



As Religiões Afro-Brasileiras e o Direito Penal: Por uma Nova Interpretação

Afro-Brazilian Religions and Criminal Law: For a New Interpretation

Gustavo Ernandes Jardim Franco¹
Leonardo Antonacci Barone Santos²

Resumo:

A história brasileira sempre mostrou o direito penal se voltando contra as religiões de matriz afro-brasileira, tipificando-as como condutas antissociais desde o Código Penal de 1850. O atual código não proíbe, embora ao artigo 208 tenha sido dada uma interpretação que exclui essas religiões minoritárias do seu alcance de proteção. Nesse sentido, busca se desconstruir as razões jurídicas dessa interpretação excludente. Em um primeiro momento, analisa a doutrina do tipo penal e mostra as impropriedades dessa interpretação, a partir da noção do bem jurídico tutelado. Em seguida, pugna pela interpretação constitucionalmente adequada do artigo. Ao fim, delinea os contornos jurídicos do discurso de ódio que envolve as religiões afro-brasileiras e as religiões evangélicas.

Palavras-Chave: Religiões afro-brasileiras. Liberdade de crença. Crimes contra o sentimento religioso. Discurso de ódio.

Abstract:

Brazilian history has always shown criminal law turning against afro-brazilian religions, typifying them as antisocial behavior since the Penal Code of 1850. The current code does not prohibit them, although its article 208 has always been interpreted in a way that excludes so-called minority religions from its protection. Deconstruction of the legal reasons for this restrictive interpretation is sought. First, it analyzes the doctrine of the penal type and shows the inadequacies of this interpretation, from the notion of legal interest. Then advocates the constitutionally appropriate interpretation of the article. Finally, outlines the legal contours of hate speech involving Afro-Brazilian religions and protestant religions.

Keywords: Afro-brazilian religion. Freedom of belief. Crimes against the religious sense. Hate speech.



¹ Graduando em Direito pela UFMG

² Graduando em Direito pela UFMG. Bolsista de Iniciação Científica/CNPQ. Monitor de Teoria da Constituição.

I. Introdução

O sentimento religioso está bastante presente na cultura e vida do brasileiro. Ainda que tenhamos logrado a laicidade, é inegável que as religiões, principalmente as cristãs, exercem efeitos sobre a realidade política e jurídica do Brasil – e, feliz ou infelizmente, é no mínimo improvável que fosse diferente.

Não apenas em nossa história mas na de todo ocidente, existiram momentos em que os conceitos de Estado e Fé se encontravam atrelados. Um atentado contra a religião é sancionado pelas mãos do Estado, bem como a religião garante alguma legitimação e justificação para o Poder Político. Para PRIORE, a religião era aspecto de primeira relevância na cultura colonial, e nosso país nasceu sobre à sombra da cruz:

Não apenas da que foi plantada na praia do litoral baiano, para atestar o domínio português, ou da que lhe deu nome – Terra de Santa Cruz -, mas da que unia Igreja e Império, religião e poder. Essa era uma época em que parecia impensável viver fora do seio de uma religião. A religião era uma forma de identidade, de inserção num grupo social – numa irmandade ou confraria, por exemplo – ou no mundo. (PRIORE, 2010, p. 28),

Pode temporal e Poder religioso se fundiram de maneira simbiótica no Padroado, pelo qual o Estado brasileiro tinha sua religião oficial inscrita na Constituição.

Com o tempo, quebramos esse paradigma, inclusive para permitir a contemplação de cultos que diferem daquele majoritário, todos dignos de proteção jurídica. A Constituição de 1891 afirmou a liberdade religiosa e pôs fim ao padroado. Contudo, os brados republicanos não chegaram nas periferias brasileiras, de forma que, no tocante a matéria religiosa, se mantiveram aqueles preconceitos que influenciaram – e ainda influenciam – o Direito em desfavor de religiões minoritárias.

Ainda hoje, práticas como as da Umbanda ou do Candomblé sofrem preconceito frequente não só pela população em geral, que nutre concepções errôneas sobre sua organização, mas pelos próprios membros do sistema que deveria protegê-las: o Estado. Em maio de 2014, o juiz Eugenio Rosa de Araujo, titular da 17ª Vara Federal, ao apreciar pedido do Ministério Público Federal de retirar do Youtube vários vídeos com ofensas à Umbanda e ao Candomblé, incluindo de pastores evangélicos que disseminavam ódio contra elas, não só negou o pedido como declarou que as crenças afro-brasileiras “não contém os traços necessários de uma religião” (BRISOLLA, 2014, p.1).

Contudo, essa situação não é sustentável dentro de um Estado Democrático de Direito e urge por mudanças. O presente estudo foca no artigo 208 do Código Penal, pugnando por uma interpretação constitucionalmente adequada que inclua religiões minoritárias, de forma que uma

religião e seus adeptos devem estar sob proteção do poder estatal, independentemente de sua origem ou de suas particularidades.

Quais são os traços realmente necessários de uma religião senão a existência do sentimento religioso? Religiões majoritárias, como a Católica e Evangélica, apesar de divergências, reconhecem certa “legitimidade” umas nas outras e até mesmo em outras que, apesar de não tão amplamente difundidas, tem número expressivo de praticantes (e representação midiática), como o Judaísmo. Nesse sentido, seus membros buscam a tutela penal através do artigo 208, tipo de suma importância para que não sejam vilipendiados, incomodados ou difamados.

Simultaneamente, entretanto, o Candomblé, a Umbanda e outras crenças minoritárias, afro-brasileiras ou não, mesmo que também tenham grande número de praticantes e estejam enraizadas na cultura brasileira, não são reconhecidas enquanto religião “oficial” e tornam-se vítimas não apenas das condutas que o art. 208 supostamente evitaria, mas de ataques como o do juiz federal citado.

