V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ ANTONIO DE FARIA MARTOS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Antonio de Faria Martos; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-475-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO DO LIVRO DO GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

É com imensa honra e satisfação que apresentamos, nessa oportunidade, o livro contendo os trabalhos apresentados e debatidos pelo Grupo de Trabalho: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, contendo artigos instigantes, atuais e polêmicos, reunidos em vários grupos temáticos, com pesquisadores de pós-graduação de universidade públicas e privadas de todo o Brasil.

Esse Grupo de Trabalho esteve reunido para a apresentações e debates dos trabalhos aprovados, na tarde de 15 de junho de 2022, sob a coordenação da professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da Universidade do Oeste de Santa Catarina; do professor Doutor José Antônio de Faria Martos, da Faculdade de Direito de Franca e do professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe.

Entre os temas selecionados para a apresentação nessa tarde de evento, encontramos trabalhos relevantes que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais: ressaltando a necessidade do respeito à privacidade decisória;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão e seus possíveis limites, tais como o humor, e os desafios contemporâneos no do combate à homofobia.

Observamos também a presença de textos relevantes que colocaram em questão direitos contraceptivos, como o aborto; o empoderamento feminino; em face do fanatismo patriarcal, equidade de gênero e a violência sexual contra a mulher.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras, também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

LIBERDADE RELIGIOSA: A REPRODUÇÃO DE DISCURSOS DE ÓDIO PELO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DA DISCRICIONARIEDADE

RELIGIOUS FREEDOM: THE REPRODUCTION OF HATE SPEECH BY THE JUDICIARY THROUGH DISCRETION

Gabrielle Souza O' de Almeida [1]

Resumo

O objetivo deste estudo é investigar a reprodução de discursos de ódio pelo poder judiciário através de decisões judiciais que subalternizam religiões de matriz afrobrasileiras. Para tanto, realiza-se uma análise sobre o discurso de ódio em várias faces na sociedade, bem como revisita-se o HC 82424 (Caso Ellwanger), por meio de revisão bibliográfica. Os resultados apontam que a prática de interpretação e aplicação jurídica persiste, deixando espaço para discricionariedade, principalmente no que diz respeito às restrições ao direito à liberdade religiosa.

Palavras-chave: Liberdade religiosa, Discurso de ódio, Discricionariedade, Religiões afrobrasileiras, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to investigate the reproduction of hate speech by the judiciary through judicial decisions that subordinate religions of Afro-Brazilian matrix. To this end, an analysis of hate speech on various sides of society is carried out, as well as a review of HC 82424 (Ellwanger case), through bibliographic revision. The results indicate that the practice of interpretation and legal application persists, leaving room for discretion, especially with regard to restrictions on the right to religious freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Religious freedom, Hate speech, Discretionary, Afro-brazilian religions, Fundamental rights

[1] Mestranda em Direito Público com bolsa PROEX/CAPES pela Unisinos. Advogada e pesquisadora, especialista em Direito Civil e Direito das Mulheres.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, objetiva-se analisar potenciais conflitos entre direitos fundamentais. Se de um lado, há o direito básico da liberdade de expressão (entendido aqui como liberdade de manifestar o que se pensa através da linguagem), por outro, está o direito à liberdade de culto/religiosa, consagrado pela Constituição Federal de 1988. Ambos estão certamente arraigados no ordenamento jurídico brasileiro e são, indubitavelmente, necessários para o desenvolvimento pleno do sujeito, levando em consideração que os direitos e garantias fundamentais devem ser acompanhados de condições favoráveis à sua concretização no ordenamento jurídico.

O Brasil tem consagrado um Estado Democrático de direito no qual as pessoas são livres para expressar seus pensamentos, opiniões, ideias e crenças. Da mesma forma, não há dúvida de que todos devem expressar suas crenças religiosas e até escolher a liberdade de não acreditar em nada. No entanto, a liberdade não pode ser sem limites, caso contrário, na famosa fórmula de Kant, “o livre arbítrio seria um absurdo” (KANT, 2007, p. 93-94). Dessa forma, os conflitos entre direitos fundamentais são inevitáveis. Uma das formas de conflito concebíveis diz respeito precisamente ao âmbito de aplicação dos direitos à liberdade de expressão e à liberdade de religião, bem como ao debate acerca de discursos de ódio.

