escala: a liberdade de consciência (gênero), abarcando a liberdade religiosa (espécie), a liberdade de crença (subespécie) e a liberdade de culto (também subespécie).

Em sequência, a finalidade da liberdade religiosa é proteger as mais variadas opções de crença, repelindo pressões a manifestações de fé ou de descrença, ao mesmo tempo em que visa a permitir o debate pacífico entre as diferentes religiões quando buscam divulgar a própria fé (TERAOKA, 2010, p. 53).

Com efeito, o objetivo primordial da liberdade religiosa é a proteção das crenças, sejam elas quais forem. Considerando que a divulgação da própria fé é direito inerente à religião (proselitismo), o preceito fundamental em comento também garante o debate entre as opções de fé, mesmo quando extrapolados os limites do respeito à crença, em certos casos.

Tendo em vista que a liberdade religiosa visa, por óbvio, proteger a religião (seja ela qual for), é necessário compreender o que é o fenômeno religioso. Assim, três conceitos de religião foram desenvolvidos pela doutrina especializada: (i) o conceito substancial-objetivo, (ii) o conceito funcional-subjetivo e (iii) o conceito tipológico.

O (i) conceito substancial-objetivo, com base no sentido comum, visa a uma definição material, um conceito substancial e essencial da religião, vinculada ao sobrenatural e a entidades/instituições supremas, com objetos de culto, rituais, simbologias, valores absolutos e cosmologia universalista (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 98).

Para esse conceito, então, a crença necessita de elementos substanciais típicos para ser considerada religião. Exemplificando-se, o catolicismo romano só pode ser considerado uma religião por ter uma entidade suprema (Deus), objetos de culto (terços, imagens etc.), rituais (crisma, batismo, eucaristia etc.), entre outros elementos.

Por conta do perigo de desconsiderar as religiões minoritárias e não tão consolidadas, buscou-se por um (ii) conceito funcional-subjetivo, tratando a religião em um conceito estrutural-funcional, mais alargado. Essa definição se tornou tradicional nos Estados Unidos a partir do século XX (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 100).

Nesse sentido, em havendo um sujeito que afirme praticar determinada crença, tal será considerada como religião, mesmo que sem outros elementos concretos e abrangentes.

Por fim, no (iii) conceito tipológico, busca-se a obtenção de um conceito amplo e expansivo, mas que conserve a operacionalidade prática da religião, evitando-se que a extensão excessiva sirva como meio de utilização abusiva (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 101).

Nessa senda, o último conceito visa a um equilíbrio entre os dois primeiros, buscando alargar a definição de religião, mas sem comprometer a funcionalidade prática delas.

Em suma, a conceituação de religião leva em conta elementos típicos das religiões, suas “parecenças de família”, tais como a cosmologia universalista, o apelo a autoridade, a presença de verdades objetivas e a consciência de existência de um poder sobrenatural e transcendente (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 102).

Assim, a religião é a crença no poder divino, baseada integralmente na fé (mesmo que seus adeptos visem à correção científica), sendo desnecessária a sistematização teológica, a unidade organizacional ou a presença de um líder supremo (TERAOKA, 2010, p. 44-45).

Postos os conceitos básicos concernentes à liberdade religiosa, isto é, sua conceituação, sua derivação da liberdade de consciência e a definição de religião, cumpre estudar o conteúdo do direito, analisando-se sua abrangência e dimensões protetivas.

Assim, para abarcar da melhor forma possível todas as complexas situações relacionadas ao fenômeno religioso, o âmbito de proteção do direito fundamental tem esfera ampla.

Com efeito, a liberdade religiosa é compreendida como direito em sentido amplo, abarcando, em sua dupla dimensão, uma extensa ramificação de efeitos jurídicos objetivos e de posições jurídicas subjetivas (SARLET *et al*, 2018, p. 545).

Assim, com base em todo o arcabouço constitucional, doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, a liberdade religiosa, de âmbito normativo alargado, é capaz de tolerar o fundamentalismo-crença, que é contencioso frente a certos dispositivos constitucionais, ao mesmo tempo em que vise o maior grau de inclusão possível para o fundamentalismo-militante², quando em choque com a liberdade e dignidade da pessoa humana (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 65).

Desse modo, a liberdade religiosa é apta para proteger, na sua dimensão subjetiva, a crença individual do fiel, garantindo, paralelamente, que milite em favor da sua religião, mesmo que em confronto à liberdade de crença de outro cidadão.

Dentro do *cluster right* da liberdade religiosa, três aspectos de proteção podem ser vislumbrados: (a) aos indivíduos, (b) às organizações religiosas e (c) ao Estado. Quando a proteção constitucional se direciona ao cidadão, verifica-se a atuação fundamental na primeira nuance; quando proporciona garantias coletivas (como proselitismo e liberdade de auto-organização religiosa), manifesta-se no segundo aspecto; por fim, quando impõe o princípio da separação entre Igreja e Estado (laicidade), age relativamente ao poder público (terceiro aspecto) (TERAOKA, 2010, p. 60).

Com isso, seja a liberdade de consciência, seja a liberdade religiosa (e os demais direitos fundamentais), ambos os preceitos apresentam dupla dimensão: subjetiva e objetiva (SARLET *et al*, 2018, p. 544).

Nessa senda, o direito fundamental apresenta-se como (1) direito subjetivo e (2) vetor objetivo. Em sede de aspecto subjetivo, abarca outras categorias, relacionadas ao titular do preceito fundamental, quais sejam (1a) direitos subjetivos individuais, cujos titulares são pessoas naturais, e (1b) direitos subjetivos das pessoas jurídicas, cujos titulares são as confissões religiosas. Já no aspecto objetivo, tem-se a existência de (2a) princípios

² O fundamentalismo religioso se caracteriza pela presença de quatro peculiaridades: (i) a recusa na interpretação de seus textos fundantes, trabalhados na literalidade, (ii) a reatividade à modernidade, (iii) o caráter identitário, que busca adequar a vida social ao conteúdo religioso, e (iv) a pretensão de monopolização da verdade salvífica, tida como absoluta. Dentro do gênero, presentes duas espécies: o fundamentalismo-crença e o fundamentalismo-militante (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 52-53). O primeiro é fenômeno inerente a todo e qualquer indivíduo que se enquadre em determinada crença, visto que tem a dogmática religiosa a qual crê como verdade absoluta e incompatível com qualquer espécie de contestação. Por outro lado, o fundamentalismo-militante é aquele pelo qual o adepto a determinada religião busca impor aos demais indivíduos da sociedade os dogmas em que crê. Em que pese conflite com a liberdade individual, faz parte do proselitismo, de modo que deve ser compatibilizado com as disposições constitucionais da maneira mais plausível no caso concreto.

constitucionais, (2b) deveres de proteção e (2c) garantias institucionais³ (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 68).

Desse modo, na condição de direito subjetivo, a liberdade religiosa assegura o direito de confessar (ou não) certa fé, gera direitos à proteção contra perturbações ou vilipêndios estatais ou de particulares. Por outro lado, na condição de vetor objetivo, a liberdade religiosa impõe a neutralidade ideológico-confessional do Poder Público, atuando como pressuposto do Estado Democrático de Direito (SARLET *et al*, 2018, p. 544).

Abarcado por essas duas grandes dimensões, está um gigantesco catálogo de posições jusfundamentais, que traz consigo a quase totalidade das nuances abrangidas pela liberdade religiosa⁴ (cf. WEINGARTNER NETO, 2007, p. 72-77).

Como visto, a dimensão jurídico-subjetiva da liberdade religiosa engloba o direito subjetivo individual e o direito subjetivo das igrejas à liberdade de crença e de culto, cada qual abarcando uma série de posições jusfundamentais, vistas abaixo.

Assim, no sentido de ser um direito subjetivo individual, a liberdade religiosa permite que cada pessoa, com base na atuação conforme a própria consciência, sem qualquer espécie de pressão ou coação, responsabilize-se por suas decisões éticas e existenciais (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 114).

Com efeito, a liberdade religiosa opera como direito de defesa (em aspecto negativo) e como direito a prestações estatais (aspecto positivo), não se limitando tão somente a um único tipo de prestação ou abstenção (SARLET *et al*, 2018, p. 545).

Desse modo, o direito subjetivo individual à liberdade religiosa obriga o Estado a assumir posição *absenteísta* frente à opção religiosa do sujeito e, paralelamente, a garantir o bom andamento das religiões por meio de prestações fáticas e jurídicas.

Ainda no tocante ao plano subjetivo individual, uma série de posições jurídicas é prevista para o indivíduo religioso. Garante-se ao cidadão (a) que não professe fé em qualquer religião (ateísmo), (b) que sua conduta seja de acordo com a própria convicção (proteção da conduta religiosa), (c) que os poderes públicos se abstenham de interferir na escolha de crença do cidadão (reserva de intimidade religiosa) e (d) que divulgue, manifeste

³ Esquematizando-se:

1) Dimensão subjetiva;
1.1) Direitos subjetivos individuais;
1.2) Direitos subjetivos das pessoas jurídicas;
2) Vetor objetivo;
2.1) Princípios constitucionais;
2.2) Deveres de proteção; e
2.3) Garantias institucionais.

⁴ Considerando a grandiosa extensão do catálogo, não cumpre aqui transcrevê-lo.

e difunda sua fé (proselitismo) (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 120). Este último, considerando o escopo deste trabalho, será abordado de forma aprofundada abaixo.

A liberdade de crença e de culto fazem parte do direito subjetivo individual à liberdade religiosa. Assim, o conteúdo normativo da liberdade de crença é responsável por facultar ao cidadão que opte por certa religião e que, querendo, mude de fé. A liberdade de culto, por sua vez, é a garantia de que o sujeito poderá exteriorizar sua fé, relacionando-se, então, aos ritos, cerimônias, locais de culto e outros elementos relacionados ao exercício da religião (SARLET *et al*, 2018, p. 546).

Desse modo, é salutar abordar alguns aspectos relativos a esses direitos, visto que inerentes à liberdade religiosa individual.

Assim sendo, a liberdade de crença é a própria liberdade de consciência, porém voltada ao fenômeno religioso. Em seu (i) aspecto positivo, trata da escolha da religião pelo cidadão, enquanto que, em seu (ii) aspecto negativo, garante o direito de não seguir qualquer crença (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1.002).

Com efeito, a liberdade de crença compreende a livre escolha da religião, a liberdade de adentrar em qualquer seita religiosa ou ideológica, o direito de mudar de crença e, também, a possibilidade de não escolher fé alguma, isto é, garante-se a possibilidade de escolher o ateísmo (e de exprimir o agnosticismo). Não está abarcado pela liberdade de crença, contudo, a possibilidade de embaraçar ou atrapalhar o exercício de qualquer fé, visto que, nesse caso, a liberdade é limitada pela liberdade de outro (SILVA, 2014, p. 251).

Em suma, então, a liberdade de crença é a possibilidade de o indivíduo, por si só, escolher a crença que deseja seguir ou, em caso contrário, não seguir qualquer confissão religiosa ou ideológica.

A liberdade de culto, assim como a de consciência e de crença, é garantida pela Constituição, que assegura o livre exercício dos cultos religiosos, com suas respectivas liturgias, cerimônias, procissões etc. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1.008).

Quanto ao seu conteúdo, consiste na faculdade de participar individual ou coletivamente de atos de culto, sem qualquer espécie de pressão ou coação estatal (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 122).

Nesse sentido, a proteção à prática de rituais e à realização de reuniões religiosas públicas, pelos adeptos da crença, são garantidas pela liberdade de culto, responsável por viabilizar o direito à exteriorização da fé, especialmente em cultos públicos (TERAOKA, 2010, p. 50).

Como ver-se-á abaixo, é esse direito que permite aos sujeitos adeptos a alguma crença praticarem o proselitismo religioso.

Ainda no tocante à liberdade de culto, a proibição ao vilipêndio e à perturbação de cultos vincula o Estado, impondo-lhe um dever de proteção. Assim, além de as entidades públicas não poderem intervir em cerimônias religiosas, devem impedir, prevenir e sancionar a perturbação realizada por particular, não somente no momento da realização do culto, mas também protegendo os locais e momentos de ida e volta dos adeptos da crença (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 125).

Desse modo, a liberdade de culto garante que o indivíduo não só usufrua da sua liberdade de crença, mas também possa exteriorizá-la sem temer qualquer intervenção, perturbação ou vilipêndio estatal ou particular.

É desse direito, também, que deriva a possibilidade de assistência religiosa a ser obtida por comunidades ou confissões religiosas em certos casos (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 125).

Nesse sentido, o Estado não pode impor aos internos sob sua responsabilidade a obrigação de participarem de determinado serviço religioso (eis que violaria a liberdade de crença), mas deve garantir a assistência confessional aos que assim desejam (SARLET *et al*, 2018, p. 546).

Desse modo, verifica-se que a laicidade estatal não impede que o poder público permita a funcionalidade de certas confissões quando necessária para assistir aos internos sob sua responsabilidade. A permissão de que certas crenças atuem em órgãos públicos não viola a não confessionalidade estatal, muito pelo contrário, concretiza-a.

A Constituição trata da assistência religiosa em locais de internação coletiva, tais como hospitais, quartéis, presídios entre outros (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1.011). É por conta dessa previsão que hospitais e presídios costumam receber auxílio de igrejas aos seus internos, além de possuírem em seus edifícios locais destinados para o culto.

Concluindo, o direito subjetivo individual à liberdade religiosa comporta, entre outros direitos, a liberdade de crença (escolher, mudar e deixar determinada religião ou não professar nenhuma) e a liberdade de culto (externalização da fé e assistência religiosa). Com isso, cumpre abordar o direito subjetivo das entidades religiosas.

Nesse teor, quatro posições jurídicas configuram direitos coletivos, de que são titulares as entidades religiosas, quais sejam, o direito geral de autodeterminação, o direito de exercício das funções e cultos religiosos, o direito de autofinanciamento e a garantia de exercício de atividades não religiosas (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 132).

Além desses quatro direitos contidos pela liberdade religiosa das pessoas jurídicas, a liberdade de organização religiosa também integra o âmbito de proteção da norma, impondo ao Estado o dever de não interferir no regimento interno das associações confessionais (SARLET *et al*, 2018, p. 546).

Considerando que uma das principais características da religião é o seu caráter social, maneira principal pela qual o sujeito exercita sua crença (adentrando em certa comunidade), é necessário que integre o conteúdo normativo da liberdade religiosa o respeito pela autonomia das formações sociais (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 133).

Com efeito, é amplamente reconhecida a liberdade de associação das confissões religiosas, estendendo-se o programa normativo, de modo coletivo, às confissões de fé (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 134).

A liberdade religiosa coletiva e o princípio da separação entre Igreja e Estado confluem no sentido da autodeterminação das confissões religiosas, cláusula geral que se desdobra em dois aspectos: (i) auto-organização e (ii) autodeterminação em sentido estrito. À primeira nuance estão intrínsecos o (a) direito à abstenção de interferência por parte do Estado, o (b) direito à proteção estatal perante terceiros e o (c) direito à constituição de confissões e comunidades religiosas com liberdade interna (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 136-137).

Quanto ao segundo aspecto, verifica-se a faculdade constitucional de a confissão religiosa delimitar matérias a si relacionadas, em um círculo vital dotado de complexas nuances de compreensão, definição e administração próprias da crença, ao qual é incabível a intervenção estatal, fato que concretiza a reserva absoluta de confissão religiosa posta na Lei Máxima (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 140).

Em suma, cabe à própria confissão de fé determinar suas crenças, formas de atuação e aspectos intrínsecos, não cabendo qualquer tipo de influência estatal nisto, visto que os poderes constituídos devem adotar posição de neutralidade religiosa.

Conclui-se, pois, a abordagem acerca das principais nuances da dimensão subjetiva da liberdade religiosa, compreendendo que possui em seu bojo o direito subjetivo individual da pessoa natural (liberdade de crença e culto), além do direito subjetivo da pessoa jurídica (autodeterminação das confissões religiosas), cada qual com extensas e complexas ramificações de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, passa-se ao estudo da dimensão objetiva, que comporta, como dito, a análise de princípios, os deveres de proteção e as garantias institucionais.

Apesar de ser comumente tratado pela doutrina brasileira como liberdade de organização religiosa (comportados nesse quesito os princípios da não confessionalidade e da cooperação), o plano objetivo da liberdade religiosa em verdade abarca cinco nuances distintas: (i) princípio da separação, (ii) princípio da não confessionalidade, (iii) princípio da cooperação, (iv) princípio da solidariedade e (v) princípio da tolerância (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 145).

