

LUCAS MIRANDA

O DELITO DE DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA:
limites entre a crítica legítima à religião
e o discurso discriminatório

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

PREFÁCIO

Não existe república sem laicidade.

A ideia central de um sistema republicano é uma rígida separação da coisa pública e dos interesses privados. Na república, o Estado não é de um rei, que poderia passá-lo a seus herdeiros. Não é de empresas que poderiam se apropriar de seus lucros. E não é também de times de futebol, nem de Igrejas. Então o Estado jamais poderia ser utilizado para captar torcedores ou fiéis. Isso é básico. Ou, ao menos, deveria ser.

Em estados corruptos, nos quais políticos e empresários se apropriam da coisa pública para sugar-lhe dinheiro, cargos e todo tipo de privilégio, é previsível que as religiões também lutem por sua fatia do bolo. O cidadão vai ao médico e paga impostos. Vai ao supermercado comprar arroz e feijão e paga impostos. Matricula-se em um curso e paga impostos. Mas há um incentivo estatal para que ele vá a igrejas: lá ele não paga impostos. Ainda que muitos acabem por pagar o dízimo.

Não bastasse o incentivo fiscal para a prática das religiões, os cofres públicos brasileiros ainda arcam com os custos do ensino confessional em escolas públicas. Uma escandalosa apropriação da coisa pública pelo interesse privado. Isso para não falar da publicidade religiosa gratuita nas paredes dos tribunais de todo o país.

A apropriação da coisa pública pelas religiões no Brasil é algo tão corriqueiro que é defendido por muitos como “tradição”.

De todas as violações ao Estado laico há uma, porém, ainda mais aterradora. Não se trata de uma lesão ao patrimônio do pagador de impostos, mas de uma restrição à sua liberdade de expressão. Refiro-me à criminalização da discriminação religiosa, prevista no art. 20, caput, da Lei 7.716/89.

Este livro de Lucas Miranda, fruto de sua dissertação de mestrado que tive a alegria de orientar na UFMG, é justamente sobre isso. Seria razoável equiparar a discriminação religiosa ao racismo? Ou as religiões, como conjuntos de ideias que são, deveriam se sujeitar à crítica irrestrita, tal como ocorre com outros sistemas de ideias, como o liberalismo, o marxismo e o nazismo?

Partindo do paradigmático “Caso Ellwanger” e da análise do discurso nos votos dos ministros do STF, Lucas desenvolve uma análise detalhada da aplicação do princípio da liberdade de expressão no Direito Constitucional Brasileiro. Sua crítica à “ponderação de princípios”, adotada pelos ministros, é demolidora e abarca não só a questão da discriminação religiosa, mas toda a hermenêutica constitucional.

Em contraponto, apresenta as premissas do garantismo penal no trato do tema, aplicando-o a casos concretos para demonstrar sua coerência sistêmica. E eis aqui um dos pontos fortes da obra de Lucas: não se trata de mera teoria abstrata. Há exemplos concretos de sua aplicação, tanto na solução de casos hipotéticos, quanto de casos célebres nos tribunais brasileiros.

Um trabalho de inegável transparência intelectual. Concorde ou discorde dele, os argumentos estão todos postos na mesa de forma absolutamente leal e objetiva. Algo raro no meio acadêmico hoje em dia, em que ideias inseguras muitas vezes são travestidas de abstrações teóricas para se esquivarem de qualquer verificação concreta.

Ao final, a melhor interpretação do art. 20, caput, da Lei 7.716/89 que já pude ler. Objetiva, com sólida base teórica e perfeitamente aplicável à solução de casos concretos. Um primor no meio de tantos palpites apressados que se tem visto sobre o tema.

O genial Carl Sagan, em uma belíssima metáfora, definiu a ciência como uma vela na escuridão. E é assim que vejo este livro de Lucas, em um tempo em que a obscuridade religiosa pulula em nosso país.

Gostaria de sonhar que os ministros do STF e seus assessores lerão esta obra e acolherão sua proposta, mesmo contra todas as pressões religiosas em contrário. Mas não sou tão otimista assim.

As luzes do Iluminismo não são feitas de supernovas, mas de pequenas velas acesas no breu. Felizmente estas pequenas chamas têm o condão de alimentar outras e outras. E assim permanece acesa a esperança.

Que este livro de Lucas possa alimentar uma nova geração de juristas brasileiros que levem o princípio da laicidade efetivamente a sério. E que um dia possamos proclamar efetivamente a república em nosso Brasil.

Belo Horizonte, janeiro de 2022.