O que tem sido tema de amplos debates é a questão do racismo religioso o qual já não é mais novidade no Brasil mas, ainda há uma insistência em sua ocorrência no âmbito social e judicial com decisões arbitrárias, apesar de claramente inconstitucional. Um caso recente de retirada da guarda da mãe de uma criança, pois a filha encontrava-se, por vontade própria, em ritual iniciático típico do Candomblé porque a família do pai (em sua crença católica) simplesmente não concordava e acusou o terreiro de maus tratos à menor em questão.

Há ainda um caso mais antigo, mas não menos atual ao debate, analisado por Lenio Streck (2014), no qual o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública para retirar alguns vídeos ofensivos e intolerantes contra as religiões afro-brasileiras (Umbanda e Candomblé). O juiz federal do Rio de Janeiro responsável pelo caso, negou a tutela antecipada sob a alegação de que "as manifestações religiosas de afro-brasileiros não constituem religião". Foi dito ainda que não teriam "traços necessários de uma religião", como um "texto base", como a Bíblia ou o Alcorão. O juiz também apontou para a falta de uma estrutura hierárquica e de um deus de adoração. Ele disse ainda que não haveria o elemento urgência para a retirada.

Claramente enfrenta-se aqui a questão da discricionariedade presente no célere debate de Ronald Dworkin com o positivismo de Herbert Hart. Na interpretação e aplicação do direito, quando há presença de discricionariedade, dificulta-se a garantia de direitos fundamentais e acentua-se o problema nos casos complexos para quem julga, como a problemática abrangendo discursos de ódio e liberdades individuais e coletivas. Sarlet (2012) dentre a doutrina jurídica dominante defende a utilização da ponderação entre princípios para a solução de conflitos materiais entre direitos constitucionalizados.

O caso Ellwanger, julgado em 2003, foi um exemplo notório dessa situação. Além disso, situações que envolvem discurso de ódio e liberdade de expressão não podem deixar de receber resposta do Supremo Tribunal Federal. Outro exemplo plausível é a RHC nº 146303/RJ, que trata da liberdade de expressão e incitação ao ódio religioso, que foi adicionada à lista de casos notórios em 2018.

Dessa forma, surge a questão: Como é possível determinar o alcance da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, diante dos desafios colocados pelo discurso de ódio em uma democracia constitucional como a nossa, notavelmente plural, sede da mais ampla liberdade de expressão? De que maneira se pode definir até onde vai o simples discurso enquanto uma fala ofensiva até um ato ou conduta de violência que pode marcar dolorosamente o seu alvo? De fato, não são questionamentos fáceis de se obter uma resposta, no entanto existem autores que dissertam sobre o assunto de modo a clarear um caminho democrático para os casos de choque de direitos fundamentais.

2 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSOS DE ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 consagrou um rol de direitos fundamentais os quais, em regra, não podem ser reduzidos, apenas ampliados, devido à natureza fundamentadora destes em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. O que não quer dizer, no entanto, que não haja limites para a sua aplicação, já que não possuem caráter absoluto. Para J.J Gomes Canotilho (2007), quaisquer restrições dependem do julgamento do âmbito de proteção do direito; de uma comprovação de validade da restrição; da finalidade da lei em conjunto com o tipo e natureza da restrição, bem como se faz necessário a observância do respeito aos limites impostos pela CRFB/88.

A partir da premissa de que a restrição de um direito fundamental tem como finalidade salvaguardar outro direito constitucionalmente protegido, na análise de Canotilho (2007)

existiriam: 1) A configuração dos limites imanentes, onde há restrições diretamente constitucionais capazes de impor obstáculos às liberdades individuais expressas explicita ou tacitamente na Constituição, de maneira que se converte um direito efetivo em um não definitivo. Estes são limites máximos de conteúdo os quais se podem equiparar aos limites do objeto, pois advêm da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger.

O segundo ponto diz respeito às restrições indiretas feitas e autorizadas pela Constituição, em que há possibilidade do condicionamento do exercício pleno do direito através de cláusulas de reserva explícitas. Ou seja, a própria CRFB/88 aponta o veículo que realizará a restrição, como a lei; e, por fim, as restrições implícitas, as quais não estão diretamente expressas no texto constitucional, porém tem o condão de afetar as regras plenamente permissivas, com o objetivo de preservar outros bens e direitos igualmente protegidos.

Dessa forma, é possível afirma que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer desde que devidamente autorizada pela própria norma constitucional que os admita, de modo que haja como objetivo a convivência harmônica dos direitos em conflito sob o mesmo ordenamento jurídico constitucional. A partir desse ponto, é far-se-á breves comentários problematizadores acerca do discurso de ódio e de como vem sendo percebido em sociedade sob o "manto da liberdade de expressão" contra a liberdade religiosa.