A relação entre Estado e Igreja comporta três possíveis sistemas: confusão, união e separação. No sistema da confusão, o Estado se confunde com a religião, como é o caso do Vaticano e dos Estados Islâmicos, regidos por regime teocrático. No sistema da união, existem relações jurídicas entre o Poder Público e a Igreja, no tocante à organização e funcionamento, designando, por exemplo, os ministros religiosos e sua remuneração (SILVA, 2014, p. 253). A separação, pois, é o adotado pela Constituição, ao dispor que a República Federativa do Brasil não adota qualquer religião em detrimento de outra.

Desse modo, o (i) princípio da separação constrói um espaço livre para a religião, sem qualquer coerção ou discriminação, vendo os cidadãos como iguais em direito. Não impõe, pois, qualquer hostilidade ou alvo substitutivo ao fenômeno religioso (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 148). Adotando essa postura, o Estado permanece neutro à religiosidade, não agindo de maneira hostil (laicismo), mas sim de forma a proporcionar o melhor andamento das diversas crenças existentes em seu território (laicidade).

O (ii) princípio da não confessionalidade determina que o Estado não adote qualquer religião, tampouco se alinhe com alguma delas. Atos normativos, educação, cultura e ensino público não podem ser dotados de caráter religioso. O Poder Público necessita ser imparcial (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 149).

Os princípios da (iii) cooperação e da (iv) solidariedade implicam no reconhecimento de que as confissões religiosas são partes integrantes da sociedade civil, de modo que é possível sua inclusão em programas governamentais que tenham como escopo a realização das finalidades socioculturais de cunho constitucional, assim como os demais elementos da sociedade civil. Dois requisitos precisam ser respeitados, quais sejam, visar a igualdade substancial dos cidadãos, especialmente aos que estejam em setores desfavorecidos da sociedade, e atentar aos princípios da confissão religiosa, não ao seu peso político (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 175).

Novamente, verifica-se a consagração da laicidade estatal, pois, em que pese neutro, o poder público não se abstém de adotar medidas em cooperação com organizações religiosas, visando o interesse coletivo.

É a lei que concretiza a colaboração estatal-religiosa, de modo que não poderá a regulamentação correr no campo religioso, além de o Estado não poder discriminar qualquer religião em detrimento de outra (SILVA, 2014, p. 254).

Naturalmente, considerando que o Estado deve atender primordialmente à coletividade, não deve delegar às confissões religiosas que regulamentem matérias concernentes à cooperação, sob pena de discriminar as demais crenças.

O (v) princípio da tolerância implica em três aspectos: (a) a obrigação de o Estado não discriminar nenhum titular de certa religião, (b) o dever de o Poder Público proteger os indivíduos e a sociedade civil de eventuais abusos, ao mesmo tempo em que garante institucionalmente a autodeterminação confessional, e (c) a imparcialidade religiosa, com fundamento na impessoalidade da administração pública, que implica em uma postura de não neutralidade estatal, visto que se atenta ao fenômeno religioso e reconhece elementos positivos em seu teor (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 149-150).

Finalizando o vetor objetivo da liberdade religiosa, o direito impõe ao Poder Público deveres de proteção às confissões religiosas, bem como a previsão de garantias institucionais.

Quanto aos deveres de proteção, deve o Estado leigo salvaguardar as instituições civis de todo e qualquer controle possivelmente exercido por confissões religiosas e, ao mesmo tempo, defender a autonomia das religiões frente aos particulares (BREGA FILHO; ALVES, 2009, p. 80).

Consiste, pois, em uma via de mão dupla, visto que o Estado tem o dever de impedir a imposição dos dogmas religiosos contra as autoridades civis e, paralelamente, vedar a perturbação civil às organizações confessionais.

Referentemente às garantias institucionais, cumpre ao Estado permitir ou propiciar ao indivíduo adepto a certa crença os deveres dela decorrentes, seja em matéria de culto, seja em matéria de família e ensino, de maneira razoável. Se a Constituição permite que o cidadão confesse sua fé em certa religião, deve o Poder Público garantir a ele condições de exercer essa crença, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo do direito, inexistindo liberdade religiosa (MIRANDA, 1998, p. 359)

Com efeito, o Poder Público não tem posição passiva na garantia à liberdade religiosa. É que um Estado laico não é omissivo ao fenômeno religioso; caso fosse, não seria laico, mas sim antirreligioso (BREGA FILHO; ALVES, 2009, p. 82).

Conclui-se, então, a abordagem acerca do conteúdo normativo da liberdade religiosa, verificando-se que, em que pese não possua apoio textual na Constituição, a expressão é suficiente para abranger a extensa faixa de posições jurídicas concernentes ao instituto, seja em seu aspecto subjetivo (liberdade individual de pessoas naturais e jurídicas), seja no teor objetivo (princípios, deveres de proteção e garantias institucionais).

2.2. O proselitismo como externalização da liberdade de crença e de culto

Devidamente postos os principais pontos teóricos no tocante à liberdade religiosa, seja no seu aspecto subjetivo, seja no seu vetor objetivo, cumpre analisar a maneira pela qual é exercido esse direito individual, isto é, por meio do proselitismo.

Desta forma, desdobra-se do preceito maior de liberdade religiosa o direito de divulgar as próprias crenças e de difundir a própria fé, dispositivos sobre os quais se debruça na análise do proselitismo. Embora varie de religião para religião, o instituto é essencial, ou mesmo vital, para a maior parte delas, como no caso das Testemunhas de Jeová e dos mórmons, por exemplo, além da própria expansão histórica do Cristianismo e do Islamismo, devido ao intenso e insistente vigor proselitista (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 117).

Assim, o direito de expressar a própria fé e de buscar convencer outros indivíduos acerca de tal convicção atua como qualidade inerente à existência humana em coletividade, constituindo um dos pilares fundantes do Estado, visto que tal anseio foi depositado nele desde sua formação (ROCHA; LIMA, 2018, p. 115).

Com efeito, sendo o homem naturalmente associativo e comunicativo, sua interação com outros agentes constitui verdadeira necessidade, não sendo apenas concessão facultativa do Poder Público. Desse modo, uma das dimensões essenciais da dignidade humana é a possibilidade de comunicar seus ideais a outros indivíduos (GOMES, 2018, p. 16).

Está-se a defender, pois, a ideia de um direito ao proselitismo, mecanismo pelo qual o adepto a determinada crença exerce e externaliza sua liberdade religiosa, atuando comunicativamente com outras pessoas, conforme as concepções de sua própria natureza.

Nesse sentido, a liberdade religiosa abarca o direito à divulgação das convicções religiosas, mecanismo pelo qual, inclusive, se concretiza o direito de mudar de religião. Sem o proselitismo, tal previsão careceria de nexos (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 117).

Assim, extravasando o âmbito puramente individual, mas ainda no plano subjetivo, a liberdade religiosa abrange o direito de divulgação das crenças (GOMES, 2018, p. 11). Desse modo, é direito do indivíduo, além de praticar a liturgia concernente à própria fé, buscar adeptos para sua crença por meio do proselitismo

Ademais, é um direito democrático a liberdade de informação, de modo que, para que tal possibilidade seja concretizada, todo tipo de informação deve ser disponibilizado, incluindo-se o aspecto religioso. Tal comunicação, além de ser inseparável de seu caráter proselitista, necessita ser pública (ROCHA; LIMA, 2018, p. 124).

Ainda no tocante ao ambiente democrático, a exposição da fé individual é imprescindível de um espaço discursivo livre, que necessita ser efetivamente assegurado. Com isso, constata-se que o proselitismo é um exercício simultâneo e mesclado da liberdade religiosa e da liberdade de expressão (GOMES, 2018, p. 12).

Em síntese, a liberdade religiosa, quando simultaneamente exercida com a liberdade de expressão, caracteriza o proselitismo religioso, que necessita de um espaço democrático devidamente assegurado, para que o indivíduo, naturalmente comunicativo e associativo, exerça o direito de externalizar a própria crença para outras pessoas, enquanto essas, paralelamente, usufruem de sua liberdade de informação.

Com isso, é dever do Estado garantir ao indivíduo a possibilidade de atuar em caráter proselitista, sob pena de mitigar o próprio direito à liberdade religiosa.

Ainda, é salutar referir que o direito ao proselitismo abarca a proteção ao ateu militante, que visa convencer indivíduos adeptos de determinada crença acerca da inexistência de qualquer ser divino ou imaterial. De mesmo modo que a liberdade de crença protege o direito de não ter qualquer fé, o direito ao proselitismo abarca a possibilidade de o incrédulo expor suas convicções filosóficas aos fiéis de certa religião.

Assim, a liberdade expressão abrange a proteção de discursos proselitistas chocantes, provocativos e ofensivos. Isso ocorre porque, em uma sociedade democrática, de diálogo público, aberto e pluralista, a liberdade deve ser a regra, sendo a restrição a exceção. De todo modo, considerando que nenhum direito é absoluto, as limitações ao proselitismo devem ser realizadas para salvaguardar outras garantias constitucionais (PINTO, 2019, p. 41).

Verifica-se, então, que além de prever o direito ao proselitismo, caracterizado pela atuação simultânea da liberdade religiosa e da liberdade de expressão, o Estado garante ao indivíduo que tal preceito efetivamente será protegido pelos poderes constituídos, desde que não extrapole os limites impostos.

Abordadas as concepções do direito em estudo, cumpre conceituar o referido preceito constitucional.

O proselitismo pode ser definido como o conjunto de atuações oriundas de uma comunidade de crentes e dirigido para indivíduos fora dela, com o objetivo de convidá-los a aderirem “à mesa” (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 117).

Nesse ponto, três características são previstas no conceito posto: (a) o caráter discursivo, (b) o direcionamento externo à crença e (c) a finalidade de converter novos fieis a crença religiosa.

Assim, o proselitismo é a maneira encontrada pelas mais diversas crenças, seja aquelas majoritárias, no papel dominante, seja as minoritárias, para atraírem novos adeptos à fé. Para atingir este fim, um feixe de estratégias e formas de apresentação é criada, buscando o convencimento do ouvinte de que sua atual concepção é inadequada e que, caso adira ao novo credo, sentir-se-á muito melhor, física, moral, espiritual e psicologicamente (GONÇALVES, 2011, p. 160).

Com efeito, o instituto é o exercício do livre convencimento, da busca pela conversão de terceiros, algo que caracteriza o cerne de muitas religiões (TAVARES; MENDES, 2020, p. 187).

Assim, religiões cristãs, em especial, buscam alcançar novos adeptos por meio do proselitismo, visando convencê-los de que a filosofia ou crença atual não é correta e que a fé em Cristo o é.

O discurso característico do proselitismo, além de tentar convencer terceiros de que a crença professada é mais adequada, busca atestar a veracidade, superioridade e segurança da própria fé (GOMES, 2018, p. 12).

Seja para que o ouvinte troque de crença, seja para que o interlocutor adote à fé professada (se não possuir nenhuma), o proselitismo busca o convencimento do alvo do discurso acerca da religião (GONÇALVES, 2011, p. 160).

Em suma, o proselitismo é caracterizado pelo discurso que visa ao convencimento do ouvinte a aderir certa crença, ou trocar de religião se já possuir uma, ao mesmo tempo em que busca validar a veracidade, segurança e superioridade da própria fé.

São elementos do instituto em comento, então, (i) o discurso, (ii) a busca pelo convencimento, (iii) o caráter de superioridade da própria fé e (iv) a deturpação à outras crenças. Como veremos, o último aspecto concerne ao denominado proselitismo negativo.

Os três primeiros elementos já foram analisados acima e, quando ausente o último, constituem o proselitismo positivo, analisado em sequência.

O proselitismo positivo é aquele que visa a apresentar a religião do sujeito como melhor, mais adequada e exclusivamente correta perante as demais, promovendo-se as qualidades e os dogmas da crença ao padrão de verdade objetiva.

Com isso, o discurso que visa ao convencimento parte do pressuposto de que a religião professada possui a verdade absoluta e exclusiva, de modo que quem não a segue é considerado transgressor do padrão divino ou sobrenatural, cabendo ao crente auxiliar aos incrédulos a encontrarem o caminho correto, fato que só é possível adotando a fé objeto da comunicação (PINTO, 2019, p. 46).

Assim, todas as confissões de fé, embora em graus distintos, possuem sua própria convicção acerca da verdade, requerendo de seus adeptos a conduta padronizada aos princípios fundamentais da religião. Entre esses valores fundantes, está o dever de professar publicamente o credo, visando convencer aos seguidores de outra crença de que os dogmas da fé professada são superiores no que tange à verdade objetiva (GOMES, 2018, p. 11).

Desse modo, conceitua-se o proselitismo positivo como o discurso religioso que visa a convencer terceiros de que a crença do fiel é superior e exclusivamente correta, pois detém a verdade objetiva no tocante ao natural e ao sobrenatural.

Vê-se, pois, que o principal elemento desta espécie de proselitismo é o convencimento, por meio do enaltecimento dos dogmas e princípios da fé professada. Não obstante, esse tipo de discurso engloba, também, a validação da própria fé.

Com efeito, não é apenas o convencimento de terceiros que conceitua o proselitismo, mas também o convencimento do próprio fiel de que sua crença é boa, eficaz e correta perante o Criador, independentemente do alegado pelas demais crenças. Assim, ratifica-se a própria religião e culto do fiel (GONÇALVES, 2011, p. 159).

Como exemplo, então, diversas são as manifestações comuns ao exercício da liberdade religiosa: orações em público, escrita de obras religiosas e teológicas, leitura de livros sagrados, uso de vestes ritualísticas, ensino da crença aos filhos e realização de cerimônias relativas à fé professada (PINTO, 2019, p. 46).

Assim, expressões de fé como o culto público, as orações e cânticos coletivos, a leitura das Escrituras Sagradas, a profissão de credos e sínodos e outros elementos concernentes à fé adotada necessitam da proteção trazida pela liberdade de expressão, para que o proselitismo não seja arbitrariamente censurado (GOMES, 2018, p. 12).

Desse modo, o proselitismo positivo abarca tanto o (i) convencimento de terceiros, por meio do discurso enaltecido da crença professada, quanto o (ii) convencimento próprio, utilizando-se rituais e cerimônias típicas da fé adotada, de maneira pública.

Por outro lado, a proteção ao proselitismo, meio pelo qual o fiel externaliza sua fé, abarca, também, o denominado proselitismo negativo, caracterizado pela deturpação de outras crenças.

Nesse sentido, atrai-se o fiel ofendendo-se a reputação da religião alheia, em espécie de competição entre as crenças, onde uma é correta e as demais são equivocadas (PINTO, 2019, p. 49).

Dessa forma, o proselitismo negativo, no Brasil, é construído por meio de um discurso responsável por segregar, deturpar e aviltar outras crenças e matrizes (TAVARES; MENDES, 2020, p. 187), convencendo-se os terceiros à fé professada de que a crença por eles adotada é errada perante a verdade absoluta defendida.

Ao redor do mundo, especialmente em países que adotam alguma religião oficial, o problema do proselitismo é justamente no tocante aos procedimentos realizados, que se transformam em práticas intolerantes às outras religiões (GONÇALVES, 2011, p. 162).

Embora existam limites para o proselitismo negativo, esse “direito inconveniente” precisa ser protegido, possibilitando-se ao fiel que ataque os dogmas de outras crenças, buscando convencer aos seus adeptos de que sua fé é a melhor.

Naturalmente, crimes não devem ser tolerados. Assim, práticas comuns em estados que adotam o islamismo como fé oficial, consistentes em executar qualquer um que professe um credo diferente do determinado, caracterizam verdadeira aberração no mundo globalizado atual.

De mesmo modo, ataques visando à destruição de templos cristãos, centros de umbanda ou mesquitas constituem prática intolerável em um ambiente democrático, que preza pela liberdade religiosa de cada indivíduo. Por mais que a proteção ao proselitismo negativo tolere o fundamentalismo-militante (discorrido supra), ofensas pessoais (seja à pessoa física, seja à pessoa jurídica) são inadmissíveis. É aos dogmas que o fiel pode dirigir seus ataques, nunca às pessoas ou aos elementos de culto diretamente.

Em síntese, verifica-se que o proselitismo possui aspectos positivo, caracterizado pelo enaltecimento da fé professada, e negativo, construído por meio do ataque central aos dogmas das demais crenças.

Com efeito, tendo em vista que o direito à liberdade religiosa compreende a proteção ao meio de externalização da crença, nesse caso, o proselitismo, os dispositivos constitucionais garantidores do preceito fundamental dirigem sua tutela ao discurso característico do instituto.

Nesse sentido, restrições ao conteúdo do princípio em tela são de complexa aplicação, eis que o intérprete da norma deve atentar-se a diversos aspectos, a fim de não mitigar ou esvaziar o núcleo do bem jurídico.