TÚLIO VIANNA

Professor da Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
PREFÁCIO	9
LISTA DE SIGLAS	13
1. INTRODUÇÃO	19
1.1. Temática do trabalho.....	19
1.2. Casos que inspiraram a pesquisa.....	21
1.3. Quanto ao tipo penal a ser analisado.....	23
1.4. Quanto à vertente jurídico-dogmática da pesquisa.....	24
1.5. Quanto às circunstâncias elementares do tipo penal.....	25
1.6. Da possibilidade de diferenciação	28
1.7. Do método de diferenciação	31
1.8. Metodologia	32
2. CASOS HIPOTÉTICOS.....	35
3. O CASO <i>ELLWANGER</i> E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS	39
3.1. Breve relato do <i>Caso Ellwanger</i>	40
3.2. Análise dos votos selecionados.....	47
3.2.1. O voto do Ministro Gilmar Mendes	47

3.2.2. O voto do Ministro Marco Aurélio Mello	52
3.2.3. O voto do Ministro Celso de Mello	61
3.3. Avaliação da aplicação do princípio da proporcionalidade no Caso <i>Ellwanger</i>	64
3.3.1. Breve panorama do princípio da proporcionalidade	65
3.3.2. Não cumprimento dos requisitos teóricos no Caso <i>Ellwanger</i>	74
3.3.3. Problemas do método: dificuldades na aplicação da ponderação no Direito Penal	79
3.3.3.1. Ponderação e finalidade da pena	79
3.3.3.2. Ponderação e legalidade	85
3.3.3.3. Ponderação e cognitivismo processual ..	97
3.3.3.4. Ponderação e causa de justificação do exercício regular de direito.....	108
3.4. A utilização do Caso <i>Ellwanger</i> como precedente no caso UDR	113
3.5. Conclusões parciais.....	116
4. MODELO GARANTISTA DE RESPONSABILIDADE PENAL.....	119
4.1. A concepção de direitos fundamentais como regras de escopo determinado.....	119
4.2. Fundamentos do sistema penal garantista	131
4.2.1. Separação entre direito e moral	131
4.2.1.1. O fundamento constitucional da laicidade do Estado brasileiro.....	139
4.2.2. Princípio da legalidade	151
4.2.3. Princípio da lesividade	160

4.2.3.1. Sentimentos como referenciais de criminalização.....	171
4.3. A tutela do sentimento religioso no <i>Caso Von Helde</i>	181
4.4. Conclusões parciais.....	184
5. DELIMITAÇÃO DO TIPO PENAL.....	187
5.1. Delimitação do bem jurídico.....	187
5.1.1. A dignidade humana.....	188
5.1.2. A paz ou a segurança pública.....	196
5.1.3. A igualdade.....	203
5.1.4. A liberdade individual.....	210
5.2. Interpretação do tipo penal do art. 20 da lei de discriminação.....	217
5.2.1. Definindo os termos preconceito e discriminação.....	217
5.2.2. Delimitando as condutas de praticar, induzir e incitar discriminação.....	225
5.3. Aproximação ao modelo apresentado no <i>Caso Canção Nova</i>	239
5.4. Definindo o que não é liberdade de expressão.....	243
5.5. Conclusões parciais.....	254
6. RESOLUÇÃO DOS CASOS HIPOTÉTICOS.....	259
7. CONCLUSÕES.....	265
REFERÊNCIAS.....	269

INTRODUÇÃO

1.1. Temática do trabalho

Em 17 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal (STF) finalizou o julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.424/RS, que se tornou um dos precedentes mais relevantes da Corte. O *Caso Ellwanger* – como ficou conhecido – é, sob muitos aspectos, um marco na memória do judiciário brasileiro. Em primeiro lugar, por abordar um tema que se reveste de significativo interesse social: o direito à liberdade de expressão.¹ Em segundo, por ter firmado um precedente frequentemente mencionado pelos Tribunais de Justiça estaduais do país. Por derradeiro, por ter sustentado, recentemente, a modificação jurisprudencial acerca da possibilidade de enquadramento de condutas discriminatórias em razão de orientação sexual ou identidade de gênero nos tipos penais da Lei n. 7.716, de 1989 (Lei de Discriminação).²

De forma sucinta, pode-se dizer que o *Caso Ellwanger* constitui hoje o principal entendimento jurisprudencial brasileiro acerca dos

1. O presente trabalho utilizará os termos *liberdade de expressão*, *liberdade de manifestação* e *liberdade de manifestação do pensamento* de forma indistinta, referindo-se sempre ao direito previsto no art. 5º, inciso IV, da Constituição da República.