2.1 Discurso de ódio: uma breve análise sobre os elementos do discurso violento

Quando alguém afirma ter sido ferido pela linguagem, que tipo de afirmação é essa? Se estaria atribuindo uma agência à linguagem, o poder de *ferir* e esse alguém se posiciona como objeto dessa trajetória injuriosa; afirma-se que a linguagem atua contra esse alguém, e essa afirmação gera uma nova instância de linguagem, de modo que se busca bloquear a força da "instância" anterior (Butler, 2021, p.11).

Assim se inicia a análise de Judith Butler acerca da vulnerabilidade linguística envolvendo os discursos de ódio, a autora organiza um verdadeiro apanhado de autores, sobretudo John Austin em *Teoria dos Atos de Fala* (com o qual a obra dialoga até o fim), de modo a fomentar um debate sobre a linguagem que *fere* como se ato físico fosse. A partir desse estudo, aqui se analisará brevemente o discurso de ódio.

Inicialmente é necessário destacar que somos seres linguísticos natos, de forma que se não fosse por isso, a linguagem provavelmente não seria capaz de nos causar danos. Butler problematiza o discurso injurioso no sentido de que este levantaria questões como: quais são

as palavras que ferem? Quais as representações ofensivas? Sugerindo então um enfoque de análise nas partes da linguagem "enunciadas, enunciáveis e explícitas" (*op. cit.* 2021, p.12). O que nos leva a pensar não só nas palavras em si, mas no modo de endereçamento diretamente ligado ao sujeito que constitui a linguagem.

A autora faz o primeiro paralelo com a obra de J.L. Austin, o qual segundo ela, propõe uma forma de saber o que torna um enunciado efetivo e estabeleceria seu caráter performativo, a qual seria primeiro localizar a "situação de fala total" em *How to Do Things with Words* (apud BUTLER, 2021), porém existe uma dificuldade em buscar essa situação e Butler se utiliza principalmente de duas concepções de atos de fala em Austin:

> Ele distingue atos de fala "ilocucionários" de "perlocucionários": os primeiros são os atos de fala que, ao dizer algo, fazem o que dizem e no momento em que dizem; os segundos são atos de fala que produzem certos efeitos como consequência; quando algo é dito, certo efeito é produzido. O ato de fala ilocucionário é, ele próprio, o feito que dele deriva; o perlocucionário somente leva a certos efeitos que não são a mesma coisa que o ato de fala em si. (BUTLER, 2021, p.14-15)

Butler aponta, no entanto, que existe uma dificuldade constitutiva em concretizar a afirmação de Austin sobre a "situação total" envolvendo a força do ato de fala e a forma de identificá-la.

> Se a temporalidade da convenção linguística, considerada como ritual, excede a instância de seu enunciado, e se esse excesso não é totalmente apreensível ou identificável (o passado e o futuro do enunciado não podem ser narrados com certeza), então parece que o que constitui a "situação de fala total" é a impossibilidade de se alcançar uma forma totalizada em qualquer uma das instâncias
> (...)
> A situação de fala não é, portanto, um simples tipo de contexto, algo que pode ser facilmente definido por limites espaciais e temporais. **Ser ferido pelo discurso é sofrer uma perda de contexto, ou seja, é não saber onde se está.** (grifo nosso)
> (BUTLER, 2021, p.15)

Ou seja, o sujeito no momento da fala injuriosa, se desorienta em relação a si próprio como um efeito do discurso proferido contra ele. Existem diversos estudos na área do discurso de ódio que dão suporte à questão da linguagem que "fere" ou as palavras "machucam", como utilizada por Richard Delgado e Mari Matsuda. Afirmar que "as palavras machucam", implica em uma combinação entre vocabulário linguístico e físico. Matsuda afirma que "mensagens de ódio, ameaças, ofensas, epítetos e depreciações racistas são um soco no estômago daqueles que fazem parte do grupo visado" (apud BUTLER, 2021, p.16).

Elaine Scarry (apud BUTLER, 2021, p.18), por outro lado, opõe violência e linguagem como se inversas fossem, pois pra ela a dor no corpo por vezes é inexprimível pois destrói a linguagem como conhecemos, exemplificando através de um individuo que sofre tortura, o qual perde a capacidade de descrever o sofrimento pelo qual passa. A dor, segundo ela, eliminaria totalmente o próprio testemunho linguístico do torturado.