Sob o império da Constituição Cidadã, surgem palpáveis esperanças. O artigo 208, se utilizado de acordo com uma interpretação correta, será direcionado ao fim da ignorância, do preconceito e do ódio, e cumprirá seu objetivo mais importante: dar voz ao direito a diferença e proteger e zelar por todo brasileiro, independente de origem.

II. Análise doutrinária do artigo 208

Objetivando uma compreensão crítica do tipo penal questionado, deve-se primeiro perpassar por alguns assuntos básicos e iniciais para que depois se avance sobre o conteúdo deste estudo. Segue o artigo para melhor leitura:

Art 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa
Parág. Único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

É objetivo do artigo 208 do Código Penal proteger o extremamente abstrato *sentimento religioso*, ameaçado pelas ações previstas na norma. É protegida ainda a *liberdade de culto e de crença* (PRADO, 2010), tal como prevê o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal: “VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988).

O Código de 1940, a sua época, apresentou inovações quanto ao bem jurídico. Diferentemente do Código anterior, o legislador optou por destacar os crimes contra os cultos religiosos dos crimes contra a liberdade individual. Dessa forma, a atenção maior não é tanto mais para a liberdade de crença, embora ainda seja relevante, mas para a própria religião e o senso religioso. Como diz a Exposição de Motivos n. 68, o Código mudou “pois o que passa a ser, precipuamente, o objeto da proteção penal é a religião como um bem em si mesma” (BRASIL, 1940).

Sendo esses os bens jurídicos tutelados, objetos de interesse em questão, deve-se entender que não é relevante a religião atingida. O que o artigo 208 do Código pretende é tutelar o sentimento religioso tomado como interesse ético, nos termos do anunciado no próximo item. Nessa sintonia, o abrigo não pode ser exclusivo para aquelas maiores religiões monoteístas, cristianismo, islamismo e judaísmo. O Direito não protege Jesus Cristo, a bíblia, a missa, o padre e a hóstia. Na verdade, ele deve tutelar todas as concepções religiosas, na medida em que a lesão a qualquer religião afeta esse interesse ético da sociedade em conservar e abrigar o senso religioso.

Mais a frente, diga-se que poderá ser sujeito ativo do delito qualquer pessoa, sem quaisquer impedimentos ou pré-requisitos. Não é necessário que alguém, para ser apto a praticar a conduta tipificada, tenha qualquer característica específica. É delito, pois, comum e inclusive indivíduos pertencentes à religião ultrajada podem praticá-lo ou, como lembra Bitencourt (2014), pastores e sacerdotes qualquer crença podem figurar como autores do delito.

É importante também delinear o sujeito passivo do delito, cuja figura se estende desde pessoa física até a coletividade. Tendo em vista que o tipo em comento não se presta para tutelar uma ou outra característica religiosa, mas todo o sentimento religioso, torna-se difícil precisar quem sofrerá o crime e em quais circunstâncias. Nesse sentido:

Alguns o determinam crime vago, em razão da indeterminação do sujeito passivo, pois protegeria interesses coletivos (sentimento religioso e liberdade de culto), sendo o sujeito passivo imediato desse crime a coletividade e, mediatamente, a pessoa que sofrer a ação diretamente. (BITTENCOURT, 2014, p. 459)

É impossível identificar algo que incorpore e represente a completude do sentimento religioso. Ainda assim, o artigo visa a proteger os cultos, cerimônias, edificações, imagens e as pessoas que professam a fé. Não se faz necessário, pois, que haja um sujeito passivo estável e perfeitamente identificável, porque a religiosidade e a fé, por serem tão abstratas, não permitem essa precisão.

Em análise mais minuciosa, note-se ainda, que o próprio tipo penal diferencia, em alguma medida, o sujeito passivo em cada hipótese. Em “escarnecer **alguém** publicamente”, passivo é o indivíduo zombado; Em “impedir ou perturbar **cerimônia ou prática de culto religioso**”, se fere a

coletividade, igualmente na hipótese de “vilipendiar publicamente **ato ou objeto de culto religioso**” (BITENCOURT, 2014).

Temos então que o tipo penal descrito é de amplo alcance. Não são feitas diferenciações entre religiões e o delito se aplicaria a quaisquer práticas, atos, cerimônias ou demonstrações de sentimento religioso. Objetivamente, a lei tem aptidão para proteger práticas religiosas de qualquer tipo, ainda que a interpretação esbarre em preconceitos ou desentendimentos, como é o caso das religiões afro-brasileiras em comento.

Cada uma das três modalidades previstas no artigo contam com suas particularidades. A primeira conduta prevista no dispositivo, **escárnio por motivo de religião ou função**, diz respeito à troça, zombaria, invariavelmente pública e amplamente divulgada, a pessoa por motivo de crença ou religião. A ofensa deve se erigir contra a pessoa específica, e não contra o grupo religioso (BITTENCOURT, 2014, p.461). Não é necessário que a pessoa esteja presente, mas o termo **em público**, como diz Luiz Regis PRADO (2010), é elemento essencial do tipo. O sentido de **função** no artigo, diferentemente do significado do direito administrativo, indica para a atividade exercida por padres, pastores (e pais-de-santo) e sacerdotes em geral.

Quanto aos núcleos do tipo **impedir e perturbar**, diz Hungria, “não basta, para que se configure, um simples desvio da atenção ou recolhimento dos fiéis: é necessária uma alteração material, sensível, do curso regular do ato do culto [...] A lei não especifica os meios. Exige somente a idoneidade” (HUNGRIA *apud* PRADO, 2010, p. 571). Dizem respeito, pois, à quaisquer condutas que impossibilitem, atrapalhem, tumultuem ou dirijam-se contra realização de culto ou da livre prática religiosa, desde que estas não atentem contra a lei por si só.