Como primeiro ponto, o direito fundamental à liberdade religiosa, no tocante à sua externalização pelo proselitismo, desfruta de um *locus* privilegiado de restrição, por dois fatores em especial, quais sejam, (a) as alianças informais entre o Estado e as denominações majoritárias, visto que o primeiro considera como desestabilização da ordem social as manifestações das religiões minoritárias, e (b) o receio das confissões predominantes perderem o monopólio religioso que desfrutam. Em que pese a maior rigidez do direito ao proselitismo, é perfeitamente coadunável sua existência com o princípio da tolerância, inclusive cabendo previsão de sanções penais como *ultima ratio*, desde que tal medida não impeça o livre, convicto e insistente exercício da liberdade religiosa (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 118).

Ademais, tendo como base essa concepção de que a liberdade religiosa engloba, como subproduto, o direito ao proselitismo, e que a sociedade hodierna vive a era da informação, com inúmeros credos e confissões religiosas coexistindo paralelamente, a ponto de instalar no meio coletivo hipermoderno uma postura niilista que tende a negar as convicções religiosas, especialmente no tocante ao seu braço proselitista, é dever do interprete da norma impedir que tal postura se concretize e solidifique em extrema intensidade, sob pena de macular integralmente o valor constante na liberdade religiosa (ROCHA; LIMA, 2018, p. 127).

Verifica-se, então, que a cultura contemporânea é marcada por forte ceticismo tangente às mais variadas religiões, de modo que o ser humano, que antes preocupava-se primordialmente com sua espiritualidade, passou a dar atenção a outros valores, ignorando e, até mesmo, hostilizando, todo aquele que preza pela relação com o Criador. A gigantesca troca de informações ocorrendo de maneira instantânea, característica do mundo globalizado, desconecta o homem de sua espiritualidade intrínseca, tornando-se um ser que pouco se importa com tal área.

Considerando este ponto, é possível que a sociedade hostilize de tal modo a propagação das diversas crenças existentes, que a conduta proselitista torne-se absurda perante a coletividade. Nesse sentido, então, deve o regulador da norma constitucional impedir que esta aversão se transforme em regra, para que a liberdade religiosa não seja inteiramente esvaziada e perca a própria razão de ser: proteger o indivíduo fiel.

Como terceiro aspecto importante para atentar-se na restrição ao proselitismo, tem-se que o discurso que visa ao convencimento de terceiros acerca da fé professada é intrínseco a liberdade religiosa, conforme trabalhado supra.

Portanto, a solução das divergências não permite a adoção de postura hostil à crença, mas impõe a aceitação dela como realidade inerente ao ser humano e a compreensão da fé por ele adotada, lembrando-se sempre que as tentativas de supressão da religião mostraram-se sempre absurdas (ROCHA; LIMA, 2018, p. 114).

Com efeito, a concretização da liberdade se dá com a proteção da livre expressão da crença. No entendimento da Suprema Corte estadunidense, o discurso religioso é naturalmente persuasivo, tal como o político e o econômico, de modo que é conveniente suportar-se algum excesso (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 119).

Nesse terceiro ponto relacionado às restrições à livre expressão religiosa, verifica-se que o ser humano é naturalmente proselitista, visando sempre, de algum modo, convencer aos demais indivíduos de que suas convicções são coerentes ou, até mesmo, melhores que as demais. Assim, seja em questões políticas, econômicas ou religiosas, seja em matéria de opiniões pessoais, estilos musicais e preferências culinárias, o homem visa persuadir aos demais de que está correto.

Dessa forma, com base nesse discurso persuasivo intrínseco ao ser humano, a regulação ao proselitismo necessita ser extremamente cautelosa, para que não fira esta característica natural dos indivíduos.

O sujeito religioso possui a necessidade de externalizar sua crença, não sendo digno que se limite apenas ao exercício privado dela. Tendo seus dogmas como verdade absoluta, precisa comunicar sua fé ao próximo, sob pena de, por não apresentar aos demais sua verdade salvífica, culpar-se eternamente.

Qualquer pretensão de limitar a liberdade religiosa à esfera individual seria irreal, especialmente no tocante às grandes expressões religiosas mundiais. Não se pode exigir que a pessoa aceite parte de determinada crença e rejeite outra, qual seja, a externalização da fé adotada (ROCHA; LIMA, 2018, p. 117).

Dessa forma, querer que o Estado preserve a liberdade religiosa, ao mesmo tempo em que exige do fiel a manutenção da crença somente em âmbito privado, caracteriza a mutilação daquela liberdade (ROCHA; LIMA, 2018, p. 123).

A liberdade de crença e de culto é inseparável da livre manifestação religiosa. Não há como divorciar a esfera particular (fé individual) da esfera coletiva (proselitismo), visto que uma não pode sequer existir sem a outra. Indaga-se, assim, qual seria a verdadeira

liberdade de um indivíduo ter a faculdade de possuir uma religião, mas não poder externalizá-la de forma nenhuma.

Com efeito, uma religião a que é vedada a defesa e a propaganda, fatores necessários à democracia e constitucionalidade de um Estado diversificado, plural e inclusivo, é equivalente a uma intensa invasão na esfera pessoal, destruindo qualquer possível liberdade do fiel, a exemplo do que acontece em países teocráticos, como os islâmicos no Oriente Médio (ROCHA; LIMA, 2018, p. 123).

Como quarto ponto tangente à limitação do proselitismo, tem-se que o caso brasileiro é de particular importância. É que o país, majoritariamente católico, vai transformando-se em um território com grandiosos avanços de outras denominações cristãs, falando-se em uma nação cristã, cada vez menos católica (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 120).

É o que se verifica com o crescimento do protestantismo no Brasil. O catolicismo, que na vigência da Constituição de 1824 era a religião oficial, perde cada vez mais espaço para igrejas oriundas da Reforma Protestante (presbiterianas, batistas, luteranas etc.), bem como, e especialmente, para o pentecostalismo, que tem adesão majoritária por indivíduos residentes nas periferias das grandes cidades e que constituem grande parte da população.

A questão sociológica que explica o intenso crescimento do protestantismo no Brasil não será abordada. Deve-se atentar, neste trabalho, apenas para os cuidados que o legislador, ao regular o assunto, precisa ter.

Em que pese ambos sejam linhas teológicas do Cristianismo, catolicismo e protestantismo, por vezes, travam verdadeira guerra entre si, discutindo suas divergências e dogmas. Naturalmente, essa batalha se reflete no discurso proselitista das duas partes, ao ponto de seus adeptos ofenderem mutuamente às convicções uns dos outros.

Desse modo, a resolução do conflito precisa ter cautela nesse tocante, visto que certos excessos, em nome da liberdade de expressão, necessitam ser tolerados. É natural que o fiel, que tem sua crença como verdade absoluta, defenda-a com “unhas e dentes”. Por óbvio, condutas criminosas não se enquadram nessa tolerância e devem ser penalizadas.

De todo modo, limitações abusivas ao proselitismo, além de caracterizarem verdadeira ameaça para os direitos individuais previstos na Constituição, constituem regresso para a ordem democrática e o pluralismo vigente (PINTO, 2019, p. 35).

Em síntese, as restrições ao discurso proselitista possuem quatro aspectos a que devem se adequar, obviamente em rol nada exaustivo, quais sejam: (i) o *locus* privilegiado da liberdade religiosa, (ii) o ceticismo da sociedade hipermoderna, (iii) o discurso persuasivo como inerente ao ser humano e (iv) o avanço protestante no Brasil.

Conclui-se, pois, que o já conceituado proselitismo, seja em seu aspecto positivo, seja em seu aspecto negativo, garantido pela Constituição Federal em seu rol de tutela aos direitos individuais, é inerente à liberdade religiosa, visto que é o meio pelo qual o fiel externaliza sua crença, exercendo-a não somente no plano particular, mas também em esfera coletiva. Além disso, por possuir inúmeros aspectos a si consoantes, o discurso persuasivo tem atenção especial na sua limitação.

Nesse sentido, passa-se à análise de decisões dos tribunais pátrios no tocante à liberdade religiosa, visando compreender a interpretação dada pelos magistrados do Brasil ao preceito fundamental.

2.3. Casuística nacional quanto à liberdade religiosa

O Supremo Tribunal Federal, atuando como guardião da Constituição Federal, constantemente necessita solucionar conflitos envolvendo a liberdade religiosa, compreendendo, aqui, seu aspecto amplo (direito subjetivo e vetor objetivo), e outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Desse modo, grande parte da interpretação jurisdicional dada aos institutos normativos referentes à liberdade de crença e de culto advém das decisões emanadas da Corte Constitucional pátria, de modo que a análise destes precedentes é essencial para a total compreensão do tema.

Assim, no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 389, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, em 2009, a questão controvertida, oriunda do Estado de Minas Gerais, envolvia o Centro de Educação Religiosa Judaica e o Exame Nacional do Ensino Médio. O recurso visava reformar decisão que havia negado o pedido da instituição para que a data de aplicação da prova fosse trocada, a fim de que o *shabbat*, que é o dia de guarda na tradição judaica, fosse respeitado, este compreendido entre o pôr-do-sol da sexta-feira e o mesmo momento do sábado (BRASIL, 2009, p. 2).

A suspensão da liminar foi fundamentada no sentido de que a designação de horários alternativos para o exame equivaleria ao estabelecimento de condições especiais para certos estudantes em detrimento de outros, de modo que o princípio da isonomia restaria violado, por conta do privilégio oferecido em razão da crença dos alunos. No mesmo sentido, a mudança de horários para feitura da prova acarretaria prejuízos de ordem prática, incluindo a própria possibilidade de “vazamento” do certame, esvaziando o dever de sigilo a ele inerente (BRASIL, 2009, p. 12).

Em seus argumentos, o agravante sustentou que (i) o *shabbat* não é somente um dia de guarda, mas sim de vedação de qualquer atividade, que deve ser estritamente observado, que (ii) o Estado deve criar meios legítimos para que a liberdade religiosa dos cidadãos não seja violados e (iii) que a medida determinada, de iniciar a prova após o pôr-do-sol do sábado, prejudicaria intensamente aos examinados, eis que ficariam confinados por cerca de sete horas para, após isso, prestar um certame de duração de aproximadamente quatro horas (BRASIL, 2009, p. 3).

Em posição contrária à do relator, que focava nas consequências práticas do deferimento do pedido, o Min. Marco Aurélio seguiu no sentido de que a Administração Pública poderia ter realizado o exame em qualquer dia da semana, atentando-se às condições da comunidade judaica, porém não o fez (BRASIL, 2009, p. 21).

Concluindo-se, o STF decidiu que a grave lesão à ordem jurídica e administrativa estava configurada pela medida acautelatória e que o princípio da isonomia era mitigado pela concessão de privilégios a grupo minoritário da sociedade (BRASIL, 2009, p. 1).

Como se vê, a lide traz à tona o conflito entre dois princípios constitucionais, quais sejam, a liberdade religiosa e a isonomia. A ponderação é visível no caso, pois o alvo visado era a menor redução da abrangência normativa de cada preceito. Ao mesmo tempo em que a comunidade judaica necessitava preservar seu dia de guarda, de modo a não poder realizar o certame no respectivo período, a isonomia impunha que a data de aplicação da prova não poderia ser mudada, sob pena de favorecer pequena minoria da sociedade em detrimento da sua imensa maioria.

Naturalmente, o tema diz respeito, também, aos adeptos do Adventismo do Sétimo Dia, que adota, em seus dogmas, o sábado como dia sagrado, quase que nos mesmos termos da comunidade judaica.

Assim, há de se reconhecer a liberdade religiosa dos adventistas e dos judeus, devidamente assegurada na Constituição Federal, ao mesmo tempo em que se protege o direito à educação, especialmente quando ambos entram em conflito (SOARES, 2016, p. 419).

A questão estava para ser solucionada quando do julgamento da ADI nº 3.714/SP, que impugnava a constitucionalidade de lei paulista acerca da realização de concursos e provas públicos em dias de guarda de certas religiões. Com o advento da lei nº 13.796/19, que acrescentou à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional o art. 7º-A, o julgamento da ação restou prejudicado.

É que o dispositivo legal mencionado trouxe regulamentações ao tema, garantindo ao aluno matriculado em instituição de ensino a liberdade de consciência e crença, permitindo a ausência de provas por motivos religiosos, devendo a entidade prestar uma das alternativas elencadas nos incisos subsequentes, tais como prova/aula de reposição, trabalho escrito e atividade de pesquisa, entre outros (BRASIL, 1996, sem paginação).

Posteriormente, com a mudança da realização do Enem para dois domingos seguidos, a controvérsia específica foi solucionada. De todo modo, o ponto auxilia no entendimento do conteúdo normativo da liberdade religiosa e também da proteção estatal a ela dirigida.

Continuando no estudo da casuística nacional, de conflito oriundo do Estado do Rio Grande do Sul, ocasionado pela edição do Código Estadual de Proteção aos Animais, decorreu outro *leading case* acerca da liberdade religiosa (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 283).

A polêmica girou em torno da lide entre os ambientalistas, que defendiam a aplicação da lei para regular o abate de animais (entre outros pontos), e os adeptos de religiões afros, que desejavam preservar a licitude de suas práticas litúrgicas envolvendo o sacrifício de animais (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 284).

Os fundamentos utilizados para a interposição da ADI eram no sentido de inconstitucionalidade formal, pois a lei criou tipos penais relacionados à violência contra animais, e material, pois o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 11.915/03-RS privilegiava religiões afro-brasileiras em detrimento das demais (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 284).

Considerando improcedente a ação, o procedimento se deslindou no Recurso Extraordinário nº 494.601/RS do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, com julgamento em 28/03/2019.

Para a melhor resolução do conflito, alguns aspectos são de grande importância. Assim, enquanto a liberdade religiosa garante a faculdade de agir conforme a própria crença, de praticar atos de culto e de determinar-se conforme a identidade da fé, o direito fundamental ao meio ambiente determina que esse seja ecologicamente equilibrado, de modo que, especificamente, a fauna não corra risco de extinção. Assim, a ponderação deve levar em conta quais são os animais sacrificados e qual a forma de realização do ritual (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 290-291).

Outro ponto importante é atentar-se ao conteúdo essencial da liberdade religiosa das crenças afro-brasileiras, especialmente quanto ao candomblé, fé altamente ritualística e politeísta, completamente divorciada dos dogmas das religiões majoritárias, de modo que,

excluindo-se a possibilidade de sacrifício animal, esvazia-se o núcleo mínimo da fé professada por boa parcela de indivíduos (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 291).

Por fim, a questão do privilégio às religiões afro-brasileiras é facilmente contornável por meio da interpretação conforme a Constituição, aplicando a exceção ao crime contra a fauna a todas as crenças que tenham o sacrifício animal como elemento de culto (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 292). Conforme será visto, este instrumento foi utilizado na decisão da Corte Suprema.

No tocante ao ritual sacrificial de animais, a Corte definiu que faz parte do patrimônio cultural imaterial e constitui modo de criar, fazer e viver o culto de diversas comunidades religiosas (BRASIL, 2019, p. 2).

Além disso, não há falar em violação à isonomia, pois a liberdade religiosa merece proteção comunitária e a proteção específica das religiões de matriz africana é compatível com a laicidade, especialmente por conta do preconceito estrutural e da estigmatização a elas direcionados (BRASIL, 2019, p. 2).

Ademais, fundamentou-se, no voto do Relator, que a permissão constitucional de sacrifício animal em rituais religiosos não deve ser limitada tão somente às crenças de matriz africana, mas estender-se a todas as religiões que possuam este elemento em seu culto, fato que não vai de encontro ao princípio de proteção aos animais (BRASIL, 2019, p. 14).

Em conclusão, o Relator foi no sentido de dar interpretação conforme a Constituição para expandir a proteção aos rituais a todas as crenças que o tenham em seu culto, vedando-se a prática de maus-tratos e condicionando o abate ao posterior consumo humano (BRASIL, 2019, p. 15).

Em síntese, três pontos importantes relativos à liberdade religiosa são extraídos do julgado, quais sejam: (i) as religiões existentes no território brasileiro constituem patrimônio imaterial da nação, (ii) a proteção ao direito de crença e de culto pode ser comunitária e, (iii) embora determinada regra seja direcionada especificamente a certo culto, nada impede que a norma dela emanada destine-se a proteger outras crenças de maneira genérica e abstrata.

Outro caso pertinente à consolidação do princípio da liberdade religiosa no constitucionalismo democrático é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, interposta pelo Partido Liberal – PL (atual PR), com decisão no ano de 2018, sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Essa ação tinha como objetivo declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei n. 9.612/1998, que veda qualquer espécie de proselitismo em emissoras de rádio (BRASIL, 1998, sem paginação).