Toni Morrison (apud BUTLER, 2021), por sua vez, se refere à linguagem opressiva como representando a própria violência, ou seja, esse discurso de ódio seria representado como uma "coisa viva". E assim, é possível perceber a construção de uma teia analítica a respeito do discurso de ódio, mas onde fica o ouvinte? Para isso, Butler retorna à obra de Matsuda, cuja interpretação sobre esse tipo de discurso sugere que há não apenas uma atuação sobre o ouvinte, como uma "contribuição para a constituição social do destinatário".

De acordo com essa interpretação de Matsuda (apud BUTLER, 2021, p.38), o ouvinte está identificado com uma posição social, de modo que as posições sociais estariam em uma "relação estática e hierárquica entre si". O que faz com que esse ouvinte ocupe uma posição em que acaba ferido como consequência do enunciado e, o enunciado obriga o sujeito a ocupar uma posição subordinada.

Ou seja, o discurso de ódio, sob esse ótica, invoca uma "relação estrutural de dominação", que acaba por constituir uma ocasião linguística favorável à reconstituição dessa "dominação estrutural" (MATSUDA apud BUTLER, 2021, p.39). Matsuda, em sua tese, então afirma que o discurso de ódio reinvoca um posicionamento de dominação o qual é reforçado no instante do enunciado.

Dito isso, qual a intenção dos discursos de ódio cada vez mais difundidos na sociedade brasileira? Apesar da grande variedade de elementos linguísticos que compõem esse tipo de fala, o que se revela como ponto em comum é o objetivo dos "*hate speeches"*. Consiste em se basear na intolerância pelo *outro*, negando qualquer tipo de diálogo ou compreensão, de maneira a edificar uma imagem de si próprio como referência em uma realidade totalmente plural. Assim, historicamente os grupos sociais vulnerabilizados por falas (e atos) de ódio se encontram fora do padrão branco, masculino, heterossexual binário e cristão.

3 A INTOLERÂNCIA E RACISMO RELIGIOSO CONTRA OS CULTOS AFRO-BRASILEIROS

Historicamente, as populações de Comunidades Tradicionais de Terreiros (CTTro) vem sofrendo violência, isso ocorre geralmente pela ideia de que a concepção cristã tradicional ainda dominante na sociedade brasileira (apesar do Estado ser laico), ainda tem de alguns de seus adeptos um comportamento e discurso que pode ser classificado como *hate speech* do tópico anterior deste estudo.

A Constituição Federal de 1988 garante de maneira expressa no artigo 5º, caput e inciso VI, a liberdade de crença, no sentido de que cada brasileiro pode depositar sua crença pessoal no que lhe for conveniente, mas não só isso. Essa garantia abrange ainda o direito que cada individuo tem de ter proteção para professar sua fé em seus templos e no momento dos cultos, inclusive tem o direito de não professar fé nenhuma. No entanto, esse direito por vezes é negado às populações de terreiro, inclusive em decisões judiciais.

3.1 Discursos de intolerância na sociedade e no judiciário brasileiro

A intolerância religiosa contra os povos de terreiro de umbanda, candomblé, mina nagô, xamanismo e outros, com raízes africanas e ameríndias, como se sabe, vem desde os tempos coloniais com a evangelização dos povos tradicionais e, posteriormente, de negros africanos que vinham de maneira forçada para serem escravizados. Essas crenças, costumeiramente pautam seus conhecimentos na oralidade, diferente das religiões tidas como cristãs, por exemplo, as quais possuem como base um livro sagrado.

Apesar da liberdade de crença constar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), esse direito ao longo de grande parte da história nacional se manteve longe das leis e regulamentos, as quais foram instrumento de repressão contra os povos de terreiro, por diversas vezes criminalizados. Essa estrutura normativa foi reflexo da própria sociedade, com raízes no racismo de maneira estrutural, que não enxergava com bons olhos o que não fosse típico do branco europeu. Esse movimento de intolerância não é novo e nem exclusivo do Brasil:

> A intolerância está na raiz das grandes tragédias mundiais. Foi ela que destruiu as culturas pré-colombianas e promoveu a inquisição e a caça às bruxas. Foi a intolerância religiosa que levou católicos e protestantes a se matarem mutuamente na Europa, ou hindus e muçulmanos a fazerem o mesmo na Índia. Foi a intolerância que levou países a construírem um

> sistema de apartheid ou a organizarem campos de concentração. Por trás de cada manifestação de barbárie que a humanidade teve a infelicidade de assistir e testemunhar, o que redundou em numerosos massacres e extermínios, esconde-se a intolerância como arquétipo e estrutura fundante (GUIMARÃES apud NOGUEIRA, 2004, p. 28).