Por fim, a terceira conduta descrita diz respeito ao vilipêndio público de ato ou objeto de culto religioso. Vilipendiar significa ultrajar ou menosprezar, e Regis PRADO (2010) volta a chamar atenção para o elemento normativo **publicamente** – na presença de várias pessoas ou outro meio que o torne público. Mais uma vez, a internet, assim como a imprensa, são grandes canais para tais ações. Já o objeto vilipendiado deve estar diretamente associado à prática religiosa, de forma que objetos não direcionados ao culto ou que não integrem sua essência, **e.g.**, objetos à venda ou não usados para celebração de atos religiosos, não merecem a tutela penal.

Quanto aos elementos subjetivos dos delitos previstos no art. 208, Rogério GRECO (2012, p. 432) traz que “o delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa”. É necessário, que haja dolo, direto ou eventual; intenção e consciência do agente de escarnecer, impedir, atrapalhar ou vilipendiar, ainda que não haja restrição quanto ao meio ou modo utilizado para tanto. Na primeira e terceira condutas descritas, ainda, é necessário o especial motivo de agir: “[...] é indispensável [...] que atue o agente em razão de crença ou função religiosa ou com

o fim de ofender o sentimento religioso do sujeito passivo, caso contrário configurará apenas o crime de difamação ou injúria” (PRADO, 2010, p. 572).

No caso do parágrafo primeiro do artigo, existe a possibilidade de majoração da pena em um terço. Se a violência for um crime em si, haverá a soma das penas aplicadas; por exemplo, aquele que comete lesão corporal e perturba uma cerimônia religiosa terá as penas cumuladas. Ainda que se induza a aplicação de concurso formal, pela existência de uma ação e dois ou mais crimes, a expressa indicação legal do parágrafo para que se afaste o concurso formal e se aplique a cumulação material das penas, independentemente da existência de desígnios autônomos (BITENCOURT, 2014).

Temos que o delito previsto no art. 208 é crime comum, doloso, “**formal** (na modalidade de **escarnecer**, não exigindo resultado material); **material** (nas formas de **impedimento** ou **perturbação**)” (BITENCOURT, 2014, p. 462). A ação penal, por sua vez, será pública e incondicionada.

De porte de boa análise doutrinária sobre o artigo em tela, podemos avançar no entendimento. Os falsos conceitos a respeito das religiões de matriz africana que, inscritos no imaginário popular, reputam-nas como perigosas eram prementes na redação do Código Penal de 1940. O mito da afronta aos bons costumes, impetrados por uma sociedade tradicionalista e conservadora torna difícil a difusão – ou, ao menos, a aceitação – de uma tutela jurídica que as coloque em igualdade com as religiões tradicionais. Ainda que integrantes da matriz cultural e religiosa brasileira, o candomblé e a umbanda, representam parcela historicamente discriminada da sociedade, tornando ainda mais grave a falta de parcimônia na aplicação da lei. O preconceito arraigado na sociedade contamina as decisões judiciais e urge a reinterpretação penal e constitucionalmente adequadas.

III. Por uma nova interpretação

Os enredos que ligam as religiões afro-brasileiras ao direito penal remontam marcadamente, ao fim do Império e início da república brasileira. A criminalização do candomblé e da umbanda, ao lado da capoeira, eram a mais genuína expressão do preconceito e do racismo imperante na sociedade brasileira da virada do século XIX para o XX. O grito republicano por certo não havia se feito ouvir (não teria chegado) às periferias onde restavam os ex-escravos e seus descendentes em situação de completo abandono social e sem alguma perspectiva de inclusão:

Além dos sofrimentos da pobreza, tiveram de enfrentar uma série de preconceitos cristalizados em instituições e leis, feitas para estigmatizá-los como subcidadãos, elementos sem direito a voz na sociedade brasileira.[...] A ciência européia da época, que passou a ser vista como critério definidor das sociedades civilizadas era marcada por visões racistas, na

qual os brancos ocupavam o primeiro lugar do desenvolvimento humano, e os negros, o último. (PRIORE, 2010, p.219-220)

O Código Criminal de 1890, bem como a ciência jurídica, via a prática dessas religiões como **condutas anti sociais** e o aparelho estatal acabava por perseguir seus PRATICANTES, tipificando-os como vadios, desordeiros (especialmente, na capoeira) ou curandeiros. O artigo 157 do Código se encarregava de enquadrá-los. Como se vê, o espiritismo, religião hoje professada por milhares de brasileiros, era explicitamente criminalizado. No mesmo crime, puniam-se as condutas das religiões de matriz afro-brasileiras:

"Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus *sortilegios*, usar *talismã*se cartomancias, para despertar sentimentos de *odio* ou amor, inculcar cura de molestias curáveis ou incuráveis, *emfim*, para fascinar e *subjulgar* credulidade *publica*. Pena: de prisão *cellular* rpor um a seis meses, e multa de 100\$000 a 500\$000."(sic) (CASTRO, 2007, p. 432)

O mesmo código continha, na altura dos artigos 185 e 186, disposições penais para proteger as cerimônias religiosas, seus objetos e seus cultos, em disposição muito semelhante ao já comentado artigo 208 do atual Código Penal. Por desventuras da história, a interpretação dogmática, embebida de preconceitos e racismos, que não entendia as religiões afro-brasileiras com aptas desta proteção é ainda hoje aplicada, ainda que no seio de um Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal, a este tempo (e até hoje), exercia um forte papel político, haja vista era instrumento de controle social e de repressão, focado, por vezes, na marginalização de grupos sociais ao invés da proteção de bens jurídicos:

Ao reprimir as práticas que não se enquadravam na concepção de religião vigente, com direito à proteção legal, torna-se explícita uma distinção entre o *status* concedido a uma parte da população e a outro segmento, cujas tradições, por não seguirem a matriz cristã, não teriam direito à liberdade de expressão, podendo ser criminalizadas. Assim, a laicização foi sendo instituída a partir da proclamação da República. (MIRANDA, 2010, p. 127-8)

“Deste modo, a liberdade religiosa no Brasil foi sendo constituída num cenário em que se distinguiam quais religiões teriam direito à proteção legal e quais eram práticas consideradas anti-sociais, devendo ser perseguidas”(MIRANDA, 2010, p. 129).