O enunciado normativo proíbe a transmissão de qualquer conteúdo de cunho religioso que vise convencer outros indivíduos a aceitarem certa doutrina ou crença, conforme acima trabalhado. Na *opinio* do Relator, a improcedência da ação é manifesta, visto que as rádios comunitárias exercem função específica, com fulcro na difusão de ideias, traços culturais, tradições e hábitos sociais da coletividade, instrumentalizando a formação e integração da comunidade e capacitando os cidadãos ao exercício da liberdade de expressão (BRASIL, 2018, p. 2). Esta função das emissoras de rádio, na percepção do Relator, é incompatível com o proselitismo.

Em posicionamento antagônico, a maior da Corte considerou a ação procedente, sob o argumento de que a liberdade de crença não é exercível apenas em âmbito particular, mas também publicamente, incluindo-se nesse aspecto o direito de tentar convencer ao outro a mudar de religião (proselitismo), fator intrínseco à liberdade religiosa (BRASIL, 2018, p. 1).

Nessa senda, o Voto-Vogal discorreu no sentido de que, além de compatível com a legislação nacional, a garantia do proselitismo encontra fundamento em tratados internacionais, como, por exemplo, no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, responsável por vedar a censura prévia de informações (BRASIL, 2018, p. 28).

Ademais, a liberdade de expressão possui dupla dimensão, caracterizadas pelo direito de que cada indivíduo possa manifestar suas opiniões sem vedações ou empecilhos arbitrários e pelo direito que o terceiro tem de ouvir as opiniões alheias (BRASIL, 2018, p. 28).

Com efeito, ao mesmo tempo que o agente proselitista tem a garantia de expressar sua fé sem restrições, o indivíduo que o escuta tem o direito de receber tais informações, não sendo concedido ao Poder Judiciário que impeça a livre transição de opiniões, comentários e convicções, mesmo que por via de rádios comunitárias.

Por fim, a liberdade de expressão, quando não utilizada como meio para incitação à violência ou à discriminação, minimamente ataca o direito à intimidade (afinal, basta que o ouvinte desligue o rádio), de modo que deve prevalecer aquela em detrimento desta (BRASIL, 2018, p. 31).

Com base nesses argumentos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação ao proselitismo em rádios comunitárias, comando constante do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.612/98.

Ao proibir que indivíduos de certo credo professem sua fé em rádios, cerceia-se a liberdade religiosa destes, porquanto restam impedidos de proferir seus discursos com vistas

ao convencimento de mais pessoas para sua religião, elemento intrínseco à liberdade de crença e de culto.

Em suma, o indivíduo religioso tem o direito de externalizar sua fé em qualquer lugar, não cabendo ao Estado limitar sua atuação, devendo restringir-se tão somente ao controle de excessos, como ocorre nos casos de discriminação e incitação ao ódio ou à violência. O próximo *leading case* traz em seu bojo doutrina concernente às fases para caracterização da discriminação.

Assim, último caso a ser trabalhado em relação à liberdade religiosa em âmbito nacional é o do Recurso em Habeas Corpus nº 134.682/BA, em que o agente coato, sacerdote da Igreja Católica, foi acusado de crime de preconceito por ofender, em seu livro, dogmas da doutrina espírita.

A Corte foi no sentido de que o discurso proselitista encontra amparo na liberdade de expressão, mas que esta não alcança condutas discriminatórias. Apesar disso, especialmente em crenças de caráter universalista, o proselitismo é intrínseco à fé, inclusive por meio da comparação entre diversas religiões, mesmo que presente hierarquização ou animosidade entre elas na fala do fiel (BRASIL, 2016, p. 1).

Com efeito, a hostilidade existente entre certas religiões, por exemplo entre pentecostais e umbandistas, católicos e protestantes, não é alvo de restrição pelo Poder Judiciário, visto que abarcada pela liberdade de expressão religiosa. Buscar definir a própria dogmática religiosa como superior às demais, pelo simples fato de tê-la como verdade absoluta, é inerente ao fiel.

Ademais, para que se configure a conduta discriminatória, é necessário que se perpassa por três fases indispensáveis: (a) de caráter cognitivo, (b) de caráter valorativo e (c) de caráter discriminatório propriamente dito (BRASIL, 2016, p. 2).

Assim, a fase (a) de caráter cognitivo se caracteriza pela constatação da diversidade entre dois indivíduos ou entre dois grupos. É um juízo de fato, não há discriminação, apenas se verifica que os homens são realmente desiguais (BOBBIO, 2000, p. 108).

Nessa senda, o indivíduo proselitista simplesmente constata que é diferente do seu ouvinte, visto que ambos possuem crenças diferentes. Não há qualquer juízo de valor sobre a constatação.

No segundo ponto, fase (b) de caráter valorativo, os dois grupos ou indivíduos desiguais entre si passam a ser vistos com carga axiológica, isto é, com dicotomia entre bom e mau, certo e errado, melhor e pior, superior e inferior, em questões de dotes intelectuais ou virtudes morais, entre outros (BOBBIO, 2000, p. 108). Desse modo, o agente religioso, após

verificar que possui crença diferente da professada por seu ouvinte, também acredita que a sua fé é correta, absoluta e superior a do outro.

Por fim, na fase (c) de caráter discriminatório propriamente dito, o indivíduo que afirma ser superior ao outro passa a sentir-se no dever de escravizar, explorar ou eliminar o indivíduo dito por inferior (BOBBIO, 2000, p. 108).

Nessa fase, o fiel, além de constatar a diferença com o ouvinte e de acreditar que possui a verdade objetiva, passa a menosprezar a fé do outro, desejando a extirpação da crença por ele professada, seja por meio de ofensas ou violência, seja por meio de dominação ou supressão.

Vê-se, pois, que a conduta do indivíduo fiel vai além do denominado proselitismo negativo, em que critica os dogmas da crença alheia, visando à destruição da fé divergente, seja por escravização, seja por dominação.

Nessa linha, no tocante aos grupos religiosos, qualquer conduta que vise suprimir, eliminar, reduzir ou restringir direitos fundamentais de outro, por conta de afirmação de superioridade, incide no caráter discriminatório comentado (BRASIL, 2016, p. 19).

Com efeito, considerando que as duas primeiras etapas são precisamente o que caracteriza o fundamento do proselitismo pelo agente religioso, isto é, saber que é diferente e sentir-se superior moral e dogmaticamente em relação ao outro, não há falar em discriminação.

Desse modo, considerando que o clérigo católico, em sua obra, não incitou à violência, exploração, dominação, escravização ou supressão de direitos fundamentais, atendo-se tão somente a atacar os dogmas da fé alheia, a Corte concluiu que não se configurou a conduta discriminatória no caso concreto, provendo o recurso. Assim, a atitude mencionada teve-se tão somente ao proselitismo negativo.

Em síntese, este julgado traz o norte para a verificação da conduta discriminatória em discursos proselitistas, cabendo ao julgador analisar se o conteúdo comunicado efetivamente passa pelas três fases supra. Caso contrário, não há falar em discriminação, visto que a carga valorativa trazida sobre o fato constatado é natural ao fiel, que, reitera-se, tem a fé por verdade absoluta.

Postas as principais considerações casuísticas acerca da liberdade religiosa, com ênfase no proselitismo, cumpre adentrar nas nuances trazidas pela criminalização da homotransfobia pelo STF frente ao discurso religioso que visa ao convencimento.

3. AS LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO PROSELITISMO PELA HOMOTRANSFOBIA

O proselitismo é resultado da união de duas liberdades, quais sejam: religiosa e de expressão; unidas, formam o direito de livre expressão religiosa. Da dignidade da pessoa humana, visto como princípio-mor da Constituição da República, decorre (além da própria liberdade religiosa) o direito de livre orientação sexual, ou seja, o indivíduo tem a faculdade de definir-se conforme a íntima convicção no tocante à sua sexualidade.

A questão debruça-se no fato de que o Cristianismo, especialmente em sua ramificação protestante, tem como pecaminosas as condutas homossexual e transexual, de modo que, como corolário da liberdade religiosa, o discurso contra tal comportamento é frequentemente emanado em cultos evangélicos e em eventos públicos organizados por esta crença.

É o que se vê em textos extraídos do Livro Sagrado do Cristianismo, a Bíblia, que em diversas ocasiões, como em Romanos 1.27⁵, por exemplo, condena a prática homossexual, fato pregado constantemente pelas igrejas afora.

Dessa maneira, tanto a liberdade religiosa quanto a livre orientação sexual devem coexistir em harmonia, de modo que o conflito entre os dois na realidade fática, isto é, na ordem social, resulta na incumbência de o ordenamento jurídico resolver a questão, com base nas concepções até aqui abordadas.

Com efeito, tendo como base o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733, cujo acórdão foi trabalhado na introdução deste trabalho, que equiparou ao crime de preconceito as condutas discriminatórias e incitatórias à discriminação contra os indivíduos homossexuais e transexuais, cabe entender até qual ponto pode ir o proselitismo religioso antes que ofenda à dignidade da pessoa humana do grupo referido.

3.1. Ponderação entre princípios: liberdade de expressão vs. dignidade da pessoa humana

⁵ “E, semelhantemente, também os homens, deixando o uso natural da mulher, se inflamaram em sua sensualidade uns para com os outros, homens com homens, cometendo torpeza e recebendo em si mesmos a recompensa que convinha ao seu erro” (ACF).

Como base para a discussão ora veiculada, usa-se o debate doutrinário acerca do discurso de ódio (*hate speech*) do direito anglo-saxão, fenômeno mundialmente conhecido e igualmente prejudicial nos mais diversos países. Assim, há de se verificar se o proselitismo religioso é capaz de configurar discurso de ódio quando emanado de fé que tenha a prática homossexual como pecaminosa.

Para buscar uma conclusão, o debate cinge-se à questão da prevalência da liberdade de expressão sobre os direitos de personalidade, nesse tocante como conteúdo da dignidade da pessoa humana, em sentido contrário à prevalência desta sobre aquela.

Nesse sentido, cumpre analisar as visões de cada corrente em discussões relativas ao discurso de ódio perpetrado por meio da livre manifestação de ideias, aplicando as resoluções ao debate entre proselitismo religioso e livre orientação sexual.

Não é à toa que, no âmbito do ordenamento jurídico, um dos maiores desafios existentes é o de encontrar um equilíbrio entre a liberdade de expressão, considerando todas as suas nuances, de um lado, e a essencial proteção à dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade (dela decorrentes), por outro, ao mesmo tempo em que deve o direito ser utilizado como meio para autoafirmação no âmbito transindividual, visando à um espaço social com níveis adequados de tolerância e reconhecimento (SARLET, 2019, p. 1.209).

O que está se a dizer, em outras palavras, é o que o Direito deve oferecer um meio termo entre ambos os direitos, essenciais para a caracterização de um ambiente saudável de debate, onde as divergências possam ser discutidas com respeito e tolerância mútuas.

Trazendo a noção para o choque entre liberdade de expressão religiosa e o direito de livre orientação sexual, o que se quer é buscar uma convivência onde, ao mesmo tempo em que a manifestação de ideias não é tolhida dos indivíduos proselitistas, também não é utilizada como instrumento para discriminação de grupos homossexuais e transexuais.

Nessa senda, visto que a liberdade de expressão pode ser utilizada como meio para proliferação do discurso de ódio, cumpre conceituar tal instituto, além de apresentar a visão doutrinária sobre do tema, advertindo-se de antemão que o termo não deve ser compreendido de forma ampliativa, sob pena de banalização.

Com efeito, o *hate speech* consiste na manifestação de palavras, gestos ou outras indicações que incentivem ou instiguem à discriminação por raça, classe social ou crença, em relação a grupos definidos, comumente minoritários (CASTRO; NASCIMENTO, 2019,

p. 20-21). Logo se vê que o conceito tratado é semelhante ao disposto na Lei do Preconceito, em seu artigo 20⁶, que criminaliza justamente a incitação à discriminação.

Assim, considerando que o discurso de ódio funciona como mecanismo para a restrição de direitos às minorias, especialmente pelo seu efeito silenciador, há risco de que os grupos minoritários percam seu espaço participativo social e cultural, de forma que as próprias vítimas do preconceito passem a não ter autoridade para atuar em defesa própria no âmbito da sociedade civil (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 20-21).

Novamente aplicando o tema ao conflito ora tratado, tendo em vista que o Cristianismo (especialmente o catolicismo) é, notadamente, a crença majoritária no Brasil, há risco de que a comunidade homossexual em geral, minoritária, perca gradativamente seu espaço no debate público de ideias, justamente por não ser protegida do discurso de ódio a ela direcionado.

Por outro lado, nem toda crítica ou divergência relativa à sexualidade pode ser tida como *hate speech* ou incitação à discriminação, sob pena de o próprio instituto, que é seríssimo, restar banalizado e perder seu sentido precípua, que é a proteção às minorias.

Assim, é de especial importância que se adote uma interpretação restritiva da definição jurídica do discurso de ódio, isto é, da decisão acerca de quais manifestações podem e não podem ser tidas como incitatórias à discriminação e, ainda, até que ponto tal forma de expressão pode ser reprimida (SARLET, 2019, p. 1.213).

Em suma, especificamente por ser grave a conduta de incitar ao preconceito, eis que visa à redução da dignidade do indivíduo, é que não pode tudo ser visto como se discriminação fosse. Há discursos que, por mais divergentes que sejam, não chegam ao ponto de ofender aos direitos da personalidade dos seus destinatários.

Postas as nuances acerca do que é o *hate speech*, cumpre abordar as correntes doutrinárias já mencionadas, no tocante ao conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, para que se possa compreender de que maneira isso afeta no proselitismo religioso.

Nessa senda, e considerando as consequências que tal abordagem traz para os casos concretos, deve-se compreender se a liberdade de expressão assume, realmente, uma posição preferencial defronte a outras liberdades e a outros direitos fundamentais, e de que forma tal preferência, se existente, influencia no método ponderativo quando se trata de aferir a

⁶ 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)
Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

legitimidade jurídica de limitações à livre manifestação de ideias em favor de outros interesses ou bens jurídicos constitucionais (SARLET, 2019, p. 1.213).

Naturalmente, duas respostas surgem: (i) a de que a liberdade de expressão possui status de preferência na ordem constitucional, posição que advém da doutrina norte-americana, e (ii) a de que a dignidade da pessoa humana, neste caso consubstanciada nos direitos de personalidade, é quem goza desse caráter precípua, posição derivada da doutrina alemã.

Com efeito, enquanto que para parte da doutrina a liberdade de expressão não é nenhum “sobredireito”, que, portanto, deve se conformar com outros princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, outra parte entende por paternalista a conduta de o Estado tutelar aquilo que seus cidadãos ouvem, pois implica na suposição de que os indivíduos não possuem o necessário discernimento para realizarem seus próprios juízos de valor (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 21).

Assim sendo, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos possui entendimento, consonante à interpretação da Primeira Emenda (de 1791) à Constituição Federal de 1787, no sentido de que há proibição total de qualquer limitação à liberdade de expressão, garantindo-lhe relevante posição preferencial no ordenamento constitucional frente a outros direitos fundamentais, de modo que o discurso de ódio, para ser interdito ou sancionado, possui antes especialmente restritivo (SARLET, 2019, p. 1.213-1.214).

Nessa perspectiva, condutas discriminatórias podem sofrer responsabilização, de forma a não limitar o direito fundamental à liberdade de expressão, com restrições ao seu exercício para proteção da dignidade da pessoa humana, mas sim de responsabilizar aquele que, por meio da instrumentalização de tal liberdade, dissemine discursos de ódio que potencialmente venham a ferir os direitos da personalidade de indivíduos com aspectos culturais distintos (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 18).

Fala-se, pois, de uma responsabilização conforme o caso concreto, garantindo-se o pleno exercício da liberdade de expressão, exercitada por meio do proselitismo, ao mesmo tempo em que se protege aos direitos da personalidade de indivíduos cuja orientação sexual seja objeto de efetivas ofensas.

Assim, o julgamento perante órgão jurisdicional impede que haja negligência em atos de ofensa à personalidade, dissuadindo e repudiando o *hate speech*, ao mesmo tempo em que garante o contraditório e o devido processo legal por parte do suposto ofensor, concedendo-se também caráter pedagógico àquele que profere o discurso de ódio (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 195).

Dessa maneira, por conta das previsões expressas na Constituição de restrição à liberdade de expressão, entende-se que há relativa preferência desta frente aos direitos de personalidade, pois a possibilidade de limitação é mais dificultosa do que o é no caso destes. O próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, considera essa posição preferencial do direito à livre manifestação (SARLET, 2019, p. 1.217).

Com efeito, o caminho a ser seguido é o de reconhecer a liberdade de expressão como gozadora de preferência frente aos direitos da personalidade, instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana. Naturalmente, sendo um princípio-mor, da noção de dignidade humana decorrem a liberdade de crença e, conseqüentemente, o proselitismo religioso.