Segundo dados recolhidos em 196 países, pela Fundação Pontifícia Aid to the Church in Need (ACN), sobre violações expressivas da liberdade religiosa, para o Brasil, houve um aumento de casos principalmente no que tange às religiões afro-brasileiras.

Sidnei Nogueira (2020), estudioso sobre o tema e situado no lugar de fala de negro e babalorixá em terreiro de Candomblé, sugere que o caso das religiões em questão ultrapassaria o termo "intolerância religiosa", pois seria apenas um véu que encobre racismo epistêmico, considerando que essas violações ocorrem justamente contra os detentores de saberes africanos e afro-brasileiros, ou seja, os terreiros e suas lideranças, assim como os povos que ocupam esses espaços. A partir disso, analisar-se-á a questão referente aos discursos de ódio reproduzidos pelo judiciário brasileiro.

3.2 A reprodução do discurso de ódio (intolerante) em uma decisão judicial

Casos concretos envolvendo crimes motivados por ódio religioso contra praticantes de umbanda e candomblé ocorrem todos os dias no Brasil, é sabido. Porém não é incomum que decisões judiciais ou outros atos estatais estejam carregados de discurso de ódio e intolerância religiosa, principalmente quando os operadores insistem em colocar suas crenças pessoais à frente do que foi constitucionalmente garantido em 1988.

Exemplo disso é o caso analisado por Lenio Luiz Streck (2014), no qual o Ministério Público Federal entrou com uma ação civil pública para que fosse feita a retirada de vídeos ofensivos e intolerantes contra as religiões candomblé e umbanda. A problemática nesse caso consiste no argumento utilizado pelo juiz federal encarregado do caso, o qual negou o pedido de tutela antecipada sob a argumentação de que essas religiões afro-brasileiras não constituem religião pois a elas faltariam elementos necessários a uma religião como, por exemplo, um "texto base" como a bíblia ou o alcorão. Alegou ausência de estrutura hierárquica com um "Deus" a ser venerado e que não haveria urgência na retirada do conteúdo.

Outro caso mais recente ganhou notoriedade na mídia, no qual a guarda de uma menina de doze anos foi retirada de sua mãe e dada provisoriamente à avó materna após esta acionar a justiça, alegando que a criança sofria suposto abuso e maus tratos no terreiro de

candomblé frequentado pela menina e os pais. O mau trato seria o fato de que a menina estaria com os cabelos raspados, pois estava em processo de iniciação na religião.

Nesse caso, houve uma série de equívocos, começando pela polícia que abordou a responsável pelo terreiro que estava com a menina no local, assim como a mãe da criança, a qual afirmou que passava por tratamento espiritual naquele momento e simplesmente teve sua palavra desconsiderada. As três foram levadas para a delegacia mesmo após a palavra das três e sem provas de que havia qualquer tipo de perigo no ambiente do terreiro. A perícia pela qual a menina passou não identificou nenhum sinal de abuso e a única "lesão corporal" era, de fato, o cabelo raspado. Ainda assim, houve a destituição do poder familiar da mãe por 17 dias, sem que os pais fossem ouvidos.

Ambos os casos expostos apresentam o clássico problema do decisionismo, onde claramente houve decisão conforme a consciência e, principalmente, a crença pessoal de quem julgou. No positivismo de Hart, no qual o autor apresenta uma regra de reconhecimento onde a comunidade política reconhece o direito como válido, mas admite a possibilidade de argumentos morais, sob o contexto de que o direito possui ambiguidades ou falta de definições, o que gera a "textura aberta" na qual os juízes tem o condão de *criar* direito a partir de padrões externos, conforme a lição de Streck (2021, p.267) sobre o teórico.

A tese de Hart para justamente diante dos *hard cases* em que há as famosas zonas de penumbra, permitindo a discricionariedade do juiz, como uma espécie de legislador. Além disso, em Hart, as normas em textura aberta acabam por comportar interpretações imprecisas acerca do próprio texto da lei. Ronald Dworkin, por sua vez, ataca esse modelo de regras e se vale da categoria normativa dos princípios para se opor ao modelo de regras de Hart, gerando o notório debate Hart-Dworkin, onde Dworkin acredita que a tese da discricionariedade de Hart deveria ser revista, como será melhor explorado no tópico seguinte.