A intolerância religiosa, que se estendeu até os anos 70 (MATA FILHO, 2009), nem sempre fruto de questões teológicas, mas muito enraizada no racismo e no preconceito contra os praticantes das religiões **afro**, é ainda hoje latente na sociedade brasileira e é frequentemente reiterada pelo Judiciário. Em face de um paradigma mais plural do direito (e do estado) faz-se necessário uma mudança na concepção do artigo 208 do CP com vistas a proteger, também, as religiões brasileiras.

Pugnando por uma interpretação adequada do crime de ultraje a culto (art. 208) duas vias argumentativas serão tomadas. Em primeiro lugar, se abordará a questão do ponto de vista **penal-**

dogmático. Em seguida, sob uma atitude mais crítica, o problema passará pelas lentes da **principiologia constitucional**, observando-o frente à liberdade religiosa. Tendo em mãos uma interpretação mais polida do crime, se tentará responder, ainda que preliminarmente, algumas questões abertas que também envolvem direito penal e religiões de matriz africana.

Tomando o primeiro caminho, devemos observar que a nova interpretação penal deve ligar-se ao bem jurídico tutelado pelo artigo 208 qual seja, o **sentimento religioso**, como já dito. Esse bem jurídico não está ligado à proteção de um Deus, ou uma religião e seu conjunto de práticas, sequer à proteção de um aglomerado de religiões.

De forma muito mais sutil, a tutela penal se dirige ao sentimento religioso enquanto um interesse ético-social (BITENCOURT, 2014, p. 459). Ele se liga ao sentimento de que há algo além da existência humana, uma crença numa ordem superior (HUNGRIA, 1981, p. 52) presente desde o primórdio das comunidades humanas, como noticiam os antropólogos (MORAIS, 2011, p.233-4). No Ocidente, em especial, a religião tem acompanhado o Estado e o Direito há séculos, o que explica a sua importância enquanto elemento integrador da cultura ocidental. É o interesse penalmente orientado, de ver respeitada esta ordem superior que é tão caramente professada pela sociedade.

Do ponto de vista do integrante deste sistema jurídico, há o interesse de opor o direito penal contra quem aviltar a sua própria religião, bem como o interesse de ver respeitada a religião de outrem, na medida em que sua conduta espelha o seu desejo, sob pena de o desrespeito a outra religião se tornar um desrespeito a sua própria, ainda que em potencial. Em última análise, o integrante assiste a uma desmoralização contra a liberdade religiosa, a mesma que lhe permite professar seu credo.

Em poderosa lição, Nelson Hungria anota que:

o legislador de 40 entendeu que ao interesse **individual** da liberdade religiosa sobreleva o interesse **coletivo** ou **geral** de preservar a religião como um elemento de cultura etico-social. Embora mantida a liberdade de crença ou de não ter crença alguma, e relevantemente útil a função cultural do Estado que os indivíduos sejam **religiosos**. (HUNGRIA, 1981, p. 53)

Por conseguinte, o direito penal é positivado “para cumprir funções **concretas dentro de e para uma** sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira” (BATISTA, 2007, p.19), qual seja: a sociedade brasileira que confere grande estima à religiosidade e ao sentimento religioso, compondo aspecto de primeira relevância de sua cultura. Insta, assim, uma vigorosa proteção jurídica a este elemento cultural.

Pelo exposto, uma agressão às religiões afro-brasileiras e seus cultos e terreiros também agride o sentimento religioso. Porque o bem jurídico visa proteger não uma religião professada pela

maioria, mas é orientado a proteger a religiosidade enquanto parte da cultura. Cultura brasileira essa marcadamente entranhada pelo Candomblé e pela Umbanda, sendo esta sido gestada no próprio território brasileiro e fruto do sincretismo com a religião católica.

O sentimento religioso é igualmente lesado quando o ataque parte contra a religião cristã, mulçumana, umbandista ou candomblecista. Não há motivo razoável que enseje na diferenciação entre a perturbação de um casamento na Igreja e na Umbanda; ou entre o **Salate** uma sessão de passe. Mais ainda, não há porquê se dizer que o escárnio contra padre ou rabino é mais aviltante ao sentimento religioso do que a zombaria contra um pai-de-santo. Não há arrepio maior ao apreço religioso do que se perturbar ou impedir aquele culto afro brasileiro em que se consideram presentes as próprias divindades professadas, incorporadas nos **médiuns**.

Na terceira modalidade do crime, qualquer diferenciação interpretativa que vise a não tutelar as religiões de matriz africana beira ao extremo do injustificável. A Umbanda, rebento do sincretismo com o catolicismo, utiliza imagens de santos católicos para se referir a seus orixás (ECKSCHMIEDT 2013, p. 53-4). Jesus Cristo é sincretizado com **Oxalá**, São Jorge com **Ogum**, São Judas Tadeu com **Xangô**, Nossa Senhora com **Yemanjá** e assim segue. Ora, um indivíduo adentra uma igreja católica e destrói a pontapés a imagem de Jesus. Momentos após, a mesma pessoa penetra em um terreiro de umbanda e vilipendia a imagem de **Oxalá**, partindo-a em pedaços. No primeiro caso, crime contra o sentimento religioso e, no segundo? A resposta negativa a esta pergunta indica uma interpretação enviesada pelo preconceito e que não pode prosperar.