2. Também utilizará o termo *Lei de Discriminação*, ao contrário dos termos comumente utilizados, Lei Caó ou Lei de Racismo, para designar a Lei nº 7.716/89. Será demonstrado ao longo do trabalho o motivo pelo qual se acredita que essa denominação seja a mais adequada.

limites do direito constitucional à liberdade de expressão. Não fosse suficiente, sua relevância é intensificada por, atualmente, no sistema jurídico nacional, o território desse direito fazer fronteira com o território do Direito Penal. Assim, muitas vezes, não há margem de manobra para aquele que se vê saindo do terreno da liberdade de expressão, e cruzar essa fronteira nem sempre levará primeiramente ao campo dos ilícitos que ensejam a responsabilidade civil. A partir do *Caso Ellwanger*, estabeleceu-se que ultrapassar a linha que demarca a liberdade de expressão pode suscitar, imediatamente, a responsabilidade penal.

No entanto, apesar de sua inquestionável relevância, o precedente não apresentou referenciais para a definição da extensão da liberdade de expressão ou para a tipicidade objetiva do delito previsto no art. 20 da Lei de Discriminação. A utilização da ponderação de princípios em alguns dos votos do julgamento pode ser apontada como o principal motivo para essa indeterminação. A análise dos votos demonstra que a fundamentação da decisão recaiu principalmente sobre a possibilidade de limitação do direito à liberdade de expressão por outra garantia constitucional: a dignidade humana. No entanto, concluir que a liberdade de expressão pode ser limitada não diz nada sobre as referências materiais de sua extensão.

Para solucionar essa indeterminação, o presente trabalho procurará responder à questão: quais condutas podem ser enquadradas no crime de praticar, induzir ou incitar a discriminação de pessoas em razão de crenças religiosas, nos termos do art. 20 da Lei de Discriminação?

Trata-se de identificar onde está traçada, por um lado, a linha que demarca o conteúdo do discurso que se subsume à norma do tipo penal de discriminação religiosa e, por outro, onde pode ser traçada a linha que demarca o conteúdo do discurso acobertado pelo direito à liberdade de expressão. Busca-se avaliar se pode haver sobreposição dessas duas linhas ou se, ao contrário, entre elas há um território de atos e falas que, mesmo não estando acobertados pela liberdade de expressão, ainda não são suficientes para ensejar a resposta penal – e, conseqüentemente, ficam a cargo da responsabilidade civil.

Embora a literatura jurídica nacional já tenha se ocupado de maneira importante sobre o tema, há ainda espaço para a discussão de questões relevantes na maioria dos pontos abordados no julgamento e sedimentados como precedentes – especialmente sob a ótica do Direito Penal. Da perspectiva do presente trabalho, procura-se apresentar uma contribuição à discussão utilizando-se do substrato teórico fornecido pelo garantismo penal, formulado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Como será demonstrado ao longo do trabalho, a perspectiva adotada para abordar a questão dos limites da liberdade de expressão difere essencialmente da utilizada no precedente do STF. A fim de justificar a abordagem escolhida, pretende-se demonstrar a excessiva abstração que marca a fundamentação jurídica apresentada no *Caso Ellwanger* e a conseqüente indefinição de parâmetros de delimitação da conduta penalmente proibida. Características que, se de um lado, não engessam a aplicação do Direito, de outro, ferem os princípios da estrita legalidade e da divisão de poderes, bem como impedem que uma pessoa possa orientar seu comportamento de acordo com a norma penal. A abordagem aqui defendida, acredita-se, traz duas vantagens fundamentais: mais simplicidade de aplicação na prática judicial e efetividade no cumprimento das garantias constitucionais.

1.2. Casos que inspiraram a pesquisa

Casos apreciados pelo Judiciário brasileiro evidenciam a relevância da indagação indicada como objeto deste estudo. Para demonstrar a falta de harmonia jurisprudencial, abordam-se três casos que deram início às reflexões deste trabalho: os *Casos Canção Nova*, *Sérgio Von Helde* e *União Democrática Ruralista (UDR)*.

No primeiro, um padre da Igreja Católica – fundador da comunidade Canção Nova – foi denunciado pela suposta prática do crime de incitação à discriminação religiosa. Na denúncia, o Ministério Público da Bahia apontou que o clérigo, na obra *Sim, Sim, Não, Não! Reflexões de cura e libertação*, sugeriu que os rituais das religiões de matriz africana e do espiritismo eram, na realidade, práticas de adoração ao demônio. Em razão dessas duas condutas, teria o padre cometido o delito tipificado no art. 20 da Lei de Discriminação (em sua figura qualificada, por ter sido cometido por meio de publicação de livro).