4 DISCRICIONARIEDADE OU DECISIONISMO: QUAL O PAPEL DA DO JUIZ NO CASO CONCRETO

Uma das grandes teses do positivismo jurídico é justamente a discricionariedade que, em Dworkin, é sustentada e derivada do argumento dos princípios. Ocorre quando a razão precisa ser superada pela vontade, ou seja, a lei e a sentença assumem um aspecto diferente (STRECK, 2021, p.75), como explica Morbach:

> Isso porque, na medida em que (i) os positivistas afirmam que os sistemas jurídicos têm, cada um à sua maneira, um teste criteriológico capaz de determinar o que configura direito válido ("tese do pedigree"), eles devem também afirmar — segundo Dworkin — (ii) que os princípios não são direito válido. Se os princípios não são direito válido, e o Direito é constituído apenas pelas regras (que assim o são de acordo com seu "pedigree"); e se a impossibilidade de as regras cobrirem todos os casos possíveis é uma questão lógica, assim como as decisões judiciais para além do conteúdo fixado por essas regras são uma realidade em qualquer sistema, segue-se disso que toda atividade judicial que está para além da esfera das regras jurídicas dá-se com base no poder discricionário do juiz: discricionário porque livre de qualquer padrão jurídico que o vincule em uma ou outra direção. (MORBACH, 2019, p.115)

O que vale, para Dworkin, seria então uma tese que se baseia na teoria do reconhecimento, dessa forma os princípios não vinculam institucionalmente os juízes de maneira estrita, e partindo do pressuposto de que não há um padrão a ser seguido na decisão de casos concretos, haveria discricionariedade (MORBACH, 2019, p.116). De fato, no momento em que o juiz decide, acaba por restar ali um espaço preenchido pela vontade desse intérprete, o que forma a discricionariedade.

Porém, é necessário ter em mente que, apesar dessa abertura para a vontade do juiz, não significa que há uma permissão deliberada para arbitrariedades de sentidos, o que acaba por vezes sendo consequência inevitável da discricionariedade, que ocorre justamente para suprir as "zonas de penumbra" do modelo de regras. O problema é que, como Streck (p.76, 2020) ensina que a discricionariedade, da forma como vem sendo aplicada no Brasil, acaba sendo sinônimo da arbitrariedade no plano da linguagem, já que a zona de incerteza pode ser resultado da construção ideológica pessoal do juiz, o que consequentemente abre o espaço que a discricionariedade precisa.

4.1 O problema do decisionismo

Retome-se os casos citados anteriormente nesse estudo para falar sobre a problemática que envolve o decisionismo no direito brasileiro. O caso supracitado no qual o juiz federal encarregado de um caso envolvendo vídeos que continham conteúdo de intolerância religiosa contra a Umbanda e o Candomblé, negou o pedido de tutela antecipada sob a argumentação de que essas religiões afro-brasileiras não constituem religião já que no ponto de vista pessoal dele, faltariam elementos necessários a uma religião como "texto base" (como a bíblia ou o alcorão). Alegando ainda ausência de estrutura hierárquica com um "Deus" a ser venerado e que não haveria urgência na retirada do conteúdo.

Esse estudo se utiliza da análise feita por Lenio Luiz Streck em 2014 sobre o caso, artigo no qual o autor sugere que ocorre a problemática do decisionismo, algo muito comum de ocorrência no judiciário brasileiro.
Fica claro que o juiz federal se utilizou de suas convicções pessoais para negar a tutela antecipada quando quis "ensinar" o que seriam os elementos básicos necessários para a formação de uma religião, que por sinal são elementos coloniais em relação às religiões afro-brasileiras, se considerarmos que o cristianismo dizimou cultos tradicionais dos povos colonizados (indígenas e africanos) e escravizados desde que os europeus pisaram em solo brasileiro. Streck (2014) afirma:

> Democracia se faz a partir de responsabilidade política. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Portanto, direito não é moral. Não é religião. Não é futebol. Não é política.

A discricionariedade no judiciário então se trata de uma "abertura" no sistema, utilizada para validar arbitrariedades como a do caso analisado, já que o juiz decidiu conforme seu próprio juízo de valor, sendo inconstitucional. A liberdade de crença é consagrada pela Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> 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;
> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Sem falar que a diferenciação entre religião e manifestação religiosa, da forma como foi utilizada para negar antecipação de tutela, viola o princípio da proibição de proteção deficiente ou insuficiente "Untermassverbot" (op. cit., 2014). Para além da questão constitucional, a própria maneira como o judiciário na figura deste juiz, ao invés de garantir direitos, simplesmente reproduziu um discurso de ódio e o próprio racismo religioso do qual Sidnei Nogueira cita em sua obra "Intolerância Religiosa" da coleção *Feminismos Plurais*,

como reflexo de uma sociedade brasileira influenciada por fanatismos neopentecostais (mas não apenas).