Nessa linha, o instituto recebe especial relevo frente ao direito de livre orientação sexual, de modo que não cabe ao Estado criar limitações à manifestação da liberdade religiosa, devendo tolerar os discursos contrários ao comportamento homossexual e transexual com maior flexibilidade.

Desse modo, na corrente aqui apresentada, mesmo discursos proselitistas com certo grau de ofensa não devem ser considerados configuradores do crime de incitação ao preconceito, sob pena de tolher a liberdade de expressão religiosa do fiel, que professa seu descontentamento frente aquilo que afronta à sua verdade, tida como absoluta.

Noutra via, derivada, como dito, do direito alemão, o fato de o conceito de *hate speech* ser mais amplo gera maior possibilidade de imposição de limites à liberdade de expressão, como é o caso, por exemplo, de discursos que negam o Holocausto ou que apresentem conteúdo manifestamente discriminatório (SARLET, 2019, p. 1.214).

Nessa senda, então, os direitos de personalidade, derivados da dignidade da pessoa humana, adquirem caráter precípua sobre o direito à livre manifestação de ideias.

A liberdade não pode ser irrestrita quando é usada para ofender à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito. Assim, não é possível afirmar que todos têm direito de expressar livremente suas opiniões e convicções sem qualquer ressalva, eis que a ameaça de violação a um direito frente a outro deve gerar a ponderação entre os institutos (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 196).

Nessa corrente, a necessidade de se combater o *hate speech* é vista como forma de proteção e tutela do direito da personalidade, no tocante à identidade pessoal (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 20), consagrada por meio da livre orientação sexual, neste caso.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana atua como norte interpretativo para o hermeneuta, balizando e condicionando as abordagens dos interesses constantes nos direitos em conflito, para seu bom equacionamento (SARMENTO, 2009, p. 87).

Com efeito, se o princípio fundamental é tão importante a ponto de se tornar diretriz hermenêutica, é natural que deva ser tida com maior prevalência sobre os outros direitos constitucionais, afinal, derivam dele.

Dessa forma, tanto do ponto de vista ético quanto do ponto de vista jurídico, para a corrente aqui comentada, em havendo discursos ofensivos que impliquem em violação aos direitos da personalidade, especialmente à honra e à imagem, de indivíduos ou grupos, a liberdade de expressão deve ser restringida por meio de respostas político-institucionais (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 201).

Trazendo novamente à baila a discussão referente ao proselitismo frente ao direito à livre orientação sexual, na linha ora comentada, o discurso do fiel sofre limitações quanto ao seu conteúdo, de modo que eventuais ofensas não são toleradas, ou seja, há um caráter mais rígido no controle político-institucional do debate público.

A crítica que merece este entendimento é no sentido de que não são somente os direitos de personalidade que advêm da dignidade da pessoa humana, mas também as próprias liberdades de expressão e religiosa, de modo que eventuais restrições podem diminuir o âmbito protetivo de tais preceitos e, por conseguinte, reduzir o grau de dignidade inerente ao indivíduo.

Outrossim, a previsão de restrições ao conteúdo do proselitismo é prejudicial ao indivíduo fiel, pois envolve grau muito elevado de subjetividade por parte do responsável pela edição de medidas políticas, afinal, o discurso que para certo sujeito é ofensivo, para outro não o é, de modo que parâmetros de aferição restam esvaziados da solidez necessária em um tema tão complexo.

Em suma, a prevalência dos direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão não é a melhor opção para a questão ora discutida.

Outro ponto importante para a corrente que defende a prevalência dos direitos de personalidade sobre a liberdade de expressão é defesa dos grupos vulneráveis, comumente alvos de *hate speech*.

Assim, partindo do pressuposto empírico de que a sociedade brasileira carece de igualdade e justiça, pois nela vigem a intolerância e o preconceito, o constituinte originário houve por bem impor aos poderes públicos o dever positivo de desenvolver a inclusão social e a redução das práticas opressivas a grupos minoritários (SARMENTO, 2009, p. 85-86).

Nessa linha argumentativa, o Estado limita a liberdade de expressão para proteger aos seus cidadãos, especificamente aqueles que se encontram em condição de vulnerabilidade social e econômica, intervindo nos conflitos entre tais grupos e o preceito mencionado (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 190).

Isso ocorre pelo fato de a Constituição não somente vedar a prática de discriminação, preconceito e intolerância pelos entes públicos, mas também por parte dos atores sociais privados e dos próprios cidadãos (SARMENTO, 2009, p. 86).

Essa percepção se baseia no princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que faz com que a ordem constitucional interfira nas relações entre particulares, para que estes cumpram com as disposições fundamentais da República. Desse modo, grupos majoritários são incumbidos de respeitarem os direitos da personalidade dos grupos minoritários, cabendo ao Poder Público interferir quando esta obrigação não for cumprida.

O discurso que inferioriza indivíduos ou grupos sociais minoritários não é refutado tão somente por manifestações individuais e isoladas a ele contrários, por conta da disparidade entre aqueles que falam e aqueles de quem se fala, e que desejam ser ouvidos (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 191).

Assim, discursos violadores da dignidade da pessoa humana ocorrem em havendo a assimetria das relações sociais, em que a resposta do ofendido, por ter menos poder de voz que o ofensor, é insuficiente (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 201).

Em suma, quer-se afirmar que a liberdade de expressão irrestrita por parte de um, suprime a liberdade de manifestação de pensamento do outro (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 192), cabendo ao Poder Público reequilibrar essa diferença.

A crítica a esse pensamento é na linha do paternalismo estatal já mencionado, isto é, de que o Estado é incapaz de conferir aos seus cidadãos que, de *per si*, por meio de juízos de valor, compreendam o conteúdo e decidam quais são os discursos legítimos e ilegítimos, de modo que necessita estabelecer, via controle institucional, o que é tolerável e o que não é.

Há, ainda, decorrendo dessa linha de proteção aos grupos vulneráveis, a necessidade de inibir a estigmatização de indivíduos por meio da liberdade de expressão. Como exemplo, toma-se a própria criação de estigmas dos adeptos de alguma religião.

Nesse sentido, o constrangimento e desrespeito a eles causados não criam nenhum impedimento ao exercício da liberdade de crença, mas atacam a identidade desses indivíduos, na qual se encontram os símbolos religiosos e litúrgicos que os definem. Por conta disso, caminha-se rumo à estigmatização dos religiosos, criando-se padrões culturais

responsáveis por desencadear perseguições e limitações a direitos civis e políticos (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 18).

O exemplo é claramente aplicável à liberdade individual dos homossexuais e transexuais, eis que, muitas vezes, a livre manifestação de pensamento é usada como meio de criar padrões culturais referentes a tal grupo, fazendo que, com isso, preconceitos e estigmas surjam e sejam alimentados no seio social. Naturalmente, há um grave problema no fato de a liberdade de expressão ser utilizada como instrumento para tanto, mas não se entende que a restrição a tal direito seja o melhor caminho para coibir esta prática. Deve-se buscar o equilíbrio, com base em parâmetros comparativos que serão vistos abaixo.

Continuando na questão da limitação da liberdade de expressão frente aos direitos da personalidade, os defensores desta corrente apontam que, pela redação da própria Constituição Federal, esta impõe restrições à livre manifestação de pensamento (como é o caso da vedação do anonimato), demonstrando que este preceito fundamental não é absoluto ou ilimitado (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 196).

É com base neste entendimento que, pela expressão da autonomia individual, se ampara a pretensão do Estado de coibir manifestações que violam direitos da personalidade, calando as vozes dos destinatários, como é o caso do *hate speech* (SARMENTO, 2009, p. 87).

Desse modo, mesmo sendo a liberdade de expressão um direito fundamental, pelo fato de ser usada como um meio de prática de discursos ilícitos, como os homofóbicos, racistas, incitatórios à violência e intolerantes à religião, por exemplo (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 197), pode esse preceito ser limitado para coibir tais práticas. Mesmo o instituto servindo para manifestar despreço e desrespeito por símbolos relacionados à religião, *verbi gratia*, ele não viola a liberdade religiosa em si, pois não impede que ninguém siga certa fé, mas, pelo fato de vilipendiar a crença, agredindo ao grupo social e ao indivíduo que tem na religião seu foco de autodefinição identitária (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 17), é possível que sofra restrições pelo Poder Público.

Frisa-se, contudo, que as restrições político-institucionais ao direito à liberdade de expressão não são o melhor caminho para se alcançar o equilíbrio entre a manifestação de ideias e a dignidade da pessoa humana, pois notada de alto grau de subjetivismo (em se definir o que é ofensivo e o que não é), além de não permitir que a própria sociedade tenha por legítimo ou não os discursos proferidos em seu meio.

Em suma, no debate entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, existem duas correntes, a que dá preferência ao primeiro em detrimento do segundo e a que faz

exatamente o oposto, esta com três argumentos precípuos, quais sejam, (i) a preferência da dignidade da pessoa humana concretizada por meio dos direitos da personalidade, (ii) a proteção aos grupos vulneráveis e (iii) a proteção contra a estigmatização.

Trazendo a discussão ao tema da liberdade religiosa, apesar de haver certas diferenças, a mesma lógica se aplica, isto é, a corrente que prefere a liberdade de expressão dará ênfase ao proselitismo religioso, tratando seus discursos com maior flexibilidade no tocante à discriminação contra homossexuais. Por outro lado, a corrente que tem os direitos da personalidade como precípuos terá o direito à livre orientação sexual como mais digno de proteção do que a liberdade de expressão religiosa.

Por fim, deve-se analisar os métodos de solução do conflito ora comentado, apontando-se aquela que se entende como a melhor solução.

O primeiro deles consiste na busca por uma regra geral, em que se afirma que direitos relativos às pessoas devem prevalecer sobre valores de índole material (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 16). Naturalmente, a criação de uma diretriz interpretativa absoluta não condiz com o atual momento neoconstitucionalista. Além disso, tanto a liberdade de expressão quanto a dignidade humana são de ordem pessoal.

Seguindo na abordagem, tem-se o método hipotético-dedutivo, cuja premissa impõe a limitação da liberdade de expressão quando usada para o *hate speech* e, a fim de verificar a legitimidade dessa restrição, recorre-se à doutrina e à jurisprudência (OLIVEIRA *et al*, 2021, p. 188).

Há, ainda, o método da subsunção, em que se aplica a norma ao caso concreto, puramente. A crítica que se faz a esse sistema é que as concepções trazidas por ele resultariam em definições absurdas, como, por exemplo, a imposição de censura à Igreja Católica, já que essa sustenta que o homossexualismo é pecaminoso e vai contra qualquer tentativa de tutela estatal das relações homoafetivas (SARMENTO, 2009, p. 94).

Tendo em vista a insuficiência de tais métodos, sem prejuízo de outros existentes, entende-se que a melhor solução para o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade é a técnica da ponderação, aplicável ao caso concreto (CASTRO; NASCIMENTO, 2019, p. 16).

Contudo, para a solução do problema do discurso de ódio (e, conseqüentemente, do proselitismo religioso) não basta apenas aplicar a ponderação de interesses pura e simplesmente. É necessária a indicação de certos parâmetros que atuem como guia para o hermeneuta, conferindo segurança ao processo e reduzindo a discricionariedade do julgador (SARMENTO, 2009, p. 94).

Dessa forma, a doutrina apresenta uma série de parâmetros que podem ser seguidos no momento da resolução do conflito no caso concreto (SARMENTO, 2009, p. 94-96)

(i) deve haver maior tolerância aos discursos de grupos minoritários do que aos de grupos majoritários;

(ii) nenhuma contribuição para o debate deve ser censurada, mesmo que a medida sugerida seja absurdamente contrária aos interesses das minorias;

(iii) o *hate speech* (como já dito), por ser capaz de ensejar limitações à liberdade de expressão, não deve ser banalizado. O hermeneuta não deve buscar encontrar preconceitos em mensagens ocultas, para, com isso, limitar as liberdades comunicativas. Assim, a manifestação de ódio, intolerância e preconceito deve ser explícita para que possa ser limitada no caso concreto;

(iv) quando for o caso de a liberdade de expressão estar associada à liberdade religiosa (proselitismo), seu peso deve ser maior na ponderação;

(v) o valor artístico, teórico ou científico de uma obra não pode ser simplesmente ignorado pelo fato de conter *hate speech*, quando da decisão acerca da proporcionalidade em uma limitação à liberdade de expressão;

(vi) o nível de sofrimento psicológico que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo preconceituoso possam causar devem ser levadas em conta quando da ponderação de interesses, eis que se visa justamente à proteção da dignidade da pessoa humana;

(vii) os destinatários da mensagem contendo *hate speech* também constituem fator importante, especialmente quando há crianças e adolescentes em seu meio, motivo para maior restrição dos atos comunicativos abusivos; e

(viii) o meio utilizado para propagação do discurso de ódio é importante para ser levado em conta.

Dois parâmetros chamam a atenção para o debate entre liberdade de expressão religiosa e direito à livre orientação sexual. Inicialmente, o fato de a livre manifestação de ideias ser relacionada à crença, por si só, já aumenta o peso do princípio na ponderação de interesses. Por outro lado, o fato de o discurso ser emanado de um grupo minoritário, neste caso, dos homossexuais e transexuais, também aumenta o nível no método interpretativo.

Ora, se, de um lado, a crença majoritária lança discursos com caráter discordante e até mesmo ofensivos quanto à prática homossexual, deve estar apta para receber a resposta, em igual ou até maior intensidade. Esse debate de ideias é pertinente na esfera social e deve ter, como julgadores, os próprios cidadãos.

Tendo por base esse método interpretativo, conclui-se que a melhor forma de solucionar o conflito vai depender do caso concreto. Sempre deve-se levar em conta, contudo, que a liberdade religiosa goza de especial proteção constitucional, motivo pelo qual deve ser vista com maior flexibilidade quando, por meio dela, algum discurso for propagado. De mesmo modo, deve-se ter em vista que, pelo fato de o grupo ser socialmente minoritário, a ordem constitucional também concede proteção especial aos atos comunicativos por ele emanados, de forma que a análise deve ser feita de maneira flexível.

Em suma, tanto o discurso proselitista decorrente da liberdade religiosa quanto a manifestação reativa dos indivíduos homossexuais devem ser tratados com grande flexibilidade, evitando-se ao máximo a intervenção estatal e permitindo-se que a própria sociedade chegue às suas conclusões, ressalvados os casos de explícito preconceito e intolerância exagerada por parte de algum dos polos.

Concluindo, a partir desta interpretação constitucional, vê-se que ambos os direitos se encontram em pé de igualdade, eis que protegem duas vertentes distintas e de suma importância para o indivíduo; nenhuma absoluta, contudo. Uma visa viabilizar o desenvolvimento autônomo e espiritual do ser humano, relativos à consciência e dignidade, garantindo sua autodeterminação. A outra busca viabilizar o plano externo, permitindo que se manifeste publicamente, expondo sua visão de mundo, ideias e opiniões, garantindo sua autoexpressão e, também, o próprio sistema democrático, que depende justamente do pluralismo de ideias (SARLET, 2019, p. 1.216).

Abordada a discussão acerca da liberdade de expressão religiosa frente aos direitos de personalidade como instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana, cumpre discorrer sobre casos onde ofensas à dignidade humana serviram para limitar o proselitismo religioso.

3.2. A penalização de atos ofensivos à dignidade humana como limitação ao proselitismo

Postas as lições doutrinárias acerca do conflito entre o direito à liberdade de expressão religiosa e a dignidade da pessoa humana, concretizada por meio dos direitos da personalidade, cumpre aprofundar o assunto, adentrando num aspecto específico da discussão, qual seja, a criminalização do discurso de ódio como possível limitação ao proselitismo.

Para tanto, surgem duas linhas de pensamento: aquela que afirma ser caso de criminalização do *hate speech* em confronto com aquela que entende ser este abarcado pelo âmbito de proteção da liberdade de manifestação.

Assim, o primeiro passo em direção a qualquer argumento a favor da criminalização do discurso de ódio é estabelecer se esta espécie de comunicação se encontra, ou não, dentro do âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão (HOWARD, 2019, p. 100, tradução nossa).

O direito constitucional à liberdade de expressão encontra-se fundamentada em valores sociais e culturais que o legitimam, de modo que, em sendo caso de o discurso de ódio não estar baseado nesses princípios, possível a sua restrição por leis criminais.

Com efeito, se os axiomas que baseiam a liberdade de expressão não contam em favor do *hate speech*, é possível a sua criminalização ou limitação de qualquer espécie (HOWARD, 2019, p. 101, tradução nossa).