Acontece que a substancia desta interpretação preconceituosa está entre os juristas sem embargos. Bitencourt, cujas lições são muito pertinentes em matéria penal, aduz em seu Tratado de Direito Penal: “Convém destacar, ademais, que o culto ou cerimônia religiosa protegidos pela lei não podem atentar contra a moral e os bons costumes, como a magia negra, macumba etc.” (BITENCOURT, 2014, p.461). A expressão “moral e bons costumes” é demasiadamente rejeitada na crítica doutrina penal por ser vazia de conteúdo e aberta para ser utilizada em favor das regressões e conservadorismos de toda sorte. Cabe a pergunta: o que é uma religião contra os bons costumes?

A linha da argumentação leva ao segundo caminho que se anunciou: a **principiologia constitucional**. O argumento central, neste momento, é que a diferenciação entre religiões aptas a serem tuteladas pelo art. 208 e as inaptas leva ao prejuízo do direito constitucional à liberdade religiosa, cravada no artigo 5º, VI da Constituição da República.

O direito penal e o constitucional comungam na proteção da liberdade de crença, enquanto parte integrante do Estado Democrático de Direito e, nesse sentido, merecedora da mais significativa tutela jurídica por meio da sanção penal. O Estado, num apanhado global, se ocupa da matéria em razão da tendência de o fenômeno religioso descambar em coerção e discriminação

quando institucionalizado. Visa a garantir, assim, a coexistência das religiões de forma pacífica, por meio do reconhecimento da liberdade religiosa de todos. (NETO, 2013, p. 267)

A dimensão espiritual dessa liberdade compõe a dignidade da pessoa humana em duas facetas. Na primeira, mais íntima, é expressão da autodeterminação individual de professar ou não uma divindade e de não ser discriminado devido a esta escolha pessoal. Também, em um olhar mais comunitário, a liberdade religiosa é importante na construção da identidade do indivíduo dentro de uma comunidade, gerando para ele o sentimento de pertença tão relevante na busca da felicidade individual.

Assim sendo:

Diante desse programa normativo, deve-se operar com um *conceito amplo* de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de *inclusividade* (abertura para religiões minoritárias e inconvencionais) compatível com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos. (NETO, 2013, pg. 267)

O Estado Democrático de Direito deve ter como centro axiológico a fraternidade (HORTA, 2014) para que veja no indivíduo um sujeito de direitos que deve ser incluído na comunidade independentemente de sua religião. O projeto do paradigma democrático tem uma “inexorável vertente que é a **liberdade** exposta em um de seus aspectos mais importantes, pela defesa das **liberdades individuais** (em sentido negativo) e pela **cláusula do pluralismo**” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 136).

Nesse sentido, a restrição à liberdade de crença e qualquer diferenciação entre religiões merecedoras de importância jurídica e as não merecedoras é, portanto, aviltamento da própria dignidade humana, uma vez que nega uma liberdade individual e nega o reconhecimento de outro como cidadão.

Os tribunais pátrios não podem aderir, em qualquer seara, à interpretação de que as religiões afro-brasileiras não são dignas da tutela estatal, sob pena de ameaçarem a liberdade de crença. Ainda assim, foi o que aconteceu com uma Ação Civil Pública no TRF da 2ª Região³, proposta pelo Ministério Público Federal em face do Google Brasil Internet LTDA, na qual pedida a retirada de vídeos **online** e a identificação de seus autores porque divulgam a intolerância e a discriminação religiosa.

Examinando o pedido de antecipação de tutela, negou-a o magistrado entendendo que ocorria ali a concorrência, e não colidência de direitos. Argumentou o juiz que as crenças afro-brasileiras não se tratavam de religiões, porque não tinham um **texto-base** (como a bíblia e o corão), não tinham **estrutura hierárquica** e, sequer, **veneravam a um Deus**. Ademais, disse que o

³ Ação Civil Pública de autos nº 201451010047472.

conteúdo dos vídeos (ora feitos pela Igreja Universal) também não representavam um sistema de fé. Eram, por certo, de mau gosto, embora significassem o regular exercício da liberdade de expressão.

Um magistrado quando impõe requisitos para as religiões está nada menos do que determinando quais devem ser as crenças dos sujeitos de direito. É uma imposição heterônoma que fere a dignidade humana porque tenta regular matéria de foro íntimo. Em pleno paradigma democrático, a tutela jurisdicional não pode exigir um **padrão** sobre o que é religião, sob pena de ferir o pluralismo.

Também não é frutífera a busca por um conceito jurídico de religião. A busca por um conceito estático, baseado em definições objetivas e materiais foi percorrida pela Suprema Corte americana nos **Mormon Cases** que definiu a religião em três conceitos: divindade, moralidade e crença⁴. Contudo, a definição soa arbitrária por versar sobre questão individual. Também, não se coaduna com a inclusão e proteção de religiões minoritárias e não tradicionais. Igualmente ingrata é a classificação como **seita** que se demonstra pejorativa e discriminatória (NETO, 2013, p. 268).