Nesse sentido, é necessário destacar o Caso Ellwanger (HC 82424) no qual o STF negou o argumento da liberdade de expressão como direito que justifique a reprodução de discurso de ódio e quaisquer expressões que envolvam discriminação e preconceito que inferiorizem ou não reconheçam a liberdade como "igualdade na diferença e a dignidade de todos e de cada um como expressão constitucional do direito fundamental a ser tratado pelo Estado com igual respeito e consideração" (op. cit, 2014).

No Caso Ellwanger, o STF considerou ainda que a própria publicação de material de conteúdo racista seria lesivo à própria sociedade democrática, para além da comunidade judaica, independente de haver dano iminente e irreparável. O que quebra por completo a negação de tutela antecipada sobre os danos para com as religiões afro-brasileiras.

O outro caso supracitado, no qual a guarda de uma criança de doze anos foi retirada de sua mãe e dada provisoriamente à avó materna após esta acionar a justiça, alegando que a criança sofria suposto abuso e maus tratos no terreiro de candomblé frequentado pela menina e os pais. O mau trato em questão seria o fato de que a menina estaria com os cabelos raspados, em decorrência do processo ritualístico de iniciação na religião.

Segundo depoimento da própria mãe da menina, não houve chance alguma de defesa e simplesmente se viu sem a guarda de sua filha da noite para o dia. Mais uma situação arbitrária motivada por ódio religioso através de um discurso violento, indo além e gerando até mesmo possíveis traumas psicológicos à criança em uma tentativa no mínimo ineficaz de proteger e garantir o melhor interesse da menor. Essas situações abrem o questionamento sobre o papel do juiz nas decisões e até que ponto a discricionariedade de fato pode prejudicar uma situação que exija uma lucidez por parte do operador do direito.

4.2 Então qual é o papel do juiz na decisão?

O juiz deve decidir conforme o Direito, é sabido, porém quando se fala em discricionariedade, é válido citar a crítica de Dworkin ao positivismo de Herbert Hart. Dworkin (apud Streck, 2020, p.79) traz três significações para o que seria discricionariedade: um fraco, um forte e um limitado. Esse sentido limitado, significa dizer que "o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir da escolha 'entre' duas ou mais alternativas" (op.cit, 2020, p.79). E ainda, no sentido forte,

segundo Dworkin, a discricionariedade implicaria na irrefreabilidade da decisão conforme um padrão estabelecido previamente.

Sendo assim, em Dworkin, o indivíduo que possuir o poder discricionário em sentido forte pode ser alvo de críticas, porém não será considerada "desobediente", logo, legitima-se a discricionariedade judicial a partir do momento em que não se pode dizer que houve equívoco no julgamento. Daí surge a crítica de Dworkin ao positivismo de Hart quando este afirma que deva existir o poder discricionário do juiz sempre que não houver regras claras e preestabelecidas disponíveis. Ou seja, os padrões jurídicos que não compõem regras mas que são alvo de citação por parte dos juízes não imporiam obrigações a estes (STRECK, 2020, p.80).

De maneira conclusiva, Dworkin ao criticar o poder discricionário, afirma que os padrões normalmente empregados pelos juízes nesses casos seriam, de fato, princípios que servem de guia para cada decisão e que os "obrigam" no momento de definir o direito das partes. Sobre a discricionariedade no Brasil, Streck (op.cit, 2020, p.80) ensina:

> No Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer "espeço" de sentido – vaguezas, ambiguidades, cláusulas "abertas" etc. –, o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse "espaço" em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como "axiomas com força de lei" ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional.
> [...]
> Quando se afirma que a discricionariedade abre portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico.

Portanto, na lição de Streck e seus ensinamentos sobre a teoria da decisão, a subjetividade do juiz deve passar por um controle epistemológico através da intersubjetividade. Isso quer dizer que, independente dos gostos pessoais do juiz, ele deve suspender estes, junto de seus pré-juízos antes de decidir, ainda que ninguém consiga ser totalmente neutro na tomada de decisões em geral.