Importante observar, contudo, que não é a mera ausência de proteção moral ao discurso de ódio que justifica sua criminalização, afinal, no século XXI, a liberdade deve ser a regra, enquanto que a coerção necessariamente precisa de uma justificação especial. Desse modo, a ausência de tutela ao discurso de ódio, pois não abrangido pelo âmbito de proteção da liberdade de manifestação, é o primeiro passo para sua penalização, e não seu fundamento (HOWARD, 2019, p. 101, tradução nossa).

Com isso, quer-se dizer que, além da inexistência de proteção principiológica ao discurso de ódio, que é o primeiro fator a ser levado em conta para sua criminalização, necessita-se de um motivo determinante e justo, atendendo ao princípio da fragmentariedade do Direito Penal.

Avançando nesse ponto, considerando que toda proibição de cunho criminal cria deveres de os indivíduos absterem-se da conduta proibida, deve-se analisar se efetivamente há a obrigação moral de os cidadãos abdicarem da ação a ser vedada. Nessa ótica, necessita-se estabelecer se há, faticamente, o dever moral de não se envolver em discursos de ódio, que são as expressões proibidas pela norma criminalizadora (HOWARD, 2019, p. 101, tradução nossa).

Com efeito, considerando que o Direito, especialmente no ramo penal, deve visar à garantia de bens jurídicos tidos como primordiais pelos indivíduos, somente em sendo caso de existir obrigação moral de não se envolver em discurso de ódio é que é possível a penalização desta espécie, sob pena de a norma não ser socialmente aceita e adequada.

Nessa linha, então, há cinco argumentos que permitem a punição do *hate speech* sem que o Estado incorra em prejuízo à liberdade de expressão, quais sejam, (i) o dever de não ameaçar, (ii) o dever de não assediar, (iii) o dever de não ofender (entendido como a imposição de um desagradável estado mental), (iv) o dever de não difamar e (v) o dever de não incitar à transgressão (HOWARD, 2019, p. 101-104). Como se vê, essa linha considera existentes deveres morais de abstenção por parte dos cidadãos, que não devem ser interlocutores de discursos nocivos, tampouco de propagação de ideias ofensivas ou intolerantes.

Dentro dessa linha, para a qual o discurso de ódio não é protegido pela liberdade de expressão, cuja qual parece ser adotada pelo Brasil (onde direitos fundamentais não podem servir como escape para a impunidade de ilícitos), deve existir a criminalização do *hate speech*. Desse modo, então, discursos considerados ofensivos às minorias homossexuais e transexuais por parte de cristãos podem ser vistos como crime, enquadrando-se no artigo 20 da Lei do Preconceito, caracterizando incitação à discriminação.

Como se verá a seguir, existem dificuldades quanto à criminalização do discurso de ódio, relacionadas aos aspectos políticos e sociais da comunidade.

Se os axiomas que fundamentam a existência do direito à liberdade de manifestação valem, também, para o *hate speech*, pode-se afirmar que tal espécie de discurso é moralmente protegido, fato que gera, por óbvio, lamentáveis consequências, tais como ofensas ou incitações à violência e discriminação por parte dos ouvintes (HOWARD, 2019, p. 100-101, tradução nossa).

Explica-se. É possível entender-se que os valores morais que fundamentam o direito à liberdade de expressão também servem para justificar discursos nocivos, pois, por mais ofensivos que possam ser, estão dentro da liberdade comunicativa do sujeito preconceituoso.

Nesse sentido, não há justificativa para a censura, devendo-se adotar a postura de protesto, contra-arrazoamento, persuasão ou mesmo súplica perante o orador odioso, porém sem compeli-lo a outra conduta ou causá-lo algum mal. Trata-se, na verdade, da concretização do brocardo inspirado no *Justice* Louis Brandeis: “a resposta correta para o discurso nocivo é mais discurso”⁷, o único remédio efetivamente cabível (HOWARD, 2019, p. 100-101, tradução nossa).

Desse modo, a criminalização do discurso de ódio seria mais prejudicial do benéfica à sociedade, pois cercearia a liberdade de expressão quando existem outros mecanismos de

⁷ No original: “the right response to noxious speech is more speech”.

defesa aos discursos nocivos, quais sejam, a argumentação em contrário e o protesto contra comunicações ofensivas.

Para essa linha, portanto, jamais poderia haver criminalização de discursos cristãos contra a liberdade sexual alheia, cabendo à própria população apresentar suas contrarrazões aos argumentos proselitistas, inclusive em postura de rejeição ao conteúdo proferido na comunicação.

Apesar de dar especial relevo à liberdade de expressão, essa corrente parece ser preterida no Brasil, que prefere tratar a dignidade da pessoa humana como primordial.

Outro ponto importante no tocante à criminalização do discurso de ódio, independentemente da postura adotada acerca de estar ou não no âmbito de proteção da liberdade de expressão, é a questão de o Estado poder, ou não, estabelecer restrições criminais ao discurso de seus cidadãos.

Há argumentos que vão no sentido de não ser cabível ao Estado estabelecer valores morais que dizem respeito à liberdade de expressão, especialmente no tocante ao aspecto político, por conta da desconfiança moral que há em seu desfavor. Essa visão é fortemente ressaltada na tradição constitucional americana, por conta de pelo menos três razões (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa). Vejamos.

A primeira razão diz respeito à motivação moral limitada, eis que políticos podem ser inescrupulosos na questão de manter o poder, o que gera uma preocupação permanente de que podem abusar dos estatutos restritivos da liberdade de expressão, a fim de silenciar seus adversários no pleito (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Nesse sentido, portanto, discursos podem vir a serem limitados por mera opção política, visando ao ganho de apoio dos grupos favorecidos, pouco importando se se busca a melhor possibilidade para sanar a questão moral envolvida.

Com efeito, políticos podem restringir o discurso cristão contrário ao homossexualismo e ao transexualismo, meramente para ganhar o apoio de tais grupos, e não por questões concernentes aos valores morais da sociedade.

A segunda razão é concernente à competência epistemológica limitada no tocante à matéria da moral. Muitos cidadãos têm visões equivocadas acerca do que a moralidade política exige, de modo que podem suprimir discursos que considerem perigosos e questionáveis, quando, na verdade, são legítimos (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Desse modo, a mera discordância de determinado conteúdo emanado num discurso já seria suficiente para o indivíduo ver-se no direito de interpretar aquilo como nocivo e, por conseguinte, entender como criminoso, quando, na verdade, não o é.

Trazendo essa razão ao debate entre proselitismo e liberdade individual, poder-se-ia chegar ao extremo de interpretar um simples sermão numa igreja qualquer como incitatório à discriminação em razão da orientação sexual.

Ainda abordando a segunda razão pela qual não é cabível ao Estado restringir a liberdade de expressão, deve-se ter em conta que não são apenas adversários políticos que podem ser caracterizados como falíveis epistemologicamente. Mesmo quando há certeza de que se aprendeu certa verdade absoluta sobre alguma matéria moral, há de se reconhecer que cada geração anterior, equivocadamente, insistiu na mesma coisa (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Como exemplo, restrições à liberdade de expressão podem suspender discussões e revisões em andamento acerca de leis fiscais, com várias visões, equivocadamente silenciando os interlocutores (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Nessa senda, discussões legítimas no tocante à sexualidade poderiam ser suprimidas por receio de que tais sejam ofensivas, restringindo um dos aspectos principais da democracia, o denominado *marketplace* de ideias.

Por fim, a terceira razão são as dificuldades inerentes em autorizar a elaboração de institutos que não são excessivamente inclusivos, procedendo à *persecutio criminis* de indivíduos que não merecem tal perseguição. Isso, inevitavelmente, dependerá fortemente da discricionariedade do órgão acusador em interpretar determinado discurso como de ódio ou não (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Assim, incumbir a um único órgão a interpretação do que é ofensivo ou não no tocante à matéria religiosa seria absolutamente atentatório ao princípio da segurança jurídica, especialmente quando se trata de matéria criminal.

Duas considerações ainda devem ser levadas em conta na possibilidade de o Estado criminalizar o *hate speech*.

A primeira é que, mesmo se o Poder Público puder ser confiável a ponto de restringir o discurso de ódio com base na responsabilidade moral “da moda” (algo parecido com a experiência europeia acerca das leis limitadoras dos discursos nocivos), tal fato não seria suficiente para resolver o problema (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

A segunda é que, mesmo se os institutos forem impecáveis, podem ser contraproducentes, por pelo menos duas razões: (a) o banimento do discurso de ódio pode antagonizar cidadãos revoltados e privá-los de uma saída catártica legal para seu furor e (b) podem existir soluções melhores que leis criminais para solucionar o problema do *hate speech*, como é o caso do “mais discurso” (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Assim, a melhor maneira de restringir o *hate speech* não é a sua criminalização, mas sim a sua exposição, para que a sociedade veja e, por si, entenda se o conteúdo é legítimo ou não, podendo, inclusive, tratar os discursos como vexatórios e ridículos.

Desse modo, a solução para combater potenciais discursos ofensivos relacionados à religião, que sejam considerados de incitação à discriminação, não é a criminalização deles, mas sim o denominado “contradiscorso”.

Melhor que suprimir ideias odiosas é responder a elas com argumentos contrários. O “contradiscorso”⁸ tende a ser defendido por aqueles que entendem que a liberdade de expressão protege o discurso de ódio e por aqueles que pensam ser o Estado moralmente inconfiável. Isso faz sentido, pois se o banimento ao *hate speech* é moralmente equivocado, o “contradiscorso” é o único remédio cabível dentro da moralidade. Por outro lado, mesmo que o discurso de ódio seja moralmente desprotegido e que o Estado seja confiável para bani-lo, é muito mais simples e fácil, além de mais efetivo, combater o *hate speech* com base na contra-argumentação, ao invés de utilizar a lei criminal para tanto. Esses pontos são fortemente consideráveis em desfavor da criminalização (HOWARD, 2019, p. 105, tradução nossa).

Com essas considerações teóricas postas, cabe a análise de um *leading case* nacional no tocante à criminalização do *hate speech*. Trata-se do Habeas Corpus nº 82.424/RS (Caso Ellwanger), cuja análise debruçar-se-á em duas grandes questões: (i) a abrangência do termo “prática do racismo”, presente no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal⁹, e (ii) a colisão entre o direito à liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu.

Como dito, a primeira questão presente na decisão refere-se à definição do sentido e alcance da expressão constante no artigo mencionado, cuja delimitação interfere diretamente no reconhecimento, ou não, da imprescritibilidade do crime de racismo. Desse modo, o *decisum* visa a responder se o constituinte pretendeu limitar o âmbito da prática do racismo a matérias de discriminação baseada em raça e cor (VIOLANTE, 2010, p. 51), ou se o conceito pode abarcar outras espécies, tais como em razão do sexo, orientação sexual ou crença professada.

Tal questão é primaz na possibilidade de criminalizar o discurso de ódio, pois, se o constituinte não quis abranger todas as espécies de discriminação, não pode o legislador infraconstitucional, tampouco o aplicador da norma, dispor de modo distinto.

⁸ No original: “counter-speech”.

⁹ “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”

O paciente do *writ* alegou que os livros por ele vendidos, apologéticos de ideias antissemitas, não configuram a prática de racismo, mas sim de incitação contra o judaísmo, de modo que a imprescritibilidade constitucional não deve se aplicar à espécie (LAFER, 2004, p. 60).

Um dos argumentos levantados pelo órgão julgador foi no sentido que a prática do preconceito adveio das teorias pseudocientíficas de raça, que reinventam a desigualdade, contestando os princípios da isonomia e da não discriminação. Esse questionamento é justamente o ponto de partida da análise conceitual do preceito fundamental constante no artigo 5º, LXII, da Constituição (LAFER, 2004, p. 63).

Com efeito, a análise parte de uma reclassificação do conceito de racismo, significando não apenas o preconceito contra determinada raça, mas tratando-o como fenômeno social que abrange diversas espécies de discriminação.

Não é com base em um aspecto biológico que se fundamenta a prática do racismo, mas sim em decorrência de um fenômeno social. Esse é o alvo da repressão constitucional (e legislação ordinária), e não a raça em si (LAFER, 2004, p. 70).

Nesse sentido, o argumento da decisão prossegue dizendo que as práticas preconceituosas contra os judeus, historicamente, especialmente durante o nazismo alemão, configuram verdadeira conotação racista, pois contrapõem a raça ariana e a semita, afirmando que a primeira é superior à segunda. Sendo o antissemitismo uma forma de preconceito, a incitação à discriminação contra os judeus configura, constitucionalmente, racismo, pois o sujeito que profere o discurso nocivo considera o indivíduo ou grupo como raça e, por conta desta motivação, promove a sua discriminação. Assim, fenomenologicamente social, decorrente de uma construção histórico-cultural e política, e não de uma questão biológica, o *hate speech* contra os judeus deve ser considerado como abarcado pelo instituto presente na Constituição Federal (VIOLANTE, 2010, p. 56-57).

Ainda, biologicamente falando, o genoma humano confirma a inexistência de raças, de modo que interpretar o conceito constitucional como concernente apenas a esse aspecto é sinônimo de esvaziar o conteúdo normativo do preceito (LAFER, 2004, p. 64).

Está a se dizer, pois, que o conceito de raça não é biológico, mas sim social, de modo que a proteção constitucional se dirige especificamente a esse fenômeno e não à origem do indivíduo alvo de ataques. Por conta disso, a noção de superioridade do interlocutor, quando profere o discurso malicioso, é que deve ser levada em conta para a punição, pois considera que a sua “raça social” é superior à do ofendido.

Como se vê, tal argumento considera que a liberdade de expressão não protege o *hate speech*, diferentemente do que se arguiu acima, de modo que cabe ao Estado reprimir condutas que entende por ofensivas a grupos minoritários. Não há falar em “mais discurso” no caso em tela.

Conforme dito, o fenômeno social causador do racismo adveio de processos históricos. Assim, exemplificando-se, as práticas racistas sempre tiveram muita amplitude no Brasil, que, por diversas vezes, instou-se contra o negro, o mulato, o indígena e o judeu, considerando-os como seres inferiores, abaixo da “raça” dominante (LAFER, 2004, p. 83).

Por conseguinte, não é na raça (afinal há apenas uma raça humana), mas nas práticas discriminatórias que está a interpretação mais coerente do artigo 5º, LXII, da Constituição e a legislação ordinária correspondente (LAFER, 2004, p.66).

Confirma-se, pois, o entendimento de que o constituinte houve por bem abranger as diversas formas de discriminação como “prática do racismo”, não apenas abarcando aquelas originárias de raça ou cor.

Ainda na questão histórica do racismo, salienta-se que a Constituição estabeleceu um conceito normativo próprio de racismo, cujo conteúdo deve ser analisado em paralelo com a relevância de bens e valores jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, bem como com a gravidade da ofensa responsável por sua violação (VIOLANTE, 2010, p. 72).

Desse modo, a conclusão cabível é entender que o termo raça possui conceituação abrangente, capaz de adequar-se à diversas práticas preconceituosas, conferindo maior efetividade aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana (VIOLANTE, 2010, p. 58).

Essa também foi a síntese do *leading case* ora trabalhado, afirmando que a divisão dos homens em raças é advinda de um processo meramente político-social, da qual origina-se o preconceito segregacionista e a discriminação. Assim, inexistente subdivisão em raças do ser humano, seja pela cor da pele, seja por qualquer outra característica física, conforme cientificamente comprovado por meio do mapeamento do genoma humano. Essencialmente, todos são iguais, pertencentes à espécie humana, sem diferenças biológicas relevantes (BRASIL, 2004).

Além desse fundamento, outros dois pontos são levantados para legitimar a adequação da conduta do paciente ao conceito de prática do racismo, quais sejam, o compromisso do Brasil no plano internacional e a ausência de censura prévia.

No tocante ao primeiro, salienta-se que, a fim de afirmar o princípio da igualdade e da não discriminação, o Brasil participou, em âmbito internacional, de especificação dos

seres humanos afetados por situações de prática do racismo (LAFER, 2004, p. 72). Assim, o país tem o dever de criar mecanismos efetivos para a diminuição do racismo, fato que possibilita a criminalização do *hate speech* no caso concreto.

Ademais, no segundo ponto, inexistiu censura prévia sobre o livro publicado pelo paciente, Siegfried Ellwanger, mas sim de responsabilidade penal, já que esse exerceu sua liberdade de expressão com finalidades ilícitas (LAFER, 2004, p.76). Não houve proibição prévia de circulação da obra, mas sim repressão posterior por violação aos preceitos constitucionais.

Como se nota, o Supremo Tribunal Federal entende que o discurso de ódio não é abrangido pelo direito à liberdade de expressão, permitindo-se a sua criminalização conforme o caso concreto. A esse pensamento, há os dilemas acima tratados sobre a penalização das condutas de *hate speech*, em especial o que diz respeito à discricionariedade do órgão acusador e, também, do Poder Judiciário, que é quem define o que é discurso nocivo e o que não é.