Nessa sintonia, e arrematando as conclusões do estudo até então, a melhor interpretação do artigo 208 do CP é aquela que inclui as religiões minoritárias na tutela penal, à luz do que se expôs tendo em vista as religiões afro-brasileiras. Do ponto de vista dogmático, fica evidente que há ofensa ao bem jurídico do **sentimento religioso**, enquanto interesse ético-social, quando se atinge uma religião de matriz africana; e uma interpretação diferente levaria a incongruências, como asseverado. Sob o matiz principiológico constitucional, a interpretação do magistrado que não ofereça proteção a essas religiões lesa o direito fundamental a liberdade de crença e a própria dignidade da pessoa humana, visto que nega o reconhecimento daquela religião e da capacidade de autodeterminação do indivíduo, acabando por interferir em questão de foro íntimo.

III.1. Breves reflexões sobre a liberdade religiosa e o discurso de ódio

O famoso episódio do “chute na santa”, de 1995, no qual um bispo da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), Sérgio Von Helder, aparece em vídeo dando chutes em uma estátua de Nossa Senhora Aparecida⁵ abre caminho para o debate entre a liberdade religiosa, a intolerância e o discurso de ódio, tendo com personagens de destaque as igrejas neopentecostais, em especial a IURD, e as religiões **afro**.

⁴ “First, as noted earlier, there must be a belief in God or some parallel belief that occupies a central place in the believer’s life. Second, there must be a moral code that transcends individual belief—it cannot be purely subjective. Third, some associational ties must be involved. That is, there must be some community of people united by common beliefs. Fourth, there must be a demonstrable sincerity of belief.”STEPHENS, Otis H. Jr., SCHEB, John M. II. *American Constitutional Law Volume II: Civil rights and liberties*. P. 212.

⁵ O vídeo pode ser acessado em: <https://www.youtube.com/watch?v=VpPwWEsk0OY>. Acesso em 05/04/2015.

Edir Macedo, líder fundador da Universal, dá linhas substanciais para esta disputa em seu livro “Orixás, Caboclos & Guias: Deuses ou Demônios”, no qual “admite que sua igreja foi fundada para o trabalho especial da libertação das pessoas endemoninhadas, tendo nascido para vencer essa ‘guerra espiritual’” (ORO *apud* SANTOS, 2011, p. 2). Confira-se um trecho introdutório do livro:

Através dos veículos de comunicação e das igrejas que tem estabelecido pelos rincões de nossa pátria e no exterior, o bispo Macedo tem desencadeado uma verdadeira guerra santa contra toda obra do Diabo. Neste livro, denuncia as **manobras satânicas através do kardecismo, da Umbanda, do candomblé... coloca a descoberto as verdadeiras intenções dos demônios que se fazem passar por orixás, exus, erês**, e ensina a fórmula para que a pessoa se liberte do demônio que a domina. (MACEDO *apud* VERÍSSIMO, 2005, p. 76. Grifos nossos).

Essa “guerra santa” parece constituir a doutrina própria da Universal, que se posta contra as religiões afro-brasileiras, denegrindo-as como “satânicas” dentro do dualismo cristão de céu e inferno.

Muito recentemente, a mesma Igreja criou o grupo “Gladiadores do Altar”, cujo significado tem lembrado a estrutura dos exércitos: jovens fardados, gritos de ordem, continência, marchas.⁶ Analisam alguns sociólogos que o projeto serve exclusivamente para a obtenção mais fiéis, principalmente jovens da periferia.

Contudo, representantes das religiões afro-brasileiras tem se manifestado apreensivos pelo grupo. Temem que aumentem os casos de discriminação e intolerância religiosa, como episódios de invasão de terreiros de Candomblé em Olinda e protestos contra seus praticantes. A intolerância poderia ser agravada pela ideologia deste grupo somada com o “espírito de guerra” gerado. Nesse sentido, os representantes protocolaram pedidos de aberturas de Inquéritos Cíveis no Ministério Público Federal em 26 Estados. (Carta Capital, 2015)

Não sem razão é o temor dos praticantes dessas religiões. Como nos dá notícia Valter da Mata Filho, os conflitos que envolvem as duas religiões ensejam litígios judiciais:

Na mais relevante disputa judicial, a IURD foi condenada a pagar uma indenização de R\$ 1.372.000,00 aos familiares da Ialorixá Gildásia dos Santos. O juiz Clésio Rômulo Carrilho Rosa, da 17ª Vara Cível de Salvador, condenou a Igreja Universal do Reino de Deus por danos morais. O motivo da indenização foi que em outubro de 1999, o jornal "Folha Universal" - que pertence à igreja - publicou uma foto da ialorixá para ilustrar a reportagem "Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes". Mãe Gilda, que sofria do coração, morreu em 2000, 15 dias após seu terreiro ter sido invadido por Eliane Araújo e André Moura, da Assembléia de Deus, que depredaram o local. (MATA FILHO, 2009, p. 36)

⁶ Dois vídeos mostram o grupo: <https://www.youtube.com/watch?v=6MvADsjEnO4> e <https://www.youtube.com/watch?v=083thk-RPPw>. Acesso em 05/04/2015.

Inicialmente, são nestes termos que estão colocadas as disputas entre essas religiões. Do ponto de vista político-jurídico, resta tentar delinear o problema para saber como se coloca frente aos direitos constitucionais e seus limites.

O proselitismo, que é atividade imanente a religião para buscar e convencer novos adeptos, é assegurado constitucionalmente enquanto extensão da liberdade religiosa (SANTOS, 2011, p. 4). Soma-se também a proteção da liberdade de expressão, já que significa a divulgação de mensagens e manifestação de pensamento e, portanto, elementos de alta importância democrática e constitucional.