Dessa forma, a democracia é mantida com o que se chama de responsabilidade política, principalmente quando se fala em intolerância religiosa e discursos de ódio contra minorias, para que esses povos de terreiro tenham seus direitos fundamentais garantidos de forma plena, começando pelo próprio poder judiciário enquanto figura do Estado, refletindo de forma positiva perante a sociedade que tende em lhe acompanhar (ou seria o contrário?).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do conflito entre direitos fundamentais do patamar da liberdade de crença e da liberdade de expressão (que na verdade muitas vezes se prova discurso de ódio disfarçado de liberdade) segue essencial nos tempos atuais. Essa pesquisa se utilizou de uma revisão bibliográfica, com o objetivo de apresentar pontos específicos sobre o que são discursos de ódio e as questões do positivismo refletidas no judiciário brasileiro com suas limitações. Também ficou provado que o conflito entre direitos fundamentais é uma situação relativamente comum na prática judiciária, de maneira que há a necessidade de resolução da situação em que a aplicação de um direito conflita com a aplicação de outro direito.

O fato é que o caráter absoluto não se aplica a esses direitos fundamentais, de forma que relativizar um em prol do outro em determinadas situações não os torna inválidos, mas limitados em uma ideia de coletividade de garantias. O que vai definir os limites de cada direito será justamente o caso concreto, com o necessário cuidado com a discricionariedade para que esta não se converta puramente em uma manifestação de vontade com base em pressupostos e experiências pessoais do julgador.

Não se pode permitir que a ideia da liberdade de expressão enquanto direito fundamental se confunda com a expressão pública de discursos de ódio contra grupos historicamente vulnerabilizados, como é o caso das populações de terreiro, as quais sofrem violência seja através do convívio social e familiar ou, até mesmo, por parte de decisões claramente arbitrárias do judiciário como o representante do Estado garantidor, que de garantidor não tem nada, e acaba por reproduzir discursos violentos.

As crenças religiosas, para que assim sejam consideradas, não devem seguir um padrão tradicional cristão, já que existem inúmeras vertentes de deuses e espiritualidades que vão muito além de expressões escritas, como é o caso dos cultos de candomblé e umbanda, os quais foram utilizados para exemplificar a questão do discurso de ódio neste trabalho. Fica provado então que, o decisionismo com base em crenças pessoais irrefutáveis do juiz não só prejudicou os povos de terreiro, como acaba contribuindo com a solidificação de estigmas sociais com raízes já profundas na história brasileira, incluindo ainda o racismo.

Portanto, para que se mantenha efetivamente a proteção dos direitos e liberdades fundamentais no Estado Democrático de Direito se faz necessário que o Estado, na figura do juiz mantenha princípios éticos que baseiem suas decisões no Direito e que se mantenham bem longe de crenças pessoais de mundo, ainda que ser totalmente imparcial seja impossível para o ser humano. Porém para que se mantenha a busca por uma sociedade mais igualitária e

justa, o judiciário deve ser o primeiro a coibir quaisquer discursos de ódio disfarçados de liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BASSETTE, Fernanda. Mãe recupera guarda de filha tirada após ritual de candomblé: juiz restituiu a guarda da adolescente aos pais, depois de ela ter sido provisoriamente concedida à avó desde o final de julho. Juiz restituiu a guarda da adolescente aos pais, depois de ela ter sido provisoriamente concedida à avó desde o final de julho. 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/epoca/mae-recupera-guarda-de-filha-tirada-apos-ritual-de-candomble-1-24588190. Acesso em: 10 fev. 2022.

BUTLER, Judith. **Discurso de ódio: uma política do performativo.** São Paulo: Editora Unesp, 2021. Traduzido por Roberta Fabbri Viscardi.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424 RS. Relator: Ministro Maurício Correa. Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 10 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

MORBACH, Gilberto. Entre Positivismo e Interpretativismo, a Terceira via de Waldron. Porto Alegre: Juspodivm, 2019. 304 p.

NOGUEIRA, Sidnei. Intolerância Religiosa. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020. 160 p. (Feminismos Plurais).

PRATES, Francisco de Castilho. **CONSTITUIR PELA FALA: Notas sobre liberdade de expressão, performatividade e discurso de ódio.** Revista Culturas Jurídicas, Rio de Janeiro, v. 7, n. 17, p. 277-301, mai./ago. 2020. Disponível em: https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45246/28880. Acesso em: 09 fev. 2022.

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES. **Os direitos fundamentais podem sofrer restrições?** 2007. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20095/os-direitos-fundamentais-podem-sofrer-restricoes-ariane-wady. Acesso em: 10 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O juiz, a umbanda e o solipsismo: como ficam os discursos de intolerância?** 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia. Acesso em: 10 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: cinquenta verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

WADY, Ariane. **Os direitos fundamentais podem sofrer restrições?** 2007. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20095/os-direitos-fundamentais-podem-sofrer-restricoes-ariane-wady. Acesso em: 10 fev. 2022.