O segundo também ficou conhecido como o “caso do chute na santa”. Em 12 de outubro de 1995, o bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Sérgio Von Helde, durante apresentação de programa televisivo, realizou ofensas verbais perante a imagem de Nossa Senhora Aparecida. O pastor protestava contra o feriado nacional a ela dedicado e contra o seu título de padroeira do Brasil. Nesse protesto, questionou a sacralidade da imagem, dizendo que Deus não poderia se manifestar em um boneco “feio”, “horrível”, “desgraçado”. Além disso, desferiu chutes e empurrões em uma escultura da santa. Por essas condutas, o bispo foi acusado de ter cometido o delito do art. 20 da Lei de Discriminação, em concurso com o delito de vilipêndio público de objeto de culto religioso, nos termos do art. 208 do Código Penal (CP).

O terceiro caso diz respeito à banda mineira UDR. O Ministério Público de Minas Gerais indicou que as letras das músicas da banda eram depreciativas e desrespeitavam o cristianismo, o islamismo e seus objetos de culto e adoração, notadamente a cruz, o alcorão e Jesus Cristo. Em consequência, cantar e divulgar essas letras – que inegavelmente se mostravam desrespeitosas e impolidas – foram consideradas condutas abarcadas pela norma penal do art. 20 da Lei de Discriminação (também em sua figura qualificada, pelo fato de as músicas terem sido veiculadas na *internet*).

Os três casos receberam tratamentos muito diversos no Judiciário. O processo penal no primeiro caso foi trancado por meio de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 134.682/BA. A Primeira Turma do STF considerou a conduta do agente atípica, estando acobertada pela liberdade de *proselitismo*, que consistiria em uma faceta da liberdade de expressão *religiosa*. Nos demais casos, a conclusão foi diferente. No segundo, o bispo foi condenado pelos dois delitos em primeira instância. Em apelação, o Tribunal de Justiça constatou a prescrição do crime previsto no CP, mas manteve a condenação a título de prática, induzimento e discriminação religiosa.³ O terceiro caso importou na condenação dos dois membros da banda pela prática

3. Pode-se depreender do acórdão condenatório (apelação criminal n. 238.705.3/0; TJSP, Relator; data de publicação) que Von Helde foi condenado pela prática dos três verbos nucleares presentes no tipo penal do art. 20 da Lei nº 7.716/89. Consta da de-

de incitação à discriminação religiosa em primeira instância e perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).⁴

Para além da mera diferença no resultado dos processos, a análise dos métodos utilizados para averiguar se as condutas configuravam um injusto penal é ainda mais relevante para o presente estudo. Os três casos chegam a conclusões diferentes, pois utilizam métodos diversos para aferir os contornos da tipicidade objetiva e da antijuridicidade dos crimes previstos no tipo penal aberto do art. 20 da Lei de Discriminação. É exatamente a análise desses métodos que será realizada.

1.3. Quanto ao tipo penal a ser analisado

Este estudo é uma tentativa de oferecer respostas à indagação sobre quais condutas são abarcadas pelos verbos *praticar*, *induzir* e *incitar* a discriminação religiosa, previstos no *caput* do art. 20 da Lei de Discriminação. Não serão objeto do presente trabalho, portanto, os tipos penais dos arts. 140, § 3º, e 208 do CP. No entanto, é importante diferenciar brevemente as condutas que configuram esses tipos penais para esclarecer o escopo da investigação. O art. 140, § 3º, do CP trata da conduta de injuriar alguém, utilizando de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem étnica ou condição de pessoa idosa ou com deficiência. Como uma injúria, a conduta é comumente indicada como lesiva à honra subjetiva, considerada como uma pretensão de respeito associada a uma pessoa individual. Sem entrar nos problemas específicos desse bem jurídico, o importante é demonstrar que as condutas que configuram injúria devem lesar a honra de sujeitos passivos *determinados*. Diferentemente, as condutas tipificadas na Lei de Discriminação referem-se a atos que se voltam a *todo o coletivo*, não sendo possível indicar, com precisão, todos os indivíduos lesados por um discurso discriminatório.

O art. 208 do Código Penal, por sua vez, diz respeito a três condutas diversas. Escarnecer alguém por motivo religioso consiste

cisão: “As condutas do réu se subsomem nos três núcleos do tipo em comento; não só ele praticou a discriminação e o preconceito de religião, como ainda induziu e incitou outrem a fazê-lo” (SÃO PAULO, 1999, p. 7).