A liberdade de expressão, porém, não é um direito absoluto no sistema constitucional. É conhecido o exemplo criado pelo juiz americano Oliver Wendell Holmes que assevera ser essa liberdade limitada e não proteger aquele que grita “fogo! fogo!” em um teatro lotado. São variadas as hipóteses em que a liberdade encontra restrições frente a outros direitos fundamentais e bens jurídicos (SARMENTO, 2013, p. 257) .

Essa liberdade não pode acobertar o discurso de ódio que se voltam contra a igualdade e a dignidade de membros da sociedade, especialmente por questões raciais, sexuais, políticas e religiosas (SARMENTO, 2013). Esse tipo de manifestação é perceptível, pois coloca seus atingidos em um patamar inferior, como se fossem um classe de sub-cidadãos, ao passo que querem subtrair-lhes os direitos.

É no sentido de limitar a liberdade de expressão o posicionamento de quase todas as sociedades democráticas atuais, excluindo os Estado Unidos (SANTOS, 2011, p.9). O Supremo Tribunal Federal diverge da jurisprudência estadunidense para seguir a tendência alemã e internacional. O **leading case** sobre discurso de ódio no Brasil é o HC 82.424, apelidado de **Caso Ellwanger**. Veja-se o acórdão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...]13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...]Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS ,Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Na abrangência do paradigma democrático, o Estado não pode mais se pretender agente “neutro” perante a sociedade. As relações sociais têm se modificado num grau espantoso, gerando um pluralismo ético, social, político e religioso que demanda relevante atenção do Estado para que aja abraçando a pluralidade e garanta a autonomia e dignidade de seus cidadãos (SANTOS, 2011).

Tendo em vista as manifestações religiosas aqui comentadas, resta saber se compõe a liberdade de crença e expressão ou se são discursos de ódio. Em primeiro lugar, a reflexão deve ser orientada para questionar se essas manifestações fazem parte do núcleo essencial daquela religião, de forma que se fizerem, cria-se um embaraço na intervenção estatal porque estaria, de toda sorte, regulando atividade de foro íntimo, dizendo o que a religião pode ou não falar. Porém, cremos que o Estado não pode se furtar à sanção do discurso de ódio, na medida em que ele atropela a liberdade de expressão indo de encontro a direitos também de grande importância no ordenamento jurídico.

Se se concluir que é necessária uma legislação para coibir esse tipo de prática, há de se perquirir como deverá ser o impedimento destes discursos de ódio. Deve-se lembrar da teoria dos **limites dos limites** que restringe o legislador na regulamentação dos direitos fundamentais, objetivando proteger seu núcleo duro (MENDES, 2009, p. 348).

Por fim, anote-se que existem também alguns avanços legislativos que visam proteger as religiões de matriz afro-brasileira. É o caso da lei 12.288 de 2010, chamada Estatuto da Igualdade Racial. O artigo 26 dispõe que poder público atuará no combate à intolerância contra essas religiões e a discriminação de seus seguidores, coibindo “a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas”, nas letras do inciso primeiro.

IV. Conclusão

A interpretação doutrinária e jurisprudencial que não inclui as religiões de matriz africana como dignas da tutela penal não pode prosperar. No eixo do que foi tratado, ela representa mais uma face dos preconceitos instalados no Brasil desde sempre, e que restam até hoje cristalizados como entendimento jurídico, pretensamente científico, mas eivado de uma cultura marcada pela marginalização do negro e de suas manifestações culturais:

a inexistência de um princípio universalista e de tratamento igual e uniforme que abrangesse todos os sistemas religiosos inviabilizou o pleno reconhecimento dos direitos de certas matrizes religiosas, promovendo o acesso particularizado e desigual de determinadas religiões ao espaço público brasileiro, como se um sistema religioso fosse mais legítimo que o outro, por esta razão seus símbolos podendo ser apresentados e ostentados no mundo público. (MIRANDA, 2010, p. 130)

A aplicação desta interpretação afronta, ao mínimo, a liberdade religiosa, haja vista que o magistrado diferencia religiões próprias de tutela penal e outras menos respeitáveis, cuja lesão não

importa ao ordenamento jurídico e não fere a liberdade religiosa tutelada. Na verdade, a ofensa a religião de matriz africana lesa bem jurídico penal -o sentimento religioso -, da mesma maneira que a ofensa ao judaísmo ou às religiões cristãs, como é majoritariamente aceito.

A liberdade de crença é intimamente relacionada com o Estado de Direito, desde o seu início, e adquire novas roupagens dentro do Estado Democrático de Direito. O alvorecer das Revoluções Liberais, que estabeleceram o Estado de Direito, afirmou a posição central do indivíduo na sociedade e no Estado, de sorte que o poder político deveria abrir espaço para a persecução individual dos próprios objetivos. Assim, no que toca a liberdade religiosa, o Estado só poderia ser laico, expurgado de qualquer instituição confessional que pudesse adstringir a esfera privada, permitindo, então, a autonomia individual em matéria religiosa.

Contudo, o Estado Democrático de Direito tem outras missões ao lado da garantia e efetivação da liberdade individual, quais sejam, a garantia da igualdade e da diferença. Ainda que soe contraditório, na verdade é uma sofisticação filosófica sem igual. O Estado, nesse paradigma, deve garantir a liberdade religiosa pela laicidade, como era anteriormente, mas também deve permitir a **igual fruição** desta liberdade para a toda sorte de religião, em respeito à **diferença**. Como assevera MORAIS (2011, p. 241):

[...]o princípio da liberdade religiosa é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, tendo em vista tutelar a consciência religiosa, ter ou não ter uma crença, protegendo aqueles indivíduos que praticam uma religião minoritária, como também aqueles que são fiéis aos mandamentos de credos religiosos majoritários, e, inclusive, aqueles que não possuem uma religião, sejam ateus ou agnósticos.