Seguindo na análise do *leading case*, a segunda questão importante destacada foi a colisão entre a liberdade de expressão e da proteção da dignidade dos judeus, ambos direitos fundamentais (VIOLANTE, 2010, p. 83).

A essa discussão, aplicam-se as considerações do subitem anterior, em que se destacou o debate entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Além disso, outros argumentos importantes foram aduzidos no julgamento.

Desse modo, o caráter aberto do tipo (“prática do racismo”) e a tensão inerente aos aspectos da liberdade de expressão, demandam a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do caso (VIOLANTE, 2010, p. 87).

Com efeito, a análise deve levar em conta a necessidade da repressão, a adequação do meio (penalização) ao fim desejado (garantir a dignidade do povo judeu) e a proporcionalidade em sentido estrito da medida.

A esse respeito, o órgão julgador se manifestou no sentido de que, no pensamento nazista, os judeus seriam raça nefasta, infecta e inferior, motivos que justificariam sua segregação e extermínio. Esse pensamento é inconciliável com os padrões morais definidos pela Constituição Federal e do mundo pós-positivista, no qual se ergue o regime democrático. Estigmatizar um povo, por si só, já caracteriza racismo. Desse modo, a violação à respeitabilidade e dignidade do ser humano e à sua pacífica vivência social, configura ato atentatório aos princípios constitucionais. A densa “intolerabilidade” da manifestação

preconceituosa afronta ao ordenamento constitucional, impondo ação estatal repressiva (BRASIL, 2004).

Como se vê, a Corte Constitucional do Brasil não adota a ideia de que o remédio para discursos nocivos são “mais discursos”, mas entende que, em havendo nítida e grave ofensa a certo grupo, o *hate speech* deve ser criminalizado.

Tendo em vista essa concepção, há a tendência de discursos proselitistas serem considerados como nocivos à comunidade homossexual, possibilitando ao Estado a repressão de tais condutas, visando à proteção da dignidade da pessoa humana. Nota-se, então, nessa senda, a preferência da dignidade da pessoa humana em detrimento da liberdade de expressão, como possível resposta à discussão acima trabalhada.

Pontos positivos e negativos podem ser aduzidos desta preferência.

Por um lado, pode-se entender que a repressão estatal não é a melhor resposta para o problema do *hate speech*, em razão de que se dá muita discricionariedade ao Poder Judiciário, responsável por dizer quais discursos proselitistas são ofensivos e criminalizáveis e quais não são. Ora, na maior parte das vezes, essa decisão caberá a um juiz singular, que, embora imparcial, não é neutro. Desse modo, uma única pessoa dirá que certa fala é ofensiva e merece ser repudiada pelo Estado.

Por conta da grandiosa quantidade de magistrados no país, cada qual com suas próprias concepções, ideologias e cosmovisões, são incontáveis as diferentes decisões que podem emanar de cada um deles, de modo que o princípio da segurança jurídica restará prejudicado.

Neste ponto, então, muito mais prudente é permitir ao proselitista que fale na esfera social e seja repudiado, refutado e ridicularizado também nesse âmbito. Judicializar as manifestações, especialmente as religiosas, mesmo que ofensivas, poder ser mais prejudicial do que benéfico.

Conclui-se, pois, na linha do que foi tratado acima, que a melhor resposta para o discurso de ódio é “mais discurso”, permitindo que os próprios cidadãos julguem o conteúdo daquilo que está sendo dito, repudiando e contra argumentando o proselitista, sem que o Estado interfira na liberdade de expressão religiosa do sujeito.

Por outro lado, na maior parte das vezes, comunidades minoritárias não têm voz perante a imensa maioria da sociedade, de modo que, tendo como base o princípio democrático, os poderes constituídos devem proteger aos seus direitos, impedindo que sofram a fagocitose de sua visão pela opinião majoritária.

Assim, a criminalização de manifestações proselitistas excessivamente ofensivas tem como vantagem a garantia da proteção à comunidade homossexual e transexual, impedindo que, via discursos incitatórios, sofram preconceito ao ponto de terem sua dignidade completamente esvaziada.

Vê-se, pois, que inexistente qualquer resposta simplória à criminalização do *hate speech*, especialmente quando oriundo de manifestações proselitistas, eis que, por um lado, há o perigo de tratar como ofensivo um discurso religioso legítimo e, por outro, o risco de permitir que grupos minoritários tenham sua dignidade inerente violada.

Postas tais concepções, passa-se para a análise de casos alienígenas, buscando possíveis soluções para a limitação do proselitismo pela criminalização da homotransfobia, visando à menor interferência possível na esfera individual dos sujeitos, ao mesmo tempo em que se protege a comunidade minoritária dos homossexuais e transexuais.

3.3. Contribuições do direito comparado

A fim de trazer maior substrato às indagações aqui levantadas, especialmente no tocante à criminalização do discurso de ódio, cumpre buscar em ordenamentos jurídicos internacionais casos semelhantes aos tratados no território brasileiro.

Desse modo, e considerando as origens doutrinárias das indagações (Estados Unidos e Alemanha), conforme já tratado, passa-se a abordar a jurisprudência desses países, a fim de encontrar contribuições jurídicas para o território pátrio.

Com efeito, dois casos oriundos do ordenamento norte-americano, pertinentes ao assunto do *hate speech*, devem ser trazidos à baila, com vistas ao enriquecimento das soluções para o deslinde do caso brasileiro.

Inicialmente, antes de adentrar nos precedentes, é necessário discorrer sobre a evolução do entendimento daquela Suprema Corte no tocante ao tema.

Assim, no início do século XX, o Tribunal Constitucional americano houve por bem adotar, como linha interpretativa sobre os limites do direito à liberdade de expressão, garantido genericamente pela Primeira Emenda à Constituição, a teoria do perigo claro e iminente¹⁰ (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 57).

¹⁰ No original: *clear and present danger*.

Nesse sentido, em havendo perigo claro e iminente no discurso do agente, não haveria falar em proteção pela Primeira Emenda, cabendo a responsabilização criminal do sujeito interlocutor.

Tempos depois, essa teoria foi substituída pela proibição das *fighting words* (palavras de agressão), conceito adotado jurisprudencialmente, oriundo do precedente *Chaplinski vs. New Hampshire*, de 1942. Essa tese era mais branda que a primeira (*clear and present danger*), visto que, para a penalização do discurso do cidadão, era necessário que proferisse verdadeiras palavras de conflito, visando à agressão de outrem (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 57-58).

Para esse entendimento, portanto, só há falar em crime quando o agente visa, efetivamente, proferir palavras de agressão, não bastando o simples discurso ofensivo e direcionado a outros grupos ou indivíduos.

O último e atual entendimento da jurisprudência americana adveio do julgamento do Caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969, visto abaixo), quando a Suprema Corte começou a adotar a teoria da *imminent Lawless action* (ação ilegal iminente), mais flexível em favor da liberdade. Segundo esse pensamento, somente é possível restringir a liberdade de expressão quando o discurso desencadeia verdadeira e iminente ação ilegal, caso contrário, tão somente há exercício regular de direito, tutelado pela Primeira Emenda (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 58).

Nesse entendimento, como será visto, as ações devem ser suficientes para efetivamente causarem condutas ilegais de dano iminente. Assim, adentra-se no estudo dos casos pertinentes ao tema.

No caso mencionado, *Brandenburg vs. Ohio*, um fazendeiro, via transmissão a um canal televisivo, enaltece os valores racistas da Ku Klux Klan (KKK), quais sejam, a supremacia branca e a inferioridade inerente dos negros, dizendo acreditar que esses deveriam ser devolvidos ao continente africano, ao passo que os judeus deveriam ser deportados para Israel (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 59).

Esse líder, chamado Clarence Brandenburg, havia solicitado a um repórter de Cincinnati que cobrisse uma corrida da KKK na cidade de Hamilton County, para sua estação televisiva. As gravações mostravam pessoas queimando cruzeiros e fazendo discursos, enquanto utilizavam as clássicas vestes da seita: roupões e capuzes. As manifestações falavam em vingança contra os afros americanos e judeus, visando, inclusive, a uma marcha em Washington no dia 4 de Julho. Não obstante, os adeptos do movimento segregacionista

criticavam o Presidente da República, o Congresso e a Suprema Corte, por fazerem os negros conspirarem contra os brancos (SKELTON, [S.d.]a, tradução nossa).

Como se vê, o fato ofensivo adveio de uma manifestação da Ku Klux Klan, conhecido grupo segregacionista dos Estados Unidos que pregava a *white supremacy* e tinha, para si, a população negra como inferior às demais.

No momento em que as cenas do manifesto chegaram a público, as autoridades de Ohio acusaram Brandenburg de apologia à violência baseada em sindicalismo criminal. A lei utilizada para sua denúncia era datada da Primeira Guerra Mundial e fora criada com o objetivo de responder às preocupações relacionadas aos anarquistas, socialistas e comunistas da época. O adepto da seita foi condenado e sentenciado a uma pena de 1 a 10 anos de prisão, além de multa. Sua condenação foi confirmada pela corte de apelação do Estado e rejeitada pela Suprema Corte Estadual (SKELTON, [S.d.]a, tradução nossa).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, portanto, mudou o entendimento até então firmado jurisprudencialmente, como dito acima.

Indo além do *clear and presente danger test* (teoria do perigo claro e iminente), proposto pelo Justice Holmes no caso Schenck vs. U.S. (1919), por decisão majoritária, o órgão firmou o entendimento do *imminent Lawless action test* (teoria da ação ilegal iminente) para analisar discursos políticos que se insurgem contra o governo. Determinou-se que o poder público não pode proibir tais espécies de manifestações, a menos que sejam direcionadas a incitar ações contra os Poderes e que efetivamente possam causá-las. De outro modo, a simples defesa de um discurso, sem que se encoraje indivíduos a agirem de tal forma, ou instigando atitudes que não se espera que os sujeitos cometam, é protegida pela Primeira Emenda. Essa decisão marcou o fim do *bad tendency test* (teoria da má intenção, aplicada ao *clear and presente danger*), criado em decisões como Abrams vs. U.S e Whitney vs. California. Nesse sentido, a Corte considerou que restrições do governo aos discursos precisavam ser reforçadas com um paradigma diferente (SKELTON, [S.d.]a, tradução nossa).

Com efeito, não é cabível ao Estado, por conta da Primeira Emenda, valorar a qualidade do conteúdo dos discursos, quer sejam bons, quer sejam maus, pouco importando quem o profere. A única possibilidade de limitar a liberdade de expressão, portanto, é a existência de clara e imediata incitação à violência, isto é, uma iminente ação ilegal, independentemente das características da fala (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 60).

A teoria da *imminent Lawless action*, portanto, foi o paradigma utilizado no caso em tela, determinando que só se pode falar em restrição ou proibição ao discurso ofensivo

quando este incitar às ações ilegais e, além disso, existir o perigo de tais condutas serem realmente praticadas por parte do ouvinte.

Desse modo, são condições necessárias para impor responsabilidade criminal por discursos que incentivam outros a cometerem atos ilegais: dano iminente, probabilidade de que a conduta ilegal irá ocorrer e a intenção do agente de causar tais atos. Esse precedente atua como o principal norte na interpretação da lei da Primeira Emenda, desde a última vez em que a Suprema Corte revisitou seu entendimento (SKELTON, [S.d.]a, tradução nossa).

Até então, a Corte não mudou seu entendimento no tocante à liberdade de expressão, permanecendo a teoria aqui trabalhada como o paradigma para solução de casos com discursos de ódio.

Essa ausência de decisões posteriores pode resultar, em parte, da dificuldade que há em construir um padrão, de forma que se torna muito difícil ao governo atingir esta meta: estabelecer paradigmas definitivos. A pequena possibilidade de sucesso pode tornar infrutífera a tentativa de promulgar ou de defender certa lei na área em outras situações (SKELTON, [S.d.]a, tradução nossa). Com isso, quer-se dizer que, devido à cultura americana de prevalectimento da liberdade de expressão sobre outros direitos, é muito difícil que sejam criadas novas leis ou prolatados novos precedentes em sentido oposto à teoria da ação ilegal iminente.

O remédio para o problema do abuso da liberdade de expressão não é a limitação do discurso, mas mais liberdade de expressão. No *marketplace* de ideias, é a sociedade quem tem a incumbência de decidir quais ideias são corretas e devem deter a simpatia das pessoas e quais não são, jamais o Estado (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 60).

Tendo em vista tal premissa, restou superado o entendimento anterior do claro e iminente dano, qualificado pela má intenção do agente orador, que até então não sofrera o *overruling* (mudança de entendimento) (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 60).

Em suma, a lição extraída do caso em tela é que o Estado não deve proibir discursos que defendam a violência ou condutas ilícitas, a menos que essa instigação seja direcionada a incitar ou produzir ações ilegais iminentes e que seja suscetível de produzir tal conduta (SKELTON, [S.d.]a, tradução livre).

Com efeito, somente se atendidos aos requisitos da *imminent Lawless action* (ação ilegal iminente) é que se pode limitar discursos ofensivos, sob pena de ofensa ao direito à liberdade de expressão.

O segundo caso a ser trazido à discussão é o de R.A.V., iniciais de um adolescente norte americano que, com um grupo de outros jovens, fez uma cruz e a queimou no pátio de

uma família afro-americana. Todos foram acusados pela Cidade de Saint Paul, com base na *Bias-Motivated Crime Ordinance*, portaria responsável por penalizar crimes de ódio. O adolescente, por meio da sua defesa, impugnou a portaria com base na Primeira Emenda, alegando que era excessivamente ampla em sua abrangência e baseada no conteúdo do discurso. Apesar de a corte de apelação ter concordado com o argumento, a Suprema Corte Estadual reverteu a decisão, dizendo que a portaria fora editada com o objetivo de atingir as *fighting words* (categoria não abrangida pela proteção da Primeira Emenda). Quanto à alegação de que a portaria era baseada no conteúdo do discurso, a Corte Estadual afirmou que não era inconstitucional, porque atendido o padrão de escrutínio rigoroso. Afirmou-se que o governo possui interesse na proteção da segurança pública e que tal portaria era suficientemente estrita para atingir tal objetivo (SKELTON, [S.d.]b, tradução nossa).

A lei do Estado de Minnessota, que responsabilizou o menor de idade à época dos fatos, tinha como escopo combater os crimes de ódio e criminalizava o uso de símbolos que, notoriamente, eram utilizados para despertar ódio, alarme ou desejo de vingança em outros, por causa da cor, do credo, da raça ou do gênero (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 69-70).

Em síntese, o caso versa sobre um adolescente que, com ideias segregacionistas e racistas, utilizou-se de conhecido símbolo da KKK para ofender uma família afro-americana, tendo como resultado a condenação por crime de ódio.

Com efeito, obscenidade, difamação e *fighting words* são exceções categóricas à proteção da Primeira Emenda, por conta do seu conteúdo. A portaria usada para incriminar R.A.V. limita-se a *fighting words* que insultam ou incitam à violência com base na raça, religião ou gênero (SKELTON, [S.d.]b, tradução nossa).

Assim, *a priori*, o menor foi condenado por conta dos crimes que cometera. Entretanto, segundo o entendimento firmado no *decisum*, a cidade não pode, constitucionalmente, impor penalidades especiais nos interlocutores que discursam sobre certos assuntos, eis que existem outros meios para punir um defensor da conduta de queimar cruzes, mesmo que reconhecidamente repreensível (SKELTON, [S.d.]b, tradução nossa).

Por conta disso, as instancias ordinárias o absolveram, acatando a alegação de inconstitucionalidade da referida portaria em face da Primeira Emenda. Materialmente ofensiva à Constituição por ser excessivamente ampla ao definir a ação típica e, ao mesmo tempo, ser baseada no conteúdo (*content based*). Em grau de recurso, a Suprema Corte Estadual reverteu a decisão, entendendo pela constitucionalidade da lei, afirmando que as condutas ali criminalizadas configurariam *fighting words*, não abrangidas pela Primeira Emenda, e que o dispositivo legal serviria ao interesse governamental de proteger a

comunidade contra crimes de ódio (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 70). Posteriormente, na Suprema Corte, declarou-se a inconstitucionalidade da portaria.

Em síntese, há três momentos: a absolvição pelos órgãos ordinários, que entenderam a portaria como inconstitucional, a condenação pela Corte Estadual, que afirmou ser constitucional o diploma e atinente ao interesse público, e a absolvição pela Corte Constitucional americana, que firmou o novo paradigma.