4. Autos n. 2667033-92.2012.8.13.0024; TJMG. Cf. MINAS GERAIS, 2017.

em limitar o livre exercício de uma religião por meio de uma espécie de *bullying religioso*. O impedimento ou a perturbação a cerimônia ou prática de culto religioso é uma conduta que lesa o direito à liberdade religiosa por impedir que pessoas determinadas possam professar sua fé. Por fim, a conduta de vilipendiar objeto de culto religioso diz respeito à prática de quebrar ou vandalizar um objeto que esteja efetivamente sendo utilizado pelos fiéis na manifestação de sua religiosidade. Todas essas modalidades típicas foram devidamente discutidas em outra oportunidade.⁵ Para fins deste trabalho, o importante é destacar que essas condutas são punidas por interferirem diretamente na liberdade dos fiéis de *exercerem sua religião* sem serem incomodados. O art. 20 da Lei de Discriminação não trata efetivamente de condutas que impedem práticas de atos religiosos, mas que discriminam pessoas por suas crenças – independentemente do ambiente ser religioso ou não.

1.4. Quanto à vertente jurídico-dogmática da pesquisa

A presente pesquisa tem a finalidade de interpretar o ordenamento jurídico vigente de acordo com as garantias constitucionais e definir, a partir dessa análise, os limites do tipo penal do art. 20 da Lei de Discriminação. Dessa forma, é uma investigação que se levará a cabo por critérios de avaliação intrajurídicos.⁶

Possivelmente, as conclusões às quais se chegará – de que algumas condutas não se amoldam ao tipo penal – podem gerar desconforto no leitor. Se esse for o caso, importante esclarecimento se faz necessário. Conclusões de que determinada conduta não se encontra no âmbito do tipo penal do artigo analisado não significam a desnecessidade de criação de novos tipos penais. Na realidade, no curto espaço desta pesquisa não seria possível realizar essa análise eminentemente político-criminal sobre a necessidade ou desnecessidade de criação de tipos penais – discussão de *legitimação externa* ou *justificação*.

Da mesma forma, não se analisará se o tipo penal do art. 20 da Lei de Discriminação deveria ou não existir de acordo com aspectos

5. Para uma análise detida deste tipo penal, cf. Vianna e Miranda (2020).

6. Utiliza-se o termo conforme a conceituação de Ferrajoli (2014a, p. 199).

político-criminais. Apenas se – e, se sim, em qual medida – sua existência pode ocorrer respeitando os direitos individuais garantidos pela Constituição da República (CR). Destaca-se que as duas análises acima mencionadas são de evidente importância e somente não serão realizadas, pois fogem ao escopo do presente trabalho. Acredita-se, no entanto, que esta pesquisa suscitará em vários leitores as questões acima colocadas. Espera-se que essas portas abertas sejam vistas não como deméritos da investigação, mas como um convite para que outros pesquisadores se disponibilizem a aprimorar o debate.

1.5. Quanto às circunstâncias elementares do tipo penal

No âmbito do art. 20 da Lei de Discriminação,⁷ deve-se distinguir quais as circunstâncias elementares típicas serão abordadas no trabalho. A norma penal em apreço trata de um tipo penal *misto*, que apresenta três verbos nucleares (praticar, induzir e incitar) e cinco elementares (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional). O presente trabalho versará sobre a realização dos três verbos típicos sob a elementar *religião*.

A despeito da escolha legislativa de incluir as discriminações religiosas no mesmo tipo em que se encontram as discriminações de raça, cor, etnia e procedência nacional, acredita-se que as motivações que sustentam as ações típicas nos dois casos são muito diversas. Primeiramente, conforme assevera Rafael Alcácer Guirao (2017, p. 70), a identificação de um grupo de indivíduos com uma religião – ao contrário de outras identidades relacionadas a etnia, cor ou gênero – é cultural, de modo que sua adesão não é genética ou biológica, mas convencional e voluntária.⁸

7. “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989, s. p.).

8. A esse respeito, assevera o autor espanhol: “é importante salientar que, ao contrário de outras características que definem os grupos sociais como a etnia ou o gênero, a identidade religiosa é – se é isso que lhe queremos chamar – puramente cultural, na medida em que a sua atribuição não é biológica ou genética, mas convencional. Formam-se grupos religiosos em torno de certos padrões culturais adquiridos pelos seus membros através da socialização e interação com outros praticantes de tais ritos e tradições; padrões e crenças que, apesar das constrições sociais, são assumidos voluntariamente, tal como o vínculo de identidade. A identidade religiosa, portanto, é adquirida, decidida e exercida livremente pelos seus membros” (GUIRAO, 2017, p. 70, tradução nossa).