Portanto, o Estado Democrático de Direito deve estar aliado à liberdade religiosa e ao direito a diferença. A interpretação penal adequada aos princípios e valores constitucionais não pode negar proteção, pelo artigo 208/CP, àquelas religiões afro-brasileiras, impugnando-lhes o caráter religioso em uma feição preconceituosa, que deve ser afastada. A diferença influi para que se reconheça como dignas de proteção as religiões minoritárias que recusam o padrão monoteísta ou ainda que se antagonizem com as religiões cristãs predominantes na sociedade brasileira.

Em outra via, faz-se necessário que o Estado atue para dirimir conflitos entre as religiões, criando um ambiente social pacífico em que cada uma exerce sua liberdade em conformidade com o exercício alheio. Não poderia ser de forma diferente porque a completa abstenção estatal geraria, em último caso, a não fruição de liberdade religiosa alguma, devido aos constantes ataques. É mister que na conciliação destas liberdades o Estado impeça e, inclusive, sancione o discurso de ódio, que não pode se esconder atrás do véu da liberdade de expressão para ferir qualquer outro direito.

A busca pelo direito a diferença também importa no reconhecimento daquele grupo social como legítimo integrante da sociedade, considerados iguais nos mesmos direitos que todos outros integrantes. A igualdade, nesse sentido, não sufoca a diferença, mas permite a inclusão justamente pelo reconhecimento da diferença e que ela não os desqualifica como partes daquela comunidade.

O direito à diferença se coaduna com a tolerância de toda sociedade com grupos minoritários. Isso numa “política de identidade que afirma publicamente identidades coletivas de grupos excluídos, assegurando-lhes apoio e proteção” (MENDONÇA, 2013, p. 121), de forma que os grupos minoritários possam construir sua identidade dentro de uma sociedade que os **inclui e tolera**.

A construção de identidade dos grupos sociais se dá por meio de relações intersubjetivas, construídas dentro de uma sociedade plural que reconhece o pluralismo. Nessa sintonia, o paradigma democrático, que toma como basilar o direito a diferença, não pode ele mesmo negar o reconhecimento que visa proteger. Ele deve amparar os diferentes grupos sociais para que cada um se **autorrealize** dentro da sociedade, sancionando práticas estigmatizadoras e humilhantes (MENDONÇA, 2013).

Por tudo isso em vista, a interpretação que se oferece ao artigo 208 não pode ser outra, senão aquela que reconhece a diferença e trata todas as religiões com a mesma mão.

Este estudo, para além de colaboração para o aprimoramento da doutrina penal, também é um voto de esperança na persecução de uma sociedade mais justa, livre, fraterna e igualitária, que consiga sobrepor os erros do passado de forma ética e democrática. O Direito não pode ser somente um conjunto de regras mínimas de convivência social, mas um instrumento na verdadeira efetivação da Liberdade, em todos os seus adjetivos.

5. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tratado de Direito Penal Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRISOLLA, Fábio. Umbanda e Candomblé não são religiões, diz juiz federal. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16 de maio de 2014, Poder. P. 1.

- CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ECKSCHMIEDT, Peter. *Liberdade religiosa e criminalização dos rituais religiosos*. 2013. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco.
- “Exército da Universal preocupa religiões afro-brasileiras”. *Carta Capital*. São Paulo, 05 de abril de 2015, p.1. Disponível em < http://www.cartacapital.com.br/sociedade/exercito-da-igreja-universal-preocupa-religioes-afro-brasileiras-449.html?utm_content=buffer754bd&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer >
- MATA FILHO, Valter da. *ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO DO POVO DE SANTO FRENTE ÀS CRENÇAS SOCIALMENTE COMPARTILHADAS SOBRE O CANDOMBLÉ*. Salvador: UFBA, 2009. (Dissertação de Mestrado)
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Vol. 3*. Niterói: Editora Impetus, 2012.
- GOMES, Adriana. Criminalização do Espiritismo no Código Penal de 2890: as discussões nos periódicos do Rio de Janeiro. *Revista Ágora*, Vitória, n. 17, p. 62-76, 2013.
- HUNGRIA, Nelson, *et al.* *Comentários ao Código Penal. Vol. VIII*. Rio de Janeiro: Forense, 1981
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Entre o privado e o público: considerações sobre a (in)criminação da intolerância religiosa no Rio de Janeiro. In: *Anuário Antropológico/2009 - 2*, 2010. P. 125-152
- MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo; PACELLI, Eugênio (orgs.). *Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 18, p. 225-242, 2011.
- MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Entre o privado e o público: considerações sobre a (in)criminação da intolerância religiosa no Rio de Janeiro. *Anuário Antropológico*, p. 125-152, 2010.
- NETO, Jayme Weingartner. Comentário ao artigo 5º, inciso VI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 264-273.
- MENDONÇA, Ricardo F. “Reconhecimento”. In: AVRITZER; BIGNOTTO; FILGUEIRAS;

GUIMARÃES; STARLING (Orgs). *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Vol. 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Milene Cristina. Pluralismo, Liberdade Religiosa e Proselitismo: o Estado brasileiro e a guerra santa entre os neopentecostais e as religiões afro-brasileiras. *In: CONGRESSO LUSO AFRO BRASILEIRO DE CIENCIAS SOCIAIS*, XI, 2011, Salvador.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 252-259.

STEPHENS, Otis H. Jr., SCHEB, John M. II. *American Constitutional Law Volume II: Civil rights and liberties*. Thomson Wadsworth: Belmont, 2008.

VERÍSSIMO, Jean F. D. *Intenção do texto. O Diabo e a Guerra Santa no imaginário dos Pentecostais. O Espiritismo em confronto*. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2005. (Dissertação de Mestrado).