O principal argumento para a inconstitucionalidade da portaria foi de que não cabe aos poderes estatais regular comportamentos com base na hostilidade ao discurso emanado, tampouco por favoritismo. Somente por conta dos efeitos de determinada fala é que pode o Estado proibir certas expressões, nunca pelo seu conteúdo (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 70-71).

Assim, somente em havendo efetivo dano à indivíduo ou grupo de indivíduos (efeito) é que se fala em penalizar discursos ofensivos, o mesmo não podendo ser dito no caso de criminalização por conta do conteúdo emanado na manifestação (SKELTON, [S.d.]b, tradução nossa).

Trazendo ao contexto brasileiro, mais especificamente ao tema trabalhado, a teoria da *imminent Lawless action* determinaria que discursos proselitistas só poderiam ser criminalizados no caso de, além de incitarem à discriminação, fosse esperado por parte dos adeptos de certa crença que seguissem tais orientações.

Assim, se mesmo havendo o discurso, por mais incitante ou ofensivo que possa ser, somente com perigo de ações iminentes e ilegais é que haveria sua adequação ao tipo penal do artigo 20 da Lei de Preconceito.

Exemplificando-se, a título de comparação, caso um líder religioso, num discurso, afirmasse que homossexuais devem padecer por serem pecadores, não seria razoável esperar que os ouvintes viessem a se tornar homicidas por conta de tal manifestação, de modo que não haveria qualquer ação ilegal iminente e, portanto, incabível punição ao líder.

Posto tal paralelo, cabe analisar a jurisprudência alemã, cuja qual possui entendimento diferente do americano, tendendo a valorar com mais peso a dignidade da pessoa humana frente à liberdade de expressão.

Historicamente, a jurisprudência alemã, na defesa da dignidade e da honra dos “inimigos da democracia”, tende a ponderar em favor da liberdade de expressão, como nos casos de *Lüth* e *Tucholski I*. Noutra senda, contudo, em sendo caso de debater o discurso de ódio contra valores da comunidade ou da democracia militante, prefere-se restrições à

liberdade de expressão em prol da dignidade da pessoa humana, como é nos casos da *Auschwitz Lie* e *Rudolf Hess* (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 82).

Com efeito, o Tribunal Constitucional Federal Alemão acaba por reforçar ideais de dignidade e honra em desfavor da liberdade de expressão dos indivíduos (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 82).

Em suma, apesar de casos esporádicos preferindo o direito à livre manifestação de ideias, a tendência daquele ordenamento jurídico é dar ênfase à dignidade humana, em sentido abissalmente oposto aos precedentes norte-americanos.

Desse modo, um caso interessante a ser tratado no presente trabalho é o da *Auschwitz Lie* (mentira de Auschwitz).

O processo trata sobre a possibilidade de admitir-se reunião em que o principal seminarista é conhecido por comumente negar a perseguição aos judeus no Terceiro Reich (TSCHENTSCHER, 2020).

Contextualizando-se, alguns observadores históricos revisionistas rejeitam o desenvolvimento alemão do pós-guerra, que, segundo tais, foi motivado por uma agitação anti-alemã e por um sentimento permanente de culpa. Além disso, acreditam que os natos do país devem discordar da responsabilidade exclusiva de Hitler pela Segunda Guerra Mundial e, ainda, da acusação de extermínio em massa do povo judeu em campos de concentração. É com base nessa situação que se justifica a previsão de que, na reunião, haverá a prática de infrações penais (TSCHENTSCHER, 2020).

Tratava-se, pois, de um “negacionista”, que se recusava a enxergar os fatos passados do modo como ocorreram, por serem contrários à sua teoria.

Nesse contexto, as circunstâncias permitiam concluir, com certo nível de probabilidade, que o organizador do evento, bem como seus participantes, apoiaria ou toleraria a denominada “mentira de Aushwitz”, teoria que nega a existência de câmaras de gás nesse campo de concentração e o extermínio dos judeus durante o Terceiro Reich (TSCHENTSCHER, 2020).

Sendo assim, a presunção de que o Holocausto seria negado quando da ocorrência desta reunião justificou a ação estatal para impedir que o ódio fosse proliferado no encontro.

Nessa senda, o Tribunal, por decisão majoritária, entendeu que negar ou duvidar do Holocausto seria o equivalente a desonrar os judeus perseguidos no nazismo. Há impossibilidade de negar a perseguição sem causar profunda humilhação e ofensa ao alvo da repressão (TSCHENTSCHER, 2020).

Vê-se, portanto, que o órgão constitucional levou em conta todo o histórico de perseguição aos judeus, além dos horrores do Holocausto, para justificar a intervenção no direito de reunião, frente a fortes indícios de que a honra judaica seria ali desrespeitada.

Com base nisso, firmou-se que a liberdade de expressão não é garantia absoluta, visto que a própria Lei Fundamental Alemã dispõe sobre limitações decorrentes de leis gerais e estatutárias de proteção à honra. Não obstante isso, não se pode ignorar o peso que existe no direito à livre manifestação de ideias quando da elucidação do caso em concreto (TSCHENTSCHER, 2020).

Como característico do método da ponderação, leva-se em conta a igualdade entre ambos os direitos em conflito, analisando-se as circunstâncias do fato para que se encontre a solução mais adequada.

O acórdão, portanto, fundamenta seu argumento numa distinção entre afirmações de opinião e afirmações de fatos. As primeiras devem ser livres, já que é impossível se afirmar a veracidade ou falsidade uma opinião. Contudo, as segundas podem passar por um crivo valorativo, eis que fatos podem, sim, ser constatados como reais ou fictícios (CAVALCANTE FILHO, 2014, p. 84).

Assim, a Corte entendeu que a declaração de que inexistiu perseguição aos judeus é uma afirmação de fato, pois comprovado historicamente via relatos e documentos de testemunhas oculares, conclusões de tribunais criminais e pela ciência histórica. Assim, por ser uma afirmação de fato, não goza da liberdade de expressão (TSCHENTSCHER, 2020).

Em síntese, para saber se certa manifestação está no âmbito de proteção da liberdade de expressão, a Corte Constitucional Alemã diferencia entre opiniões e fatos, cabendo tutela dos primeiros pelo direito fundamental comentado, enquanto que esta é incabível aos segundos, pois passam por crivo científico e histórico.

Trazendo tal concepção ao Brasil, tem-se que, para a criminalização do discurso contra homossexuais e transexuais, a manifestação deveria passar pelo crivo utilizado no precedente citado. Assim, em sendo caso de uma opinião, haveria proteção da liberdade de expressão, enquanto que uma afirmação de fato, emanada do proselitista, não seria abarcada pela tutela constitucional.

Exemplificando-se, caso um líder religioso, no seu discurso, afirmasse que homossexuais não merecem direitos, estar-se-ia falando em afirmações de opinião, de modo que, apesar de repreensível, obteria tutela pelo direito à liberdade de expressão. Por outro lado, caso esse líder afirmasse que transexuais são responsáveis pela existência do vírus da

AIDS, tratar-se-ia de afirmação de fato, não recebendo proteção pelo âmbito da norma jurídico-constitucional.

Em conclusão, duas são as contribuições trazidas dos precedentes, quais sejam: a teoria do *imminent Lawless action*, oriunda do direito norte-americano e mais liberal na defesa da liberdade religiosa, e o critério das afirmações de opinião e de fato, advindo do direito alemão, mais restritiva à liberdade de manifestação.

CONCLUSÃO

O principal escopo deste trabalho foi responder à indagação acerca da limitação do proselitismo religioso por conta da equiparação ao racismo de condutas homotransfóbicas, conforme a Lei do Preconceito, especialmente no tocante ao seu artigo 20.

Como verificado, o principal objetivo, que era justamente encontrar resposta ao problema trazido, foi alcançado, eis que o resultado desta pesquisa aponta para duas possíveis soluções, oriundas, respectivamente, do direito americano e alemão. Conforme visto, a preferência do ordenamento jurídico pátrio tende a ser a maior limitação ao proselitismo em favor da proteção das minorias LGBTI+, fato que caracteriza a primeira hipótese versada, embora, de plano, a segunda não seja descartada, já que a análise depende inteiramente do caso concreto.

Outrossim, os objetivos específicos alçados para a realização deste trabalho também foram atingidos. Vejamos.

A dignidade da pessoa humana como princípio-mor da Constituição Federal foi devidamente analisada, verificando-se que o principal instrumento para sua concretização são os direitos de personalidade, dos quais decorre a liberdade orientação sexual.

Ainda, abordou-se de forma efetiva o tema do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, analisando-se seus limites interno e externo, bem como o denominado núcleo essencial da norma, que é o mínimo protetivo sem o qual o preceito se esvazia.

Outrossim, os principais pontos da interpretação de princípios foram trabalhados, trazendo à tona os mais importantes pontos da hermenêutica constitucional, com especial destaque para a ponderação.

Já no segundo momento deste trabalho, discorreu-se sobre a liberdade religiosa, tratando-a como um *cluster right* (direito complexo), do qual emanam diversos feixes normativos, todos relacionados ao livre exercício de crença.

Verificou-se, também, o caráter instrumental da liberdade de expressão no tocante à matéria religiosa, visto que é por meio do proselitismo que o adepto de certa crença pode externalizar a sua fé e convencer outros indivíduos a aderirem a sua fé, característica inerente do fiel.

Por fim, com o escopo de compreender as soluções dadas pelo Tribunal Constitucional nos casos concretos, precedentes jurisprudenciais foram discutidos, notando-se especial ênfase ao direito à liberdade religiosa por parte do STF.

Na última parte desse trabalho, discutiu-se, doutrinariamente, o choque entre liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana, verificando-se a existência de duas linhas principais, uma oriunda da concepção alemã, que prefere garantir os direitos de personalidade em detrimento da liberdade de expressão, e outra advinda da vertente norte-americana, que tem como preferência justamente o contrário.

A mesma concepção foi percebida nos precedentes trazidos do direito comparado, em que se analisou dois casos da jurisprudência dos Estados Unidos, ambos preferindo a liberdade de expressão, e um do ordenamento jurídico alemão, que tem pretere este princípio em favor da dignidade da pessoa humana.

Com todos os pontos expostos, pode-se concluir que ambas as hipóteses apresentadas são plausíveis, tendo em vista que o julgador pode se embasar em diversos argumentos de cada uma das linhas interpretativas.

Assim, doutrinariamente falando, conforme as nuances do caso concreto, o órgão jurisdicional responsável por aplicar a norma ao fato tem a possibilidade de preferir a liberdade religiosa à proteção dos direitos de personalidade, entendendo que a conduta praticada pelo proselitista, mesmo que ofensiva, não se enquadra no conceito de racismo da lei n° 7.716/89.

Por outro lado, como visto, a jurisprudência brasileira, a fim de conceder especial tutela aos grupos vulneráveis da sociedade, tende a garantir a dignidade da pessoa humana, instrumentalizada pelos direitos da personalidade, em detrimento da liberdade de expressão religiosa.

Nesse sentido, o julgador do caso concreto, será inflexível com os discursos proselitistas ofensivos, aplicando ao fato a adequação típica ao artigo 20 da Lei do Preconceito, tratando, portanto, a manifestação como discurso de ódio.

Ressalta-se, ademais, que a melhor forma de aplicar a norma é analisar individualmente cada caso concreto, adotando-se os parâmetros trazidos no item 2.3 deste trabalho, para que se chegue à melhor conclusão possível para o deslinde da questão.

Por fim, o cerne desta pesquisa restou devidamente abordado, eis que a principal indagação proposta foi efetivamente respondida, verificando-se que a principal implicação ao proselitismo religioso, pela criminalização da homotransfobia, é a possibilidade de sua adequação típica ao crime de discurso de ódio, sempre que a manifestação atingir ao grupo minoritário desprotegido, alvo especial da tutela jurídica do Brasil.

A liberdade de expressão, somada à liberdade de crença, é preterida em prol da dignidade da pessoa humana, instrumentalizada por meio dos direitos de personalidade, e,

embora garantida constitucionalmente, tende a ser restringida quando utilizada para discursos ofensivos, mesmo que no âmbito religioso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 6, p. 211-252, 2005. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881/925>. Acesso em: 07 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade**. São Paulo: Unesp, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de Dezembro de 1996**. Brasília:1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

_____. **Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998**. Brasília: 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9612.htm. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília: 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216>. Acesso em: 21 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 27 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 389/MG**. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília: 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995>. Acesso em: 20 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082424%20RS>

22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 maio 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso em Habeas Corpus nº 134.682/BA**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>. Acesso em: 28 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 494.601/RS**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando de Brito. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade, **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**, n. 11, 2009. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/144/144>. Acesso em: 2 nov. 2021.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra (PT): Almedina, 2003.

CASTRO, Alexander de; NASCIMENTO, Gabriel Bassaga. Liberdade de Expressão frente à Liberdade Religiosa: Direitos Fundamentais em Conflito e Proteção de Direitos da Personalidade frente a Discursos de Ódio, **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)**, v. 7, n. 3, 2019.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O “discurso do ódio” na jurisprudência alemã, americana e brasileira: uma análise à luz da filosofia política**. 2014. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) – Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2184/2/Disserta%3f%3fo_Jo%3fo%20Trindade%20Cavalcante%20Filho.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

GOMES, Lucas Leocádio de Oliveira. **Proselitismo religioso no Brasil: entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21997/1/2018_LucasLeocadioDeOliveiraGomes_tcc.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Direitos Humanos e (in) tolerância religiosa: Laicismo – proselitismo – fundamentalismo – terrorismo**. 2011. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/5668/1/Antonio%20Baptista%20Goncalves.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

GUASTALE, Ana Laura Grilo; GODOY, Sandro Marcos. **A liberdade religiosa no Brasil – evolução histórica – da difusão ao exercício**, Encontro de Iniciação Científica do Centro Universitário Antonio Eufrásio De Toledo de Presidente Prudente, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5516>. Acesso em: 21 out. 2021.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 9, dez./2006. Disponível em:

<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

HOWARD, Jeffrey. Free Speech and Hate Speech, **Annual Review of Political Science**, [Londres?], v. 22, maio, 2019, p. 93-109. Disponível em:

<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-polisci-051517-012343>. Acesso em: 10 maio 2022.

LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun., 2004. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEYTER, Bruna; PARANHOS, Elias N. A influência da democracia na promoção e aplicação das liberdades substantivas. *In.*: PILAU SOBRINHO, Liton Lanes *et al.* **Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais**. Itajaí: UNIVALI, 2019.

Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e suas limitações: breves reflexões. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Antonio Leal de *et al.* Os limites à liberdade de expressão na era da (des)informação: novas fronteiras e perspectivas para a efetivação dos direitos

fundamentais. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 187-203, jul./dez. 2021. <http://doi.org/10.5585/r tj.v10i2.16930>.

PINTO, Lara de Coutinho. **Proselitismo religioso e discurso de ódio**: reflexões sobre os limites da liberdade de expressão religiosa. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/36946/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Lara%20de%20Coutinho%20Pinto.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

ROCHA, Pachoal Silveiras Baptista Gomes da; LIMA, Marco Aurelio Brasil. Proselitismo Religioso: um direito inconveniente, **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun., 2018, p. 112-130.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1998, p. 15-24. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13488/13488_3.PDF. Acesso em: 02 maio 2021.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso de ódio nas mídias sociais, **Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, set./dez., 2019, p. 1207-1233. Doi: 10.21783/rei.v5i3.428.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun., 1998, p. 89-94.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SKELTON, Chris. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), **Justia**, [Mountain View, California, EUA?], [S.d.]a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 17 maio 2022.

SKELTON, Chris. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), **Justia**, [Mountain View, California, EUA?], [S.d.]b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>. Acesso em: 17 maio 2022.

SOARES, Soraine-Dê-Vanessa Gomes. O direito de crença e o direito a educação daqueles que fazem a guarda sabática. **Revista Aporia Jurídica**, Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 6. ed., v. 1, jul/dez, 2016, p. 411-422.

TAVARES, Sérgio Luís; MENDES, Márcio Dodds Righetti. Proselitismo negativo e o equilíbrio das liberdades, **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unirio**, v. 2, n. 2, jul./dez., 2020. Disponível em: <http://seer.unirio.br/rdpp/article/view/10483/9599>. Acesso em: 20 nov. 2021.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito de Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/publico/liberdade_religiosa_completa.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

TSCHECHTSCHER, Axel. BVerfGE 90, 241 – Auschwitzlüge, **Rechtphilosophie**, [Berna, Suíça?], mar., 2020, tradução: Google Tradutor. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html#Opinion>. Acesso em: 17 maio 2022.

VIOLANTE, João Luís Mousinho dos Santos Monteiro. **O caso Ellwanger e seu impacto no direito brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica da São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5345/1/Joao%20Luis%20Mousinho%20dos%20Santos%20Monteiro%20Violante